

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Suprema Corte:

–I–

En autos se impugna la decisión del Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que, con fundamento en la coincidencia del sexo de ambas peticionarias, rehusó fijar fecha para la celebración de su matrimonio. En este orden, la acción tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de dicho acto administrativo, de los arts. 172, 188 y concordantes del Código Civil, y de toda otra norma inferior dictada en el mismo sentido.

A fs. 204/207 del principal (a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario), la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirma el pronunciamiento que desestimó el amparo incoado en autos.

En lo sustancial, la sentencia comienza por ponderar que las leyes no suelen contener un concepto de matrimonio, puesto que tal definición sería innecesaria al sobreentenderse que el derecho positivo recoge la realidad aceptada universalmente, que es la unión intersexual.

Refieren los jueces que la cohabitación estable de homosexuales corresponde a la esfera personal de intimidad de cada uno, amparada por el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, pero el matrimonio trasciende ese ámbito, pues apunta a la organización social. Con ello, dicen, la negativa a considerar como matrimonio a las uniones homosexuales supera la perspectiva exclusivamente sexual.

Identifican la cuestión a resolver, preguntándose si la exigencia legal relativa a la heterosexualidad responde a políticas discriminatorias en perjuicio de los homosexuales, por el solo hecho de serlo, y se inclinan por la negativa.

Para así hacerlo, interpretan que la ley no distingue *a priori*, porque la orientación sexual no forma parte de los requisitos para casarse, de modo que heterosexuales y homosexuales gozan de la misma aptitud nupcial. Lo que el

homosexual no puede hacer es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo.

Con cita de precedentes de esa Corte, señalan que la verdadera igualdad consiste en juzgar según las diferencias, por lo que la legislación puede contemplar en forma distinta situaciones que considere dispares; salvo que la distinción sea arbitraria, o provenga de un propósito de hostigamiento contra determinados individuos o clases, o encierre un indebido favor o privilegio personal o de grupo.

Reparan en la existencia de fallos extranjeros que abordan el tema, pero hacen notar que éstos se han expedido tanto para declarar la violación de garantías fundamentales como para rechazarla.

Aprecian que la norma examinada no es inconstitucional, predicando que la desigualdad que introduce posee justificación objetiva y razonable –basada en un interés constitucionalmente relevante, y proporcionada respecto de su finalidad–. Ello, agregan, a partir del interés estatal de privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie y dan base a la familia, según valoraciones socioculturales compartidas por la comunidad en una época determinada. La heterosexualidad matrimonial, arguyen, atañe a estimaciones de orden público familiar enraizadas en tradiciones seculares, como sucede con la prohibición del incesto o la monogamia.

Reseñan los instrumentos internacionales, sosteniendo que las locuciones que puntualizan el derecho a casarse deben entenderse enfocadas a varón y mujer entre sí, ya que es de la esencia del connubio que así sea formalizado. Encuentran reforzada su lectura en el hecho de que dichos instrumentos datan de épocas donde estos interrogantes no se planteaban. Y, con apoyo doctrinario, sostienen que, tanto desde una exégesis integradora del sistema constitucional, como de un análisis lógico de las expresiones utilizadas, los tratados de derechos humanos no han incorporado módulos que tiendan a catalogar la unión de personas del mismo sexo como matrimonio.

Concluyen afirmando que no les compete a los jueces sustituir a la ley o dejar de aplicarla por la vía de la inconstitucionalidad, si no existe ninguna

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

colisión con garantías fundamentales, pues de otro modo contrariarían la esencia del Estado de Derecho, la separación de poderes y la forma republicana de gobierno.

–II–

Disconformes, las interesadas interponen el recurso extraordinario de fs. 212/230, cuyo rechazo (v. fs. 241) da lugar a la presente queja.

En la apelación federal, aseveran que la sentencia vulnera los derechos a la libertad e igualdad, a contraer matrimonio, de asociación y de admisión, y las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, consagrados en los arts. 14, 14 bis, 16, 18, 19 y 20 de la Constitución Nacional; afectando también el derecho a la no discriminación contemplado en numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Alegan que la interpretación realizada por el *a quo* contradice la letra de dichas normas, e invocan la doctrina de la arbitrariedad y la concurrencia de gravedad institucional.

Critican al fallo en tanto da por sobreentendido que el derecho se hace eco de una realidad aceptada universalmente (la unión intersexual), cuando varios países aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Expresan que la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella garantizan el derecho de las personas a contraer matrimonio y fundar una familia. En su postura, la normativa vigente no excluye el matrimonio homosexual sino que sólo *‘adjetiviza’* a los contrayentes en la expresión del consentimiento. De ello deducen que, a la luz de los principios constitucionales, esa unión no se encuentra prohibida ni restringida.

Reprochan que la Cámara haya omitido realizar una revisión exhaustiva de constitucionalidad, labor que está a cargo del Poder Judicial. Indican que la existencia de los prejuicios que el mismo decisorio reconoce, impone a los jueces un severo ejercicio de dicho control, ya que de lo contrario estarían incurriendo en una discriminación que la judicatura debería sancionar.

Señalan las contradicciones existentes en el argumento que descarta

la discriminación sobre la base de que la orientación sexual no representa *per se* un óbice para la celebración de nupcias, pero –al mismo tiempo– supone que éstas no pueden llevarse a cabo entre personas del mismo sexo. En su opinión, dicha tesis parte de la postura sustentada en la demanda acerca de que la ley no prohíbe el casamiento homosexual, no obstante lo cual, el *a quo* termina rechazando la acción intentada.

Por otro lado, agregan, el matrimonio presenta un estamento anterior basado en el vínculo creado entre dos personas que se eligen mutuamente para compartir su vida, y si la ley se inmiscuye en ese punto, violenta los principios consagrados por nuestra Carta Magna, en particular, su art. 19. Dejan a salvo el respeto por las normas de orden público, implicadas en los impedimentos taxativamente enumerados en el art. 166 del Código Civil, en los que las actoras no encuadrarían.

Manifiestan que habilitar a una pareja estable –tenga o no prole– para que adquiera un estatus legal, no implica atentar contra la prolongación de la especie, sino reconocer un vínculo jurídico relevante. El pleno ejercicio de sus derechos, continúan diciendo, no afecta el orden público.

Indican que el *a quo* ha soslayado lo resuelto por tribunales extranjeros, sin siquiera analizar la evolución implicada en el acceso de todos los habitantes a los derechos constitucionalmente garantizados. Las decisiones foráneas adversas, enfatizan, están cimentadas en prejuicios y no en normas legales.

Desarrollan la idea de que el fin del matrimonio no es la procreación, sino la protección integral de la familia, mas allá de que esté conformada sólo por los cónyuges o por sus hijos. Señalan que aquél tiene un régimen jurídico especial fundamentalmente patrimonial, del que no puede excluirse arbitrariamente a las amparistas por su orientación sexual, so pena de caer en discriminación.

El Estado, arguyen, debe proteger a todos los habitantes y a todas las familias, en las que se ha operado una evolución cuya problemática ignora la Cámara, excluyendo a las nuevas formas familiares de la tutela legal. Resaltan la estigmatización y los daños que sufren los integrantes de esos grupos, con su

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

progenie, en colisión con la Convención de los Derechos del Niño.

Observan que la equiparación con situaciones tales como el incesto o la poligamia pone en evidencia el prejuicio y, por tanto, la arbitrariedad de la sentencia.

Insisten con los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales y razonan que la interpretación del texto del art. 172 del Cód. Civil como excluyente del matrimonio homosexual no sería coincidente con esos pactos, que hablan de consentimiento exteriorizado por “los contrayentes”.

Atacan la expresión del fallo “parece cierto que no están imaginando un casamiento como derecho de un varón con otro varón, ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer”. Con ella, el *a quo* se alejaría de lo que es propio de su función, pues el término “parece” –mera suposición, respaldada por un criterio interpretativo discriminatorio e inconstitucional–, implica una falta de certeza y una arbitrariedad que invalidan al acto jurisdiccional como tal. Aducen que los jueces habrían establecido una verdad absoluta, con la única explicación de que indagar en otro sentido sería “bastante rebuscado”, giro que consideran “muy poco doctrinario” y sin sustento jurídico.

Dejan a salvo que, aunque los derechos no son absolutos, ello es así en tanto no se vulneren derechos superiores como la igualdad y la libertad; pues de lo contrario el argumento de la relatividad devendría en una especie de ardid fraudulento para vulnerar prerrogativas elementales.

Indican que el legislador no puede oponerse a los derechos constitucionales de igualdad y libertad. Tampoco el poder administrador, que no está habilitado para dar a unos lo que se niega a otros en igualdad de circunstancias, incurriendo en discriminaciones arbitrarias.

Esgrimen el derecho de admisión –que sólo definen en abstracto–; así como el principio de progresividad, que llevaría a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas.

Refieren y comentan los textos de documentos y jurisprudencia internacional, así como de los pactos enumerados en el art. 75 inc. 22 de la

Constitución argentina, los que –reiteran– al par de condenar la discriminación, no contienen ninguna definición de familia que limite la acepción a la conformada por la unión hombre-mujer, ni prohibición alguna respecto del matrimonio homosexual.

–III–

Antes de examinar los agravios propuestos, estimo conducente llamar la atención sobre el vasto y disimil panorama que presenta la problemática en estudio a nivel internacional. A partir de su investigación, puede inferirse un creciente reconocimiento en el transcurso del tiempo, en torno a los derechos y prerrogativas de las parejas del mismo sexo. Con un fin esclarecedor, me remito al desarrollo efectuado en el Anexo A, que incorporo al final de mi dictamen (v. asimismo punto VII).

