

Disidencia de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci

La Cámara de Senadores debe tratar un proyecto de ley, aprobado por la Cámara de Diputados, que extiende la regulación del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo o, en otros términos, habilita el matrimonio a las personas, con independencia de su orientación sexual.

Desde fines del año pasado, diversos tribunales del país han declarado la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil; otros, resuelven lo contrario; este desorden requiere una urgente intervención de legislador, desde que esta jurisprudencia contradictoria pone en jaque la seguridad jurídica en un campo tan sensible como es la unión matrimonial.

Muchas voces son favorables a dictar una ley que establezca algún tipo de regulación para las parejas homosexuales; de hecho, la ciudad de Bs. As. y otras del resto del país, reglamentan aspectos que están dentro de la competencia local. La posición es correcta: por muy conservador que se sea, sólo el que no quiere ver ignora que en la sociedad existen parejas homosexuales y que ellas requieren la protección de la ley. Las discusiones giran en torno a si esas parejas deben tener la misma opción que las heterosexuales; es decir, tener el derecho a elegir si quieren casarse o simplemente convivir, o por el contrario, no deben tener derecho a celebrar matrimonio y, su derecho se limita a recibir de la ley una protección mínima.

La solución no es idéntica en todos los países. Recientemente, el 24/6/ 2010, en el caso *Schalk and Kopf v. Austria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la situación legislativa de los diversos países de ese continente: de los cuarenta y siete Estados que integran el sistema europeo de Derechos humanos, seis admiten el matrimonio de personas del mismo sexo (Bélgica, Holanda, Noruega, Portugal, España y Suecia); trece, aunque no admiten el acceso al matrimonio, permiten a las parejas del mismo sexo registrar su relación, con distintos efectos (Andorra, Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Eslovenia, Suiza y el Reino Unido). Irlanda y Liechtenstein tienen pendientes reformas tendientes a permitir a las personas del mismo sexo registrar el vínculo; una ley de Croacia regula las uniones del mismo sexo y les reconoce efectos jurídicos limitados a determinados fines, sin necesidad de registración.

En esa decisión, el TEDH reconoce la variedad de respuestas, la evolución en las últimas décadas, la circunstancia de que mientras el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere al derecho del “hombre y la mujer”, el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deliberadamente, habla de personas, no haciendo referencia a la diversidad de sexos; observa que el matrimonio tiene profundas connotaciones y raíces socio culturales que difieren notoriamente de una sociedad a otra, y concluye, por aplicación de su conocida teoría del “margen de apreciación de los Estados” que la legislación austríaca que entró a regir en Enero de 2010, que otorga una gran gama de efectos a la unión homosexual registrada, no viola la Convención Europea de Derechos Humanos por el simple hecho de que no admita el matrimonio.

O sea, el TEDH reconoce que cada país puede regular la opción matrimonial extendiéndola o no a la pareja homosexual y, en ninguno de los dos casos, se violará la Convención. Es, pues, una cuestión que, por el momento, se mantiene en el nivel legislativo y, consecuentemente, regulada por cada Estado.

En mi opinión, el legislador argentino debe inclinarse por la solución española y admitir que la pareja unida por vínculos afectivos, sea heterosexual u homosexual, tiene la opción de casarse o no casarse. Explicaré brevemente por qué:

La Constitución argentina y los tratados de derechos humanos reconocen el principio de igualdad ante la ley. Por eso, cuando el Estado niega a un grupo de la población un derecho fundamental –y casarse lo es– debe hacerlo por razones que se adecuen a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. De lo contrario, la distinción se convierte en una discriminación arbitraria.

Conforme el criterio de la mayoría de los integrantes de esta Academia el requisito legal de la diversidad de sexos es justo, no arbitrario, en tanto el matrimonio es una institución que naturalmente exige un hombre y una mujer. No coincido con este argumento: el matrimonio no es una institución “natural” sino el fruto de concepciones sociales, culturales, económicas, jurídicas de un momento determinado; por eso, la definición de matrimonio, al igual que la de familia, ha variado a lo largo de la historia. Hasta no hace muchos años, el matrimonio era un acto previamente concertado por los padres; el libre consentimiento de los contrayentes, hoy elemento esencial y no negociable de la figura jurídica, era prácticamente inexistente, tal como lo relatan cientos de obras de la literatura universal. El matrimonio como acto de libre elección y comunidad de afecto responde a la ética de la modernidad. En suma, el error consiste en considerar los hechos sociales como algo “natural”, olvidando que todo cuanto acontece entre los seres humanos tiene una historia, un contexto de aparición y, por lo tanto, de interpretación. Recuérdese que durante siglos, el calificativo “natural” fue usado para “justificar” las diferencias entre hombres y mujeres, incluso, para impedir el voto femenino. El mismo tipo de razonamiento (decir que es conforme a la naturaleza) sirvió para fundar las leyes que prohibían el matrimonio mixto entre judíos y arios, entre negros y blancos, etc. Piénsese que recién en 1967, la Corte Suprema norteamericana declaró inconstitucional una ley del Estado de Virginia que impedía a los blancos casarse con personas de otras razas. Por lo tanto, es un error acudir a la “naturaleza” para decir qué es el matrimonio, no sólo porque nadie puede decir qué es lo natural en esta materia, sino porque se corre el claro riesgo de generar una discriminación injusta y arbitraria.

Por lo tanto, desde la perspectiva de la ley civil la cuestión a decidir es si la diferencia entre pareja homosexual y heterosexual tiene justificación jurídica, cultural y social en el contexto de un país que, como el nuestro, ha suscrito y ratificado innumerables convenios internacionales de derechos humanos que garantizan la igualdad de derechos.

Se intenta justificar la diferencia en la situación de los hijos. La realidad muestra que la distinción tampoco puede pasar por ese ámbito. La ciencia, la tecnología, ayuda –aquí sí– a “la naturaleza” para procrear con vínculos biológicos que darán lugar a la filiación, figura jurídica que no se reduce a lo puramente genético, sino que comprende otros aspectos. De hecho, dos mujeres lesbianas pueden conformar una verdadera familia conjuntamente con un hijo que una de ellas haya gestado con material genético proporcionado por la otra y por un tercero.

Si esta filiación de origen genético es posible, no se advierte por qué no puede serlo la adopción, acto voluntario, fundado en vínculos afectivos profundos que, incluso, algunas veces, lamentablemente, no existen con los nacidos de la sola “naturaleza”. Claro está, como en todos los casos, sea la pareja homosexual o heterosexual, el juez deberá analizar si esa adopción, en ese caso concreto, respeta el interés superior del niño.

En definitiva, la ley debe amparar la familia como núcleo dentro del cual el sujeto puede desarrollar las potencialidades de su personalidad, y en el cual encuentran protección las personas más vulnerables (niños, ancianos, etc). Si la familia no sirve para eso, entonces estamos muy mal.

Esta posición no significa aceptar sin reparos el proyecto aprobado por diputados. Por el contrario, conjuntamente con la Dra. Marisa Herrera, he propuesto las modificaciones que esa normativa debería sufrir en Senadores para que la solución legal se adecue al sistema (Ver, la nota de opinión “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, aparecida en la revista La Ley 4/6/2010).