Así determinado el contexto global, y yendo al tratamiento específico de la cuestión a resolver, comenzaré por señalar que –como se ha visto en el punto anterior–, la impugnación constitucional ha sido planteada sólo para el caso de que se atribuya al estatuto matrimonial un alcance distinto del que propugnan las peticionarias. Por consiguiente, es menester abordar la interpretación que formularon los jueces de la causa con relación a los arts. 172 y 188 del Código Civil. Es que, si bien el tema aquí involucrado remite al examen de cuestiones de derecho común, dicha hermenéutica condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario federal, pues de resultar arbitraria, se impondría su tratamiento prioritario (Fallos: 323:35, 1671 consid. 4º, entre muchos otros).

A este respecto, el artículo 172 del Código Civil (t.o. ley 23.515) dispone: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...”. Por su parte, el artículo 188 establece: “...En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los arts. 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio...”.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Frente al contenido de los preceptos transcritos, entiendo que la solución adoptada en la anterior instancia –en cuanto los jueces tuvieron como exigencia legal que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer–, traduce una exégesis posible de las normas en juego, que no las desvirtúa, ni prescinde de sus términos (doct. de Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Ese modo de aprehender el texto legal se reafirma ni bien se advierte que la presencia de aquel propósito en la voluntad legislativa no es una mera inferencia. Durante el trámite parlamentario, no sólo se aludió reiteradamente a “...la unión de hombre y mujer que denominamos matrimonio...” (v. gr., discurso del miembro informante del dictamen de mayoría, senador Brasesco [“Antecedentes Parlamentarios” año 1998, n° 7, párrafo 774]), sino que en el debate de la Cámara alta, el senador Martiarena propuso incluir la igualdad de sexo de los contrayentes en el elenco de impedimentos. Empero, dicho temperamento no fue aceptado, al arguirse que esa circunstancia no debía tratarse como una causal de nulidad, porque la diferencia de sexos reviste calidad de presupuesto del connubio y, por ende, no hace a su validez, sino a su existencia misma (“Antecedentes Parlamentarios”, parte II, p 1922 y ss., párrafos 1062 a 1067).

Concordantemente, en la exposición del miembro informante de la Cámara de Diputados se dijo: “En el capítulo IV, *Del consentimiento*, se establece el requisito de la diversidad de sexos, supuesto que esta Cámara había considerado sobreabundante por estar ínsito en la misma legislación y que, por consiguiente, no lo hacía expreso. Por su parte, el Senado consideró que el requisito de la diversidad de sexos sí debe figurar en forma expresa” (“Antecedentes Parlamentarios”, párrafo 1280, p. 2015).

Valga recordar aquí que, como enseña V. E., al examinar un precepto, el intérprete ha de ajustarse a sus términos, consultando a su espíritu y a la voluntad del legislador, extremos que no deben obviarse por eventuales indeterminaciones de la instrumentación legal, pues el fin primordial de la tarea hermenéutica es dar pleno efecto a esa voluntad (arg. Fallos: 329:2419, 2876,

2975, 5826; 330:2286, 2932; S.C. M. N° 1590, L. XLIII *in re* "Mendoza, Mario Raúl s/nulidad" del 23/4/2008; S.C. O N° 670, L. XXXVIII *in re* "Obra Social Unión Personal Civil de la Nación c/INSSPJP" del 13/5/2008, entre muchos otros).

Desde este punto de vista, resulta inevitable concluir en que el recurso intentado no resultaría procedente.

–IV–

Establecido ello, cobran actualidad los restantes agravios de las apelantes, que suscitan cuestión federal suficiente para su abordaje en el marco del recurso extraordinario deducido, desde que en autos se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil, así como la inteligencia de tratados internacionales, y la decisión ha sido contraria a los derechos esgrimidos por la parte actora (v. doctrina de Fallos: 329:5266, consid. 4°).

Entre esos puntos, la faceta que ha de ser objeto de estudio en primer lugar, conduce al examen de los instrumentos internacionales receptados por nuestra ley fundamental (inc. 22 del art. 75).

Las reglas atinentes a este tópico integran la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (art. 16.1).

A su tiempo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe que "[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (art. 17.2).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges” (art. 10.1).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce “... el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” (art. 23.2).

Por último, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer garantiza “...en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho a contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;... g) Los mismos derechos personales como marido y mujer...” (art. 16.1).

A su vez, una correcta aproximación y hermenéutica de dichas cláusulas, exige recurrir a la pauta que aporta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su art. 31, según el cual “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin... 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Así lo enseña V.E. que, en esta materia, se ha adherido estrictamente a la predicha directiva (v. Fallos: 319:505; 320:2948; 324:204;330:2892, por remisión al dictamen de esta Procuración), destacando además –con especial referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlo en mayor medida que la prevista (v. Fallos:

324:3143 consid. 7º; 329:1053 [voto del Dr. Fayt], entre otros).

Ahora bien, como surge de su propia redacción, los documentos internacionales reseñados, a partir de principios generales, protegen al matrimonio como institución básica fundamental, pero no contienen enunciados –ni de ellos se han seguido directivas– que importen tomar posición en un tema que, según se describe en el Anexo A, ha generado opiniones disímiles y encontradas a nivel mundial.

No puedo dejar de resaltar aquí que el resguardo del derecho a contraer matrimonio y la posibilidad de consentimiento pleno consagrado en ellos (véase Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 16.1]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 10.1]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 23.2]; y Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [art.16.1].), están sometidos a las condiciones requeridas por las leyes internas de las naciones (véase esp. Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 17.2]); con lo cual se vendría a reconocer la facultad y la necesidad de que sean los estados nacionales los que legislen –de acuerdo con sus realidades sociopolíticas– en una cuestión tan delicada como es el matrimonio.

Precisamente, esa consideración refuerza la idea de que la posibilidad de diseñar este punto particular del *ius connubii*, librada a cada uno de los países miembros, no fue vista por los Estados participantes como una matriz de desigualdad arbitraria: Ambas líneas (poder interno de configuración del modelo matrimonial y garantía de igualdad), coexisten en el interior de dichos documentos en un balance que, necesariamente, debió ser objeto de evaluación al tiempo de la aprobación, sin que ello llevara a restringir la alternativa de carácter discrecional que subyace en los textos adoptados. Es claro, a mi juicio, que tales principios generales no pueden ser aislados de la insoslayable ponderación de preceptos que reflejan la repulsa de las naciones civilizadas respecto de la discriminación en función del sexo (Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 7]; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. 2];

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 24]; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 2.2] y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [arts. 2.1 y 26]). Lo cierto es, sin embargo, que el fin de la comunidad internacional al generar aquellas declaraciones y acuerdos ha sido resguardar por igual a mujer y hombre, en situaciones jurídicas diversas a la del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, el preámbulo de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, es particularmente ilustrativo en ese orden, pues explicita el objetivo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos de derechos humanos, impulsados por la situación de vulnerabilidad de la mujer. Y, a este nivel, el nuevo instrumento representa un intento de profundización de tal derrotero (véase su art. 16, art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observación General CCPR N° 19 del 27/7/1990, 39° período de sesiones).

Indudablemente, el ejercicio de la autodeterminación individual es un valor que rescata el Derecho contemporáneo, con su mirada puesta en el respeto por la condición humana. Esta perspectiva, tiene directa relación con el derecho a la igualdad (y su contracara, la no discriminación), que ampara a todos y a cada uno, en orden a los atributos comunes al género humano, que le vienen dados por su naturaleza personal, intrínsecamente digna.

En visión compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parte de la doctrina subraya la fortaleza de esa percepción universal, al punto de considerarla integrada al *corpus* de la costumbre internacional (Opinión Consultiva OC-18/2003; Serie A-18, 17/9/03; Dinah Shelton: “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 15 a 39, esp. pág. 25 tercer párrafo).

Sabemos, en efecto, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es particularmente sensible a la defensa de aquellos aspectos; tanto, que se ha llegado a decir que la Organización de las Naciones Unidas nació

principalmente para luchar contra la discriminación en el mundo (ONU doc. A/C.3/SR 100, p. 7). Ese compromiso se plasmó, desde sus orígenes, en la creación de varios entes encargados de la protección de las minorías y la lucha contra la discriminación; como asimismo en el texto de su Carta, donde la alusión a los derechos humanos y las libertades fundamentales está ligada constantemente a la ausencia de discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión (Dinah Shelton: “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, año 2008, publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pág. 17 y 18.).

Empero, aprehendida correctamente, ninguna prerrogativa puede llamarse absoluta. Desde ese mismo foro se ha advertido siempre que no cualquier distinción es discriminatoria; sólo lo son aquellas que incurren en arbitrariedad (véanse los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se deja en claro que el derecho a la igualdad no requiere invariablemente un trato idéntico, A/2929, cap. VI p. 179; 5°, 6° y 8° período de sesiones, 1949-1952, y Shelton: “Prohibición...”, pág. 26 a 27 y sus notas). Luego, el principio de igualdad –que implica un ejercicio comparativo– no es compatible con un patrón rígido.

Como aciertan a decir los autores, identificar igualdad con una igualación apriorística que ignore la variedad fáctica y las diferencias interpersonales de cuño razonable, sería paradójico y nos dejaría frente a una garantía vacua. No otra (ya lo ha recordado esta Procuración en Fallos: 330:855 [v. asimismo sus citas]), es la noción que V. E. viene enseñado a través de los años, al reiterar –con referencia al art. 16 de nuestra carta de derechos–, que esa cláusula asegura un trato legal igualitario para quienes se hallan en similares condiciones, por lo que la ley puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes. De ello se deduce que las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos serán valederas en tanto no obedezcan a criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal, de clase, o de ilegítima persecución (Fallos 323:1349, 1566, 2054, 2346, 3308; 325:11; 329:5567 [por remisión al dictamen de esta

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Procuración], entre muchos otros).

Retomando el hilo de la normativa supranacional, y ajustándonos ahora a la calificación jurídica de la realidad homosexual, se puede observar cómo la ONU repudia claramente la imposición de sanciones penales y la denegación de derechos sociales, trazando un rumbo que se ha vuelto a enfatizar recientemente en la Asamblea General, mediante la declaración del 18 de diciembre de 2008 (70° y 71° reunión plenaria). En esa sesión, el representante de la República Argentina leyó una exposición, en cuyo párrafo sexto el grupo de países que la suscriben condena “... las violaciones de derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, en particular el uso de la pena de muerte sobre esta base, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el arresto o detención arbitrarios y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a la salud”.

Pues bien: las recurrentes R. y C. V., sostienen que esa censura opera también en lo que atañe a la regulación doméstica del matrimonio, inferencia que apoyan en la observación que en torno al art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos elaboró la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas *in re “Nicholas Toonen v. Australia”* (Comunicación N° 488/1992, aprob. 31/3/1994, [A/49/40, vol. II, p 234-246]), “*Edward Young v. Australia*” (CCPR/C/78/D/941/2000, aprob. 6/8/2003), y “*X. v. Colombia*” (CCPR/C/89/D/1361/2005, aprob.14/5/2007).

La alegación de las recurrentes merece dos objeciones: La primera, refiere al contexto y especificidad de las mentadas comunicaciones, ya que fueron emitidas a raíz de presentaciones que nada tienen que ver con el derecho a contraer nupcias, por lo que entiendo no resultan definitorias en nuestro caso (véase opinión del juez Kenneth Keith en el caso “*Quilter*”, cit. en el Anexo A, cap. 4°, acáp. 4.2). La segunda –vinculada estrechamente a la anterior–, es que ese organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de abordar concretamente

el tópico que hoy nos toca juzgar, decantándose en un sentido que es adverso a la postura de las peticionarias.

En efecto, el caso “*Toonen*” se originó a propósito de los arts. 122 y 123 del Código Penal del Estado de Tasmania (Australia), en tanto encuadraban como delitos a diversas formas de contacto sexual –consensuado y en privado–, entre hombres adultos; materia sustancialmente diferente a la considerada en este dictamen.

Allí, la mayoría del Comité rehusó dar el asesoramiento pedido por Australia en cuanto a la virtualidad del art. 26 del Pacto (igualdad-no discriminación) y a los parámetros analíticos aplicables, limitándose a apuntar que “...a su juicio, se debe estimar que la referencia al sexo que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual...” (párrafo 8.7). En cambio, la solución se fundó en la violación del art. 17.1 (privacidad), desde que se tuvo a la prohibición impugnada como una injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada del actor.

En clave de lo que propondré en el punto VII, es útil notar cómo –de alguna manera–, para la solución que adoptaron, todos los operadores implicados en el proceso tuvieron en cuenta ora la conformación pluralista y multicultural de la sociedad local, ora la evolución histórica, jurídica y social vivida en el país. También lo es, la trama dispar entretejida a partir de las diferentes ópticas presentes en el seno del Comité (v. voto del Sr. Bertil Wennergren).

Esa clase de referencias aparece nuevamente en los informes “*Young v. Australia*” y “*X v. Colombia*”, ambos producidos en torno a la seguridad social (pensión por fallecimiento de la pareja conviviente).

En “*Young*” el Comité –por mayoría– reprodujo la opinión vertida *in re* “*Toonen*”, en cuanto a que la prohibición del artículo 26 incluye a la discriminación basada en la orientación sexual. Recordó también su criterio de que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas heterosexuales casadas y no casadas eran lógicas, ya que los convivientes podían escoger si contraían o no matrimonio, posibilidad con la que no contaba el actor. Como se ve, la Comisión tomó a esta última variante como un hecho, sin calificarlo ni valorarlo.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Asimismo, reobró sobre su doctrina constante de que no toda distinción equivale a la discriminación vedada por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos, señalando que el Estado Parte no presentó ningún argumento o prueba que revelasen la existencia de factores justificativos de esa distinción. En este marco, el Comité llegó a la conclusión de que Australia –al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual– violó el artículo 26 del tratado.

Los votos particulares de los Sres. Ruth Wedgwood y Franco Depasquale, aunque concurrentes, introdujeron algunas ideas que tienen interés para nosotros. Por de pronto, diferenciaron este caso del precedente “*Toonen*”, indicando que “... el autor se había quejado de que el Código Penal de Tasmania *no distingue... entre la actividad sexual en privado y la actividad sexual en público, con lo cual traslada... una actividad privada al dominio público...* El dictamen del Comité se basó en el derecho a no ser perturbado cuando el Estado Parte no presenta motivos razonables relacionados con la seguridad, el orden público, la salud o la moral para justificar la injerencia en la vida privada”. Mientras “...muchos países reconocen el derecho a la vida privada en las relaciones íntimas y lo disfrutan todos los ciudadanos cualquiera que sea su orientación sexual...” [marco del caso *Toonen*], el “...actual asunto ... plantea una cuestión más amplia, respecto de la cual algunos Estados Partes pueden tener opiniones categóricas ... [P]lantea la cuestión general de los derechos positivos a la igualdad de trato y de si un Estado debe considerar las relaciones entre personas del mismo sexo a la par con las formas más tradicionales de unión civil...”. Y finalizaron dejando sentado que “...[e]n el presente caso... el Comité ha adoptado esencialmente un fallo por falta de comparecencia... Muchos gobiernos y muchas personas de buena voluntad compartirán un interés en encontrar una respuesta moral y jurídica adecuada a los problemas y controversias relativos a la equidad en la concesión de diversas prestaciones gubernamentales a las parejas del mismo sexo y a las heterosexuales, incluso la afirmación controvertida de que hay un derecho transjurisdiccional al reconocimiento de los matrimonios homosexuales... En el presente caso, el Comité no ha pretendido examinar la gama completa de argumentos ‘razonables y objetivos’ que otros Estados y otros autores pudieren

ofrecer en el futuro sobre estas cuestiones en el mismo contexto que los del Sr. *Young* o en otros. Al examinar las comunicaciones individuales presentadas con arreglo al Protocolo Facultativo, el Comité debe seguir teniendo presente el alcance de lo que ha decidido o no ha decidido en cada caso”.

Por último en “*X v. Colombia*”, la mayoría del organismo internacional acordó: “El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban. El Comité también nota que, mientras que el autor no tenía la posibilidad de contraer matrimonio con su pareja permanente del mismo sexo, la ley en cuestión no distingue entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité observa que el Estado parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En estas circunstancias, el Comité concluye que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual”.

En su disidencia, los restantes miembros –Sres. Abdelfattah Amor y Ahmed Tawfik Khalil–, expresaron que la preferencia sexual no está contemplada en el Pacto y que el Comité ha ido más allá de la simple interpretación, avanzando por sobre el texto y la voluntad de los redactores. Agregaron que aun cuando ese cuerpo “...puede basarse en experiencias jurídicas nacionales, *no puede hacer caso omiso del estado del derecho internacional positivo, que no reconoce el derecho a la orientación sexual como derecho humano*. Así pues, el papel creador y normativo del Comité debería circunscribirse a esa realidad jurídica. Por lo



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

demás, es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y *no a la aparición de nuevos derechos* cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz...”.

Y siguieron diciendo “...La interpretación de las disposiciones del Pacto no puede prescindir de unas ni de otras, sobre todo cuando las disposiciones tienen vínculos entre sí que no se pueden ocultar, y mucho menos eliminar. Por lo tanto, la cuestión de la discriminación por motivos de sexo u orientación sexual no puede evocarse en relación con el artículo 26 desde la perspectiva de prestaciones positivas, haciendo abstracción del artículo 23, que considera que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello*. Ello significa que *una pareja homosexual no constituye una familia en el sentido del Pacto* y, por lo tanto, no puede reclamar prestaciones positivas fundadas en la noción de familia, al estar ésta formada por personas de sexo diferente... Queda entendido, por supuesto, que los Estados tienen derecho y están en condiciones de crear nuevos derechos en beneficio de las personas dentro de su jurisdicción. En este sentido, *no incumbe al Comité actuar en sustitución del Estado ni optar por soluciones que no le corresponden...*”.

Desde otra perspectiva, igualmente útil para nuestra labor, el predicho voto disidente, insistió nuevamente en que no todo trato diferencial, basado en los motivos enumerados en el art. 26, constituye discriminación violatoria de los compromisos estatales, siempre y cuando se base en motivos razonables y objetivos, en aras de un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto.

Mas allá de las implicaciones que tienen en sí mismos los conceptos reseñados, lo cierto es que en el año 2002, se sometió a la consideración del Comité un caso donde se ventilaron argumentaciones casi idénticas a las que presentan las aquí actoras (Comunicación N° 902/1999, *in re “Juliet Joslin y otras v. New Zealand”* [CCPR/C/75/D/902/1999, 30/7/2002]). Contamos, entonces, con

una herramienta exegética de singular valor, por tratarse de la interpretación auténtica, efectuada por el propio órgano de vigilancia del Pacto, en el área de los derechos humanos.

Al examinar la cuestión de fondo, el Comité observó que el párrafo 2 del artículo 23 trata expresamente de la cuestión del derecho al matrimonio; por lo que, al existir un precepto específico, toda alegación sobre la violación de ese derecho ha de considerarse teniendo en cuenta dicha regla.

Seguidamente, afirmó que “[e]l párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término *hombre y mujer*, en lugar de *todo ser humano, todos, o todas las personas*. El uso del término *hombre y mujer* en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse” (párrafo 8.2).

En sintonía con esa comprobación, concluyó que “[e]n vista del alcance del derecho al matrimonio conforme al párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, el Comité no puede considerar que por el mero hecho de negar el matrimonio entre parejas homosexuales el Estado Parte haya violado los derechos de las autoras en virtud de los artículos 16 y 17, de los párrafos 1 y 2 y del artículo 23 ni del artículo 26 del Pacto...”, sin que se revele “...violación de ninguna disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (párrafos 8.3 y 9).

En el voto particular (coincidente) de los Sres. Rajsoomer Lallah y Martin Scheinin, estos miembros volvieron sobre la idea de que, al no existir la posibilidad de elección en cuanto al estatus jurídico, “...en países donde la ley no permite el matrimonio... u otro tipo de asociación ....con consecuencias similares o idénticas al matrimonio ... la denegación ... de ciertos derechos o beneficios que pueden tener las parejas casadas puede equivaler a una discriminación prohibida según el artículo 26, a menos que criterios razonables y objetivos justifiquen lo contrario”. Aclararon también que los Estados están en libertad de reconocer “...

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres”, partiendo de que la realidad normativa –párrafo 2 del artículo 23– “...entraña la obligación de los Estados de reconocer como matrimonio la unión de un hombre adulto y una mujer adulta que deseen casarse”.

Como corolario de este breve estudio, surge que –contrariamente a lo que alegan las accionantes– las directivas constitucionales que abrevan en el derecho de gentes, delegan en los Estados la construcción discrecional de esta faceta de la estructura nupcial, de acuerdo a sus realidades intrínsecas.

-V-

Para continuar con el panorama internacional, es conducente advertir que, en la producción jurídica de la Unión Europea (en adelante UE), si bien con los matices que le imprimen su historia y su conformación misma, el horizonte conceptual y práctico apunta también a la posibilidad de opción en cabeza de cada uno de los países que la integran. Veamos:

**A)** En el Derecho comunitario, no existe consenso ni siquiera respecto del concepto de cónyuge, que las normas supra-nacionales básicas tampoco se ocupan de definir.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8 dice: “1. Todos tienen el derecho a ser respetados en su vida privada y familiar, en sus hogares y su correspondencia. 2. No habrá interferencia de autoridad pública con el ejercicio de este derecho excepto que sea de acuerdo con la ley y resulte necesario en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional, resguardo público o el bienestar económico del país, para la prevención del desorden o del crimen, la protección de la salud y la moralidad, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. Mientras que su art. 12 prescribe: “...hombre y mujer en edad matrimonial tienen el derecho de casarse y fundar una familia, de acuerdo a las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”. Junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados contratantes, las disposiciones del

Convenio de Roma han sido proclamadas pacíficamente como parte del Derecho de la Unión -con el rango de principios generales-, tanto por la frustrada Constitución comunitaria de 2004 (art. I-9) como por el Tratado de Lisboa de 2007 (art.6.3).

Con el Tratado de Ámsterdam se incorpora la orientación sexual en el espectro del combate contra la discriminación (art. 13). Dicha cláusula establece: "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual" (véase asimismo Protocolo Adicional N° 12, vigente desde el 1°/4/2005).

Es oportuno agregar aquí que, desde el año 2000, se han elaborado documentos sin poder vinculante, que habré de citar en razón de sus repercusiones conceptuales. Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, recoge en su art. 21.1 la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual. Y, con el epígrafe "[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia", en su art. 9 determina que "[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Este último texto (que, por cierto, no contiene una referencia expresa al género de los contrayentes), ha dado lugar a controversias, ya que algunos ven en la estructura de la norma el propósito de desvincular el *ius connubii* de la familia, alejando la complementación sexual de la noción de matrimonio (véase Corte de Estrasburgo *in re "Goodwin v. United Kingdom"*, parágrafo 100; caso que se comentará en el acápite C de este mismo punto).

Sobre la base de esa Carta, la fallida Constitución del 2004, a la par de reprobando en su artículo 81 toda discriminación motivada en la orientación sexual, en el artículo 69 (Parte II-Título II-Libertades), volvería simplemente a repetir: "Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; pauta ésta a la que algunos le atribuyeron un carácter neutro. Para así pensarlo, tuvieron en cuenta que dicho artículo II.69, con el epígrafe “[d]erecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia”, remitía la regulación a “...las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Asimismo, se sopesó que en el informe del *Praesidium* de la Convención, se aclaraba que “...este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatus matrimonial a la unión de personas del mismo sexo”, por lo que hubo juristas que se inclinaron por entender que se trataba de una materia reservada a la decisión de los Estados miembros.

La misma redacción del art. 9 de la Carta de Niza será reproducida más tarde por su homónimo de la Carta de Estrasburgo (12/12/2007), destinada a sustituir a su predecesora desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (v. Diario Oficial [2007/C 303/01]). Las explicaciones de estilo del *Praesidium* en punto al art. 9 (derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia), insistirán en que “[e]ste artículo está basado en el artículo 12 del CEDH que dispone: ‘A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho’. La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca” (2007/C 303/02).

A su hora, el Tratado de Lisboa prologa las modificaciones que pretende introducir al Tratado de la UE, pregonando que “[l]a Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 1 bis; v. asimismo art. 1). Luego de conferir a la Carta de Derechos el valor jurídico propio de los tratados (art. 6.1),

los signatarios refuerzan expresamente la idea de que ella "...confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales... tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros ... [y] no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión...". Asimismo, según se adelantó, Lisboa toma al Convenio de Roma y a las mentadas tradiciones, como eje interpretativo primordial en el plano de los derechos y garantías fundamentales (art. 6).

**B)** En ese contexto, –bien que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), carece de jurisdicción en el control del contenido atribuido por los derechos internos–, los contornos del instituto se han venido trazando en buena parte, por vía jurisprudencial.

En su temprana sentencia del 17 de abril de 1986 *in re "State of the Netherlands v. Ann Florence Reed"* (case N° 59/85 [1986] ECR 1986 p 1283), donde la pareja soltera del mismo sexo de un nacional británico que trabajaba en Holanda pugnaba por obtener un permiso de residencia, aquel cuerpo constató que el término "esposo" sólo debía aplicarse a parejas casadas, aunque asignó efectos a este otro tipo de uniones, como una "ventaja de tipo social", cuyo reconocimiento contribuye a la libre circulación de trabajadores.

Otro de los primeros hitos jurisprudenciales está dado por la muy mentada sentencia del 17 de febrero de 1998, originada en la concesión de tarifas preferenciales sólo para los cónyuges o parejas heterosexuales de los empleados de la empresa inglesa "SWT Ltd." ("*Lisa Jacqueline Grant vs. South West Trains Ltd.*" [asunto C-249/1996 y FJ 33-35]).

Allí, el Tribunal consideró que no se discriminaba a la actora por ser mujer, ya que a una pareja de varones le hubiese sido aplicable la misma vara.

Tras examinar el Derecho comunitario y la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte de Estrasburgo o TEDH), así como la legislación de

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

los Estados miembros, concluyó que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se asimilaban a las uniones entre individuos –casados o no– de distinto género.

A lo largo de su análisis, le fue dado resaltar que la Comunidad no poseía normas equiparadoras, y que los Derechos nacionales guardaban grandes divergencias entre sí. Parafraseando a aquel organismo, interpretó que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no abarcaba a las relaciones homosexuales duraderas, ya que a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades, ellas no estaban comprendidas todavía en el ámbito de aplicación del llamado “derecho al respeto por la vida familiar”.

Juzgó que en el estado que exhibía en aquel momento, el Derecho comunitario no era aplicable a supuestos referidos a la orientación sexual; y que, aun suponiendo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos diese cobertura a la “preferencia sexual”, ello no podía *per se* expandir los alcances del Tratado. Y culminó trasladando al legislador la eventual adopción de medidas apropiadas, en pos de la equiparación.

En el pronunciamiento “*D. & Reino de Suecia/Consejo*” (C-122/99 y 125/99, del 31/5/2001), el TJCE también reparó en que la voz “matrimonio” designa, en general, a una unión heterosexual. Asimismo, tomó nota de que, desde 1989, un creciente número de países miembros ha venido estableciendo regímenes legales de unión entre personas de igual o distinto sexo, confiriéndoles efectos jurídicos idénticos o parecidos a los del matrimonio, tanto entre sus componentes como respecto de terceros (parágrafos 34 y 35). Empero, juzgó que esa incompleta equiparación en un limitado elenco de naciones no podía tener por consecuencia la inclusión dentro del concepto estatutario de “funcionario casado” de personas sometidas a un régimen que no es el matrimonial (v. asimismo Anexo A [cap. 1º, acáp. 1.8.D]).

En su sentencia del 7 de enero de 2004, el TJCE ha vuelto a adherir al criterio de la Corte de Estrasburgo. En esta ocasión, la intervención se dio a raíz del pedido de decisión prejudicial planteado por la Corte de Apelaciones

(División Civil) de Inglaterra y Gales, en un caso donde se negaba a una persona transexual la posibilidad de goce de la pensión que la ley acuerda al cónyuge supérstite. La resolución dictada, reflejando la jurisprudencia del TEDH, entendió que la pareja –considerada heterosexual, a partir de la operación médica de cambio de sexo de uno de los integrantes– está impedida de cumplir con el requisito del matrimonio necesario para disfrutar de la pensión de supervivencia. Ello, aseveró, va en desmedro del artículo 141 CE (sobre igualdad de hombres y mujeres en la vida laboral), norma que, en principio, se opone a cualquier legislación que contrarie al Convenio de Roma. Finalizó diciendo que, al ser los Estados miembros los que deben determinar los recaudos de admisibilidad jurídica del cambio quirúrgico de sexo, incumbe al juez nacional comprobar si puede invocarse el art. 141 CE, en orden a que el compañero transexual acceda a dicho beneficio (Asunto C-117/01, “*K. B. v. Nacional Health Services Pensions Agency & Secretary of State for Health*”).

**C)** Respecto de la Corte Europea de Derechos Humanos, creo útil para los propósitos de esta reseña incluir –como lo he hecho en el acápite anterior– una referencia a sus pronunciamientos, aun en ángulos que no hacen directamente a la cuestión del matrimonio homosexual. Ello contribuirá a poner en contexto los criterios tenidos en mira por ese cuerpo en la construcción de sus conclusiones.

En ese orden, cabe señalar que, no obstante propiciar la no discriminación por causa de la orientación sexual, el TEDH ha iniciado su aproximación al problema, a partir del respeto por la concepción del matrimonio como heterosexual, tomando como estándar interpretativo constante la evolución operada en el plano científico y en la estimativa general (especialmente en los países miembros).

Tenemos así que, en una primera etapa, esa Corte ponderó la razonabilidad de los límites impuestos por las legislaciones domésticas en el contexto del balance entre el interés general y el individual. Cabe aclarar que, si bien las intervenciones del tribunal que dieron pie a la elaboración de esta doctrina tuvieron lugar en el terreno de la transexualidad, sus fundamentos resultan



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

enteramente aplicables también a casos de la índole del aquí tratado. El TEDH determinó que, en el estado de transición que comprobó al dictar las respectivas sentencias, los Estados contratantes gozan de suficiente margen de apreciación para evaluar si se justifica (y en qué extensión) un tratamiento legal diferente. Ello, en un marco configurado por sus propios valores culturales, y por los elementos comunes que conviven en la cosmovisión, en las tradiciones y en los sistemas jurídicos concretos que integran la UE (véase decisorios indicados seguidamente; conf. asimismo, en lo pertinente, “*Dudgen v. UK*” del 22 de octubre de 1981 [Series A N° 45, pp. 23-24, para. 60]; “*Court’s B. v. France*” del 25 de marzo de 1992 [Series A N° 232-C; p. 49, § 48]; “*Stubbings and others v. The United Kingdom*” del 22 de octubre de 1996 [Reports 1996-IV, p. 1507, § 72]; “*Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*” N° 33290/96, § 29, ECHR 1999-IX, del 21 de diciembre de 1999; “*Fretté v. France*, N° 36515/97, §§ 34 y 40, ECHR 2002-I, del 26 de febrero de 2002; y “*S. L. y V. v. Austria*” [N° 45330/99, § 36, ECHR 2003-I], 9 de enero de 2003, y 10 de febrero de 2004).

A esos ejes, obedecen las resoluciones dictadas en “*Case of Rees v. United Kingdom*” (application N° 9532/81; 17/10/1986), “*Case of Cossey v. The United Kingdom*” (application N° 10843/84; 27/9/1990) y “*Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*” (application N° 22985/93 y N° 23390/94; 30/7/1998). Allí, sin perjuicio de destacar la atención que merece el tema, la mayoría del tribunal juzgó que no se habían conculcado el respeto por la vida privada (art. 8-1 de la Convención de Roma), ni el derecho a casarse y fundar una familia (art. 12). Para ello, como guía hermenéutica, auscultó a la opinión pública mayoritaria y al sentido de las legislaciones positivas de los Estados miembros, verificando que “...no evidencian un abandono general del concepto tradicional de matrimonio...”.

Más precisamente, en “*Rees*”, el TEDH estimó que “...el derecho a casarse garantizado por el art. 12 hace referencia al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto. Esto aparece también en la redacción del artículo, de donde resulta claro que dicho art. 12 está principalmente interesado en proteger el matrimonio como base de la familia...”.

“...El artículo 12 prescribe que el ejercicio de ese derecho estará sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes. Las limitaciones que se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho en tal sentido o extensión que la verdadera esencia del derecho sea deteriorada. Sin embargo, no puede decirse que el impedimento legal del Reino Unido en cuanto al matrimonio de personas que no pertenecen biológicamente a sexos opuestos, tenga un efecto de esta clase...”.

La Corte reflexionó acerca de la particular importancia de atender a la diversidad de prácticas seguidas por los países miembros y a sus circunstancias y, luego de hacer un repaso de esas realidades, constató que “... en el presente es mínimo el consenso existente entre los Estados Contratantes en este campo y que, hablando en general, la ley parece estar en un estadio de transición. En consecuencia, ésta es un área en la que las Partes Contratantes, disfrutan de un amplio margen de apreciación...”.

Enseñó que, en la detección de esa obligación positiva, la mirada debe ponerse en el justo balance entre el interés general de la comunidad y el interés del individuo, equilibrio cuya búsqueda es inherente a la Convención en su conjunto (parágrafo 37, con cita *mutatis mutandi* de “*James and Others*”, del 21 de febrero de 1986, *Series A* N° 98, p. 34, para. 50, y “*Sporrong and Lönnroth*” del 23 de septiembre de 1982, *Series A* N° 52, p. 26, para. 69). En esa tarea, indicó que la directiva mencionada en el segundo párrafo del art. 8 puede ser relevante “...aunque dicho precepto refiere sólo a ‘interferencias’ con el derecho protegido por el primer párrafo –en otras palabras concierne a las obligaciones negativas que de allí fluyen (ver, *mutatis mutandis*, el pronunciamiento “*Marckx*” del 13 de junio de 1979, *Series A* N° 31, p. 15, para. 31) –...”.

Todo ello lo llevó a inferir que, por ahora, debe dejarse al Estado demandado la determinación del temperamento que ha de seguir. Por último, formuló una reserva en el sentido de que “... la Corte es consciente de la seriedad de los problemas que afectan a estas personas y del *distress* que estas sufren. La Convención debe interpretarse y aplicarse siempre a la luz de las circunstancias actuales (ver, *mutatis mutandis*, entre otros, el pronunciamiento “*Dudgeon*” del 22

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

de octubre de 1981, *Series A* N° 45, p 23-24, para. 60). La necesidad de apropiadas medidas legales, por tanto, debe tenerse presente tomando en consideración especialmente los desarrollos científicos y sociales...”.

En “*Cossey*”, la mayoría del TEDH retomó la doctrina sentada en el caso “*Rees*”, que estimó análogo, entendiendo que no se daban razones convincentes para apartarse de su propio precedente. Por ejemplo, con cita del pronunciamiento “*Inze*” (*Series A* N° 126, p. 18, para. 41, del 28 de octubre de 1987), volvió sobre la necesidad de que la interpretación de la Convención refleje los cambios sociales y quede en sintonía con las nuevas circunstancias imperantes en ese campo.

En concordancia con ese hallazgo y con el señalamiento hecho en “*Rees*” acerca de la atención que merecen los desarrollos sociales y científicos, indicó que desde entonces no ocurrieron avances científicos significativos.

Asimismo, apuntó que desde 1986 se habían operado ciertas variaciones en la ley de algunos de los Estados miembros. No obstante, dijo, “...la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 1989 (OJ N° C 256, 9.10.1989, p. 33) y la Recomendación 1117 (1989) adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de setiembre de 1989 – ambas persiguen alentar la armonización de las leyes y las prácticas en este campo– revelan... la misma diversidad de prácticas que se obtuvo en la época del pronunciamiento “*Rees*”. De conformidad con ello es todavía, teniendo en cuenta la existencia de un escaso consenso entre los Estados Contratantes, un área en la que ellos disfrutaban de un amplio margen de apreciación (ver el pronunciamiento “*Rees*”, p. 15, para. 37). En particular, al presente no puede decirse que el apartamiento de las anteriores decisiones de la Corte está justificado en orden a asegurar que la interpretación del Artículo 8... en el punto en discusión esté en línea con las condiciones actuales...”.

Desde el ángulo del art. 14 de la Convención -que prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos y libertades garantizados-, la Corte consideró que esa previsión no asistía a la peticionaria. Para ello, en el párrafo 41, recurrió a la noción de proporcionalidad entre una medida o una restricción y el

fin que busca alcanzar, como concepto que entronca en el justo balance que debe develarse entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo (con remisión al párrafo 37 y cita del caso “*Lithgow and Others*” del 8 de Julio de 1986, *Series A* Nº 102, p. 50, para. 120).

Más adelante, puntualizó: “...45. En cuanto a la inhabilidad de la solicitante para casarse con una mujer, ésta no se ve contrariada por ningún impedimento legal y a este respecto no puede decirse que el derecho a casarse ha sido perjudicado como consecuencia de las previsiones de la ley doméstica...”. “... En cuanto a su inhabilidad para casarse con un hombre, los criterios adoptados por la ley inglesa están a este respecto conformes con el concepto de matrimonio el que se refiere el derecho garantizado por el art. 12...”.

“...46. Aunque algunos Estados Contratantes ahora reputan como válido el matrimonio entre una persona en la situación de la srta. Cossey y un hombre, no puede decirse que los desarrollos ocurridos hasta hoy... evidencien algún abandono general del concepto tradicional de matrimonio. En estas circunstancias, la Corte no considera que le sea posible realizar una nueva aproximación al Artículo 12 en el punto en discusión. La Corte encuentra, además, que aquella adhesión al concepto tradicional de matrimonio proporciona razón suficiente para la continuidad en la adopción de criterios biológicos para la determinación del sexo en el contexto del matrimonio, siendo una materia comprendida dentro de la potestad de los Estados Contratantes para regular por la ley nacional el ejercicio del derecho a contraer matrimonio...”.

Llegado el año 1998, en el proceso “*Sheffield*” se acumularon los casos vinculados a dos personas transexuales, alegándose, entre otras, la violación de los arts. 8, 12 y 14 de la Convención. Creo interesante hacer notar aquí cómo la Corte valorizó nuevamente el consenso compartido por los Estados parte -en los planos jurídico, científico, social y moral- a cuyo avance supeditó cualquier cambio de criterio (v. esp. para. 55 a 58).

En el párrafo 66, el TEDH recordó, con cita del caso “*Rees*” (p. 19, §§ 49 y 50) que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el art. 12, hace referencia a la unión entre personas de diferente sexo biológico. Y en el párrafo

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

siguiente, hizo lo propio con el caso “Cossey” (p. 18, § 46), para repetir textualmente el criterio ya citado sobre el poder regulatorio en cabeza de los países miembros.

A la luz de dichas consideraciones, la Corte “...encuentra que no puede decirse que la inhabilidad de cada peticionario para contraer matrimonio válido bajo la ley doméstica del Estado demandado, teniendo en mira las condiciones impuestas por la *Matrimonial Causes Act 1973*...constituya una violación del Artículo 12 de la Convención ...”.

“...75 La Corte reitera que el Artículo 14 proporciona protección contra la discriminación en el goce de los derechos y libertades que salvaguardan las otras previsiones sustantivas de la Convención. Sin embargo, no cualquier diferencia de tratamiento importará una violación de este Artículo. En vez, debe establecerse que otras personas en una situación análoga o similar en grado relevante, disfrutaran de tratamiento preferencial, y que no hay una razonable u objetiva justificación para dicha distinción...”.

“...76. La Corte nota que antes de ahora ha concluido que el Estado demandado no ha sobrepasado el margen de apreciación al no acordar reconocimiento legal al género transexual post-operatorio...”, toda vez que se demostró un justo balance entre la necesidad de salvaguardar los intereses de transexuales como los peticionarios y los intereses de la comunidad en general.

En definitiva, la Corte no tuvo por configurada ninguna violación, en los términos de dicha norma.

En “*X, Y and Z v. the United Kingdom*” (N° 75/1995/581/667, del 22/4/1997), a propósito del intento de un transexual de registrar como hijo al vástago de su pareja, la Corte observó que la ley inglesa definía al sexo de la persona con referencia a un criterio biológico en el momento del nacimiento, y que no aceptaba su variación desde una cirugía de reasignación; con lo cual el individuo transexual mujer a hombre, no tenía permitido casarse con una mujer. Y apreció que la actitud de cautela del Estado resultaba justificada, desde que era posible que la reforma que se perseguía pudiese tener ramificaciones indeseables o impensadas para los niños en la situación de Z.

Reiteró la inexistencia de un modo general de aproximación al problema compartido por las altas partes contratantes, en punto a cómo estas relaciones sociales deben reflejarse en la ley, e insistió en que el tema es materia de debate. Reobró sobre el estándar utilizado en “*Rees*” (p. 15, para. 37) y “*Cossey*” (p. 16, para. 40), en cuanto a que, ante el escaso nivel de acuerdo existente entre los estados miembros, la normativa parece estar en un estado de transición, por lo que cada país tiene un amplio margen de valoración, en un campo donde se mueven complejos problemas técnicos, legales, morales y sociales. No obstante considerar que en el caso se habían creado lazos familiares, teniendo en cuenta que X. no estaba privado en modo alguno de actuar socialmente como padre del niño Z., estimó que no había violación del art. 8, sin examinar la queja relativa al art. 14 (discriminación), por la íntima conexión existente con el tópico ya tratado.

Ahora bien, al hilo del criterio dinámico de interpretación establecido en los precedentes “*Rees*”, “*Cossey*” y “*Sheffield*”, el tribunal ha insistido en la idea de que la Convención es un cuerpo vivo, que debe leerse a la luz de las circunstancias de tiempo y lugar, según la evolución acaecida en lo social, jurídico y científico. Precisamente, esos son los patrones de los que se valió *in re* “*Christine Goodwin v. United Kingdom*” e “*I. v. United Kingdom*” (*application* N° 28957/95 y *application* N° 25680/94, respectivamente, ambos del 11/7/2002), para reevaluar el rango de apreciación librado a los Estados miembros, a la hora de fijar restricciones en sus ordenamientos internos.

Para tomar el más difundido de esos casos, en “*Goodwin*” la Corte de Estrasburgo tuvo por configurada la violación de los arts. 8, 12 y 14 del CEDH. Comenzó por tomar en cuenta los cambios de punto de vista ocurridos en torno a la transexualidad en el mismo Reino Unido, en Europa y fuera de ella (Canadá, Sudáfrica, Israel, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos). Evocó las normas interpretativas de aproximación dinámica y evolutiva, que propenden a que los derechos se den práctica y efectivamente y no de modo teórico o ilusorio. Propuso, entonces, atender a la situación general reinante para evaluar, a su luz, cuál es la interpretación y aplicación adecuada de la Convención. Estimó ilógico que el Estado, no obstante admitir la realización de operaciones de cambio de

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

sexo, no se haga cargo de las derivaciones legales, negándose a autorizar la rectificación de los registros que hacen al estado civil, o la celebración de matrimonio con una persona del sexo de origen, o la posibilidad de ejercer los respectivos roles parentales. Sopesó los inconvenientes que una implementación acorde aparejará al sistema, sin encontrar que ellos sean graves ni insuperables.

“90... Como sea [acotó], la esencia misma de la Convención es el respeto por la dignidad y la libertad humanas. Bajo el Artículo 8 de la Convención en particular, donde la noción de autonomía personal es un importante principio que subraya la interpretación de sus garantías, la protección es dada a la esfera personal de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer las particularidades de su identidad como ser humano individual (v., *inter alia*, *Pretty...*). Puesto que no hay factores significativos de interés público para sopesar en contra del interés de estos aspirantes en la obtención de reconocimiento legal para su género reasignado, ésto lleva a la conclusión de que el justo balance que es inherente a la Convención ahora se inclina decisivamente a favor de los actores...”.

Al recordar la doctrina de *Rees*, *Cossey* y *Sheffield and Horsham*, reflexionó acerca de que, en esos casos, la inhabilidad para contraer matrimonio se sustentó en la conexión entre el derecho a casarse y las nupcias tradicionales de dos personas de sexos biológicos opuestos, como asimismo, en la idea de protección del matrimonio en tanto fundamento de la familia (*Rees...* p. 19, § 49).

“...98. Volviendo a ver la situación en 2002, la Corte observa que el Artículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El segundo aspecto –sin embargo– no condiciona al primero y la inhabilidad de cualquier pareja de concebir un hijo o de ser padres no puede remover *per se* su derecho a disfrutar la primera parte de esta previsión...”.

“...99. El ejercicio del derecho a casarse produce consecuencias sociales, personales y legales. Está sujeto a las leyes nacionales de los Estados Contratantes, pero las limitaciones que así se introduzcan no deben restringir o reducir el derecho de tal modo o en tal extensión que su esencia misma resulte deteriorada (ver fallos *Rees*, p. 19, § 50; *F. v. Switzerland* del 18 de diciembre de 1987, *Series A* N° 128, § 32)...”.

“...100. Es verdad que la primera sentencia refiere expresamente al derecho a casarse de un hombre y una mujer. La Corte no está persuadida de que a la fecha de este caso todavía pueda asumirse que esos términos refieran a una determinación de género puramente sobre criterios biológicos (como sostuvo Ormrod J. en el caso de *Corbett v. Corbett*, párrafo 21...). Ha habido mayores cambios sociales en la institución del matrimonio desde la adopción de la Convención, tanto como dramáticas alteraciones causadas por los desarrollos en medicina y ciencia en el campo de la transexualidad... La Corte también quiere hacer notar que el Artículo 9 de la recientemente adoptada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se aparta, sin duda deliberadamente, de la redacción del Artículo 12 de la Convención al remover la referencia a hombres y mujeres (ver párrafo 58 ...)...”.

“...101...La peticionaria en este caso vive como una mujer, mantiene una relación con un hombre y desea sólo casarse con un hombre. Ella carece de la posibilidad de hacerlo. Desde el punto de vista de la Corte, puede por tanto reclamar que la esencia misma de su derecho a casarse ha sido infringida...”.

Ese cuerpo también hizo mérito del contexto jurídico-político del Reino Unido, haciendo notar que los jueces locales tendían a pensar que el tema podía manejarse mejor por vía legislativa, mientras que las oficinas gubernamentales no abrigaban ninguna intención actual de ingresar en ese cauce.

A su tiempo, en “*Karner v. Austria*” (*application* N° 40016/1998, del 24/7/2003 – *final* 24/10/2003), se avanza en el reconocimiento de la pareja homosexual, aunque en una esfera bien puntual. Allí, la Suprema Corte austríaca había desautorizado lo resuelto por los jueces de Viena en las anteriores instancias, estableciendo que el beneficio de subrogación en el arrendamiento por muerte de uno de los integrantes de la pareja conviviente abarcaba sólo a las parejas heterosexuales (sentencia del 5 de diciembre de 1996). Para ese tribunal, la noción “compañero de vida” (*Lebensgefährte*) contenida en la Sección 14(3) de la ley de locaciones, debía interpretarse al tiempo de la sanción de la norma, y la intención del legislador en 1974 no había sido incluir a personas del mismo sexo.

La Corte de Estrasburgo entendió que justificar el trato dispar con el



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

argumento de proteger a la familia tradicional comportaba un artificio pues, en los hechos, era posible arbitrar una gama de medidas para cumplir ese objetivo, sin que fuera menester negar esas mismas prerrogativas a los compañeros del mismo sexo.

Arguyó: “... 37. La Corte reitera que, a los fines del Artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, o sea, si no persigue un objetivo legítimo o si no guarda relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se busca realizar (ver *Petrovic*,... p. 586, § 30). Además, deberían esgrimirse razones de mucho peso antes de que la Corte pueda considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo como compatible con la Convención... Como las diferencias basadas en el sexo, las que se fundan en la orientación sexual requieren razones particularmente serias como modo de justificación (v. *Smith and Grady*, ... § 90, y *S.L. v. Austria*, ... § 37)...”.

“...40. La Corte puede aceptar que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón grave y legítima que puede justificar la diferencia en el tratamiento (ver *Mata Estevez v. Spain* [dec.], N° 56501/00, ECHR 2001-VI...). Pero queda por descubrir si, en las circunstancias de este caso, el principio de proporcionalidad ha sido respetado....”.

Si la distinción se origina en el sexo o en la orientación sexual – continuó–, se debe demostrar que hay un interés público, y que la categorización es necesaria para lograr ese designio. Finalmente, como el Estado no acreditó tales extremos, tuvo por verificada una violación del art. 14, tomado en conjunción con el art. 8 de la Convención de Roma (parágrafos 41 a 43).

En orden al alcance del predicho artículo 14, se ha señalado que en el pensamiento de la Corte de Estrasburgo la orientación sexual constituye una noción incorporada al ámbito de esa cláusula, cuya enumeración es sólo enunciativa (caso “*Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*”). Por ende, la justificación de las distinciones basadas en esa circunstancia exige la concurrencia de razones de particular relevancia.

Más recientemente, este organismo de derechos humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el criterio heterosexual como calificador del matrimonio. Así, en el año 2005, *in re* “*B. & L. v. United Kingdom*” (*app.* N° 36536/02 [13/9/2005]), aclaró que el “...[a]rtículo 12 asegura el derecho fundamental de un hombre y una mujer a casarse y fundar una familia. El ejercicio de ese derecho da nacimiento a consecuencias sociales, personales y legales y el Artículo 12 expresamente prevé la regulación del matrimonio por parte de la ley nacional. Dadas las sensibles razones morales concernientes a la importancia de adherir a la protección de los niños y de alentar los ambientes familiares seguros, esta corte no debe apresurarse a sustituir –a través de su propio juicio– el lugar de las autoridades, que están mejor ubicadas para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad...” (para. 36).

En “*R. and F. v. The United Kingdom*” (*app.* N° 35748/05 [28/11/2006]), al sentar sus conclusiones, reprodujo esa misma idea y agregó que “...[e]n la ley doméstica el matrimonio sólo es permitido entre personas de género opuesto, sea que ese género derive de una atribución al tiempo del nacimiento o de un procedimiento de reconocimiento. Los matrimonios homosexuales no están permitidos. El Artículo 12 de la Convención, consagra de modo similar el tradicional concepto de matrimonio entre un hombre y una mujer (*Rees v. the United Kingdom, cited above*, § 49). Mientras es cierto que hay un número de Estados Contratantes que han extendido el matrimonio a las parejas del mismo sexo, ello refleja su propia visión del rol del matrimonio en sus sociedades pero (...) no fluye de una interpretación del derecho fundamental que formularon los Estados Contratantes en la Convención de 1950...”.

En definitiva, si bien los desarrollos jurídicos de la UE no vinculan a la República Argentina, lo dicho hasta aquí resulta orientativo en tanto denota que, dentro de ese prestigioso sector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el matrimonio homosexual –como estatuto fundamental de implementación obligatoria para los ordenamientos internos–, no puede en modo alguno considerarse como *communis opinio*, quedando la regulación en el marco discrecional de los Estados miembros, según sus realidades intrínsecas.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

–VI–

Establecido ello, cabe detenernos ahora en la contraposición que se invoca entre las normas del Código Civil en materia matrimonial y las de nuestra Carta Magna.

Ante todo, en este tema estimo aplicables las consideraciones vertidas en el punto IV en torno a la igualdad ante la ley y la no discriminación, remisión que me bastará para aconsejar, como lo haré, que se desechen los agravios esgrimidos sobre el particular.

En segundo lugar, el derecho de asociación es a mi entender francamente inatinerante, pues no se advierte por qué el diseño matrimonial vigente afectaría la posibilidad de que las recurrentes R. y C.V. formen o ingresen a una agrupación fáctica, persona jurídica u otro tipo de entidades. Además, el recurso no explica con la profundidad del caso la correlación entre dicha prerrogativa y el connubio. Y aun concediendo por hipótesis que el matrimonio sea meramente una más de las formas asociativas posibles, los imprecisos agravios de las actoras no refutan, desde la óptica del art. 14 de nuestra Carta Magna, la habilitación constitucional del legislador para regular –discrecionalmente y según los valores comunitarios prevalentes– este costado del particular instituto en debate.

Por otro lado, no alcanzo a percibir –ni lo devela la escueta referencia de fs. 224 segundo párrafo–, cuál es la relación directa e inmediata entre el derecho de admisión genéricamente invocado y la efectiva solución de la controversia (arg. arts. 3 inc. “e” de la Acordada CSJN 4/2007 y 14 inc. 3° de la Ley 48; doct. Fallos: 326:1663). Tampoco puede verse dónde reside la supuesta vulneración constitucional de una potestad cuya misma noción –según la ensayan en abstracto las interesadas– parecería descalificar la tesitura que defienden. En todo caso, el reenvío a los razonamientos expuestos en el punto IV y a los que explicitaré a continuación, despeja, a mi juicio, los únicos interrogantes de relevancia propuestos en el recurso.

Pues bien, dilucidada como quedó la cuestión planteada a nivel del

Derecho Internacional, resulta conducente observar que nuestra norma fundamental no parece traer, en cuanto al derecho a casarse, directivas expresas o implícitas sustancialmente diferentes. Justamente, cuando en 1994 hizo suyas las reglas de los pactos enumerados en su art. 75, la Constitución Nacional – que tampoco contiene una definición de matrimonio– actualizó una garantía cuya consistencia discrecional se examinó en el punto IV.

En ese contexto, no encuentro que nuestro sistema consagre una tutela nupcial tal como la entienden las peticionarias, toda vez que ella está, por de pronto, sujeta a la ley, sometimiento que emana del orden constitucional en razón de su misma naturaleza (Joaquín V. Gonzalez: “Manual de la Constitución Argentina” actualizado, año 2001; p 54 nº 90). Así se encarga de advertírnoslo el art. 20, único que dedica al *ius connubii* un enunciado explícito, aunque secundario, al decir “[l]os extranjeros... pueden... casarse conforme a las leyes...”.

Es cierto que, como se vio en los puntos que anteceden, el acceso al matrimonio integra claramente el catálogo de los derechos humanos básicos; también lo es que el Poder Legislativo debe ceñir su cometido al perfil de ese derecho, conformándose al plan de la Carta Magna (art. 28; arg. Fallos: 326:2637, por remisión a lo opinado por esta Procuración; J. V. González, ob. cit., p 54 nº 91). Precisamente por eso, la labor de exégesis constitucional no puede emprenderse sin preguntarnos –como lo hicimos–, por el contenido esencial de aquella prerrogativa, en el que, desde luego, entronca el propio proyecto personal de vida, aunque inserto equilibradamente dentro de los valores e intereses generales de una sociedad determinada.

En concordancia con ello, si bien la libertad de elección del consorte le es consustancial, no resulta irrestricta. Además de los cotos formales y de salubridad, ese “otro” debe ser, por de pronto, una persona humana. También se requieren otras condiciones especiales, como la ausencia de ciertos grados de parentesco y la exclusividad, ámbito de restricciones al que también pertenece el requisito de género controvertido en autos.

El señalamiento que acabo de hacer se vincula con los conceptos que desarrolló esta Procuración en el dictamen de Fallos 321:92, donde se

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

recordó “...que la frustración de la libertad de consentimiento, es decir, de la posibilidad *de elegir el propio modelo matrimonial...* es una consecuencia del principio de supremacía del orden público sobre la autonomía de la voluntad de los particulares consagrado, por los arts. 19 y 21 del Código Civil –normas no atacadas por las partes–.... Y desde que el Tribunal ha sostenido reiteradamente que, en general, lo referente al régimen del matrimonio civil... hace al orden público interno (v. Fallos: 273:363; 307:1371 y 311:2247 punto 16, segundo párrafo), cabe concluir que, en ese ámbito la libertad no es absoluta y que, disposiciones legales vinculadas al matrimonio, no pueden quedar sometidas al arbitrio de los particulares...”.

“...[la postura contraria] podría conducir ... de llevarse a su total desarrollo dialéctico, a la imposibilidad de legislar en materia de matrimonio civil por la inviabilidad de responder a todas las creencias ... Con lo cual el planteo formulado conduce, en última instancia, a cuestionar implícitamente, la facultad del Congreso Argentino de legislar en materia de matrimonio civil, tesis que ha sido rechazada por V. E. en la sentencia precedentemente citada (v. capítulo VII, ap. 2do. de este dictamen y más adelante lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)...”.

La cita precedente, si bien no está referida al matrimonio homosexual, alude, sin embargo, a la cuestión medular que tenemos ante nosotros: lo que está en tela de juicio en esta causa es la potestad estatal de restringir la libertad de consentimiento en punto a la complementariedad sexual, por la vía del diseño matrimonial imperativo.

Ya hemos dicho que tal temperamento está autorizado por la normativa internacional de los derechos humanos. Y resulta –agregamos ahora– coherente con el funcionamiento de los derechos fundamentales en el área del Derecho de Familia. Esta rama jurídica –no obstante regular nexos de neto corte personal–, habida cuenta de la relevancia social de las realidades que contempla, sigue aún imbuida de una importante impronta publicista, máxime en lo que concierne al estado civil.

Desde ese ángulo, como se ha encargado de aclarar el *a quo*, no

puede discutirse que la sexualidad es un asunto que hace a la intimidad del individuo, quien posee la facultad de “estar a solas” sin injerencias estatales, mientras se trate de acciones privadas, consentidas y entre adultos (he ahí el espacio característico de una de las principales vertientes de la libertad). Empero, cuando esa facultad se exterioriza y actúa en el radio alcanzado por la norma, viene a operar el poder de policía estatal (doct. del art. 19 de la Constitución Nacional; J.V. González: ob. cit. p 59 a 63, esp. 60 primer párrafo).

En esa línea, la construcción de la forma institucional del *ius nubendii*, y el ingreso al estatus que de él se deriva, son mecanismos que no operan automáticamente a partir de la mera expectativa individual, desde que trascienden al círculo de lo colectivo. Se trata, en efecto, de un acto fundacional no sólo para los contrayentes sino para el Estado, dado que la existencia de éste reposa en la familia, como asiento primordial de la sociedad, y en el matrimonio, como una de sus fuentes históricas, con independencia del concepto que de ellos se tenga (arg. Fallos: 304:1139).

Los autores expresan al respecto que, mientras la convivencia en la esfera íntima está exenta de la autoridad de los magistrados, el connubio pertenece a una dimensión distinta: la dimensión institucional, originada con miras a la organización social a través de recaudos impuestos por el legislador, con el propósito de promover determinadas conductas o modelos de convivencia.

El Tribunal Constitucional español aporta en este tópico, algunas palabras esclarecedoras: “... las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se encomienda al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencia determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 32/1981; STC 26/97).

Estimo, entonces, que no nos es dado pensar –como postulan las actoras– que el legislador haya infringido su poder de configuración, alterando el núcleo del derecho, ya que la ley se atuvo al diseño institucional al que responde nuestra norma máxima, cuya economía de garantías –reitero– no hace sino alinearse con los pactos internacionales a ella incorporados (v. punto IV).

De aceptarse estas premisas, deberemos concluir que no es éste el cauce para zanjar –como lo pretenden las recurrentes– las eventuales inequidades existentes, sin perjuicio de las soluciones que, para situaciones específicas fehacientemente demostradas, pudiere proveer el servicio de justicia, tal como V.E. lo ha hecho en Fallos 329:5266.

En definitiva, de lo dicho se sigue que la determinación del modelo matrimonial es un problema que excede el ministerio propio de la jurisdicción, para adentrarse en la actividad normativa de la Nación (arg. Fallos: 317:1505; 319:2617), en un nivel que no corresponde determinar en esta causa.

Dicha conclusión se impone también desde la perspectiva que ofrece la diversidad de situaciones planteadas y de soluciones adoptadas a nivel mundial que anoto en el Anexo A, y que da cuenta acabada de la indudable necesidad de un debate amplio que comprometa a la sociedad toda, superando la acotada esfera decisoria de los jueces.

–VII–

Justamente, ese recorrido por algunos aspectos salientes del inabarcable devenir internacional, permite rescatar tres hallazgos objetivos que, en mi parecer, deben aquilatarse con especial cuidado.

El primero de ellos es que la consideración del tema muestra un arco muy amplio: la mayoría de las sentencias provenientes de cuerpos colegiados no son unánimes, como tampoco lo son las soluciones que ofrecieron las diferentes instancias intervinientes. A su vez, puede afirmarse que dentro del variado

panorama del pensamiento actual, si bien –como lo dije en el punto III– la tesis que propugnan las peticionarias ha avanzado, todavía siguen siendo excepcionales los productos jurídicos que modificaron el rasgo universal de la complementariedad sexual.

El segundo dato es que, independientemente de su postura, los operadores que abordan el tópico hacen referencia obligada, ante todo, a la trascendencia institucional del matrimonio y, luego, a cuál es su fisonomía, tal como es asumida por cada comunidad.

El tercer elemento –vinculado por cierto con lo anterior– es que los sistemas legales y sociológicos comparados aceptan comúnmente que el carácter intersexual singulariza a este tipo de unión humana.

A partir de allí, reitero, el delicado conflicto traído a juzgamiento está lejos de una aproximación pacíficamente admitida: las divergencias que suscita aún permanecen abiertas en los más diversos niveles.

Exige, por ende, una labor interdisciplinaria. Y reclama, principalmente, un debate en el seno de nuestra sociedad que, estimo, no ha transitado los caminos indispensables antes de decidir si consagrará o no una reestructuración de enorme magnitud social y jurídica.

Tal es, en efecto, la dimensión del cambio, que llevó a juristas de sistemas dispares –el continental europeo y el *common law*– a interrogarse sobre su significación como alteración de la propia naturaleza jurídica del instituto, y sobre el cometido al que están llamados, en la emergencia, los distintos Poderes.

En todo caso, creo que la respuesta jurisdiccional no debe ignorar que el matrimonio, cualquiera sea la concepción que de él se tenga, afecta al tejido social y reviste un interés público relevante, con lo cual, toda mutación sustancial en su configuración no puede prescindir de la indispensable discusión pública. Con sus matices, éste ha sido un derrotero común en el Derecho comparado que reseño con algún detalle en el Anexo A.

Ya he aludido a la transformación que ha sufrido la visión socio-jurídica de la familia a partir del siglo pasado. También es innegable que nuestro



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

sistema ha experimentado una singular profundización en la vertiente de los derechos humanos, de la mano de la reforma del año 1994 y de los pactos internacionales dotados hoy de especial jerarquía.

Precisamente, en seguimiento de la guía insoslayable que representa dicha fuente, esta Procuración ha venido bregando acendradamente por la vigencia de aquellas prerrogativas fundamentales en clave optimizadora y progresiva. Ello no quiere decir, sin embargo, que se caiga en el olvido de una de las pautas inherentes a la vida republicana, cual es la división de Poderes.

En tal sentido, la consolidada enseñanza de la Corte nos orienta acerca de que la misión más delicada de la justicia es saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, lo cual es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de reglamentar los derechos reconocidos por la norma fundamental, coordinando el interés privado con el público. Y nos previene acerca de que el avance de un Poder llamado a sostener la vigencia de la Constitución, en detrimento de las potestades de los demás, comportaría una seria afrenta a la armonía y el orden general (arg. Fallos: 155:248; 241:291 [voto de los Dres. Araoz de Lamadrid y Oyhanarte]; 252:288 [voto del Dr. Araoz de Lamadrid]; 272:231; 302:232; 303:1409; 305:628; 308:2268 [disidencia del Dr. Belluscio]; 310:112, 1162 [voto de los Dres. Caballero, Belluscio y Fayt], 1401 [disidencia del Dr. Fayt]; 311:2580, 253; 312:156 [voto del Dr. Fayt] y 1725 [disidencia del Dr. Belluscio]; 316:2624, 2732, 2940; 317:126; 327:2048; 329:1723 y 3089 consid. 18).

Como correlato de esta directriz, V.E. remarca que no corresponde a los jueces sustituir al Parlamento, dado que el control de constitucionalidad no incluye la evaluación de la conveniencia, oportunidad o acierto del criterio adoptado por el legislador en la esfera de sus atribuciones, lo cual desvirtuaría el ámbito de reserva de los otros departamentos del Estado (Fallos: 300:700; 306:1074, 1597; 312:122, por remisión al dictamen de esta Procuración; 312:888; 320:1962; 323:3215; 329:3966; y opinión vertida en Fallos: 321:92).

Digo esto porque, como expliqué anteriormente, no he detectado una certera ofensa constitucional en la reglamentación del derecho cuya titularidad se

arrogan las peticionarias. Con lo cual, más allá de la idea que se tenga acerca de cuál es la mejor opción legislativa, se hace patente el carácter de este asunto, que conjuga múltiples y complejas facetas. Y donde campea una amplia gama de variables, cuyo manejo –opino– supera al cometido jurisdiccional para adentrarse en la factura misma de la política pública.

Pienso, entonces, que la judicatura debería actuar con suma prudencia, absteniéndose de formular reestructuraciones que, por su índole, demandan un amplio consenso, además de un previo estudio minucioso y abarcativo. Máxime que –como lo han verificado otros países en la práctica– una decisión positiva incidirá en distintos sectores de la realidad no sólo social, sino también jurídica; de manera que de optarse por una reforma la reconsideración integral del sistema legal familiar se convertiría en una verdadera exigencia, requiriendo la ejecución de acciones ajenas al cometido jurisdiccional (arg. S.C. G. Nº 147, L. XLIV, “García Méndez, Emilio y Musa María Laura s/causa Nº 7537, de fecha 2 de diciembre de 2008, consid. 6º).

En este sentido, es menester sopesar las consecuencias posibles de una decisión como la solicitada, que sólo aportaría una solución parcial a problemas mucho más vastos, como lo evidencian los precedentes que reseñé en el Anexo A (arg. Fallos: 313:532; 320:495). Es más, en casos como el presente, una salida fragmentada bien podría convertirse en una fuente de nuevos conflictos, por cierto difíciles de encauzar.

–VIII–

Finalmente, a modo de síntesis, cabe recordar que en el punto IV se ha verificado la postura del Comité de Derechos Humanos (ONU), voz altamente autorizada, en tanto organismo de monitoreo de uno de los instrumentos paradigmáticos en el andamiaje de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]). Esa comisión asume explícitamente que la restricción impugnada no entraña violación alguna, en los términos –entre otros– de los arts. 23 (derecho al matrimonio) y 26 (principio de no discriminación).

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Al mismo tiempo, en aquel punto se ha determinado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al que adhiere nuestra Constitución, deja librada a la valoración de cada uno de los Estados la selección de este ángulo del modelo matrimonial.

A partir del tenor conclusivo de esas premisas, no creo menester estudiar ni los niveles de severidad aplicables en el escrutinio, ni los restantes argumentos volcados en el recurso extraordinario.

Del mismo modo, aquella constatación da por tierra con las alegaciones esgrimidas en torno al alcance del PIDCP. Y lo propio sucede con los restantes documentos internacionales de igual jerarquía, respecto de los que las interesadas argumentaron genéricamente sin lograr demostrar que sus cláusulas ameriten una interpretación disímil. Por lo demás tampoco han invocado las recurrentes que nuestra carta de derechos haya expandido la garantía respectiva más allá del concepto aludido por el Comité, hipótesis que, por otra parte, descartamos en el punto VI.

Así las cosas, adquiere plena virtualidad el canon acuñado por V.E. en el sentido de que la declaración de invalidez constitucional de un precepto comporta la más delicada encomienda dada a los tribunales de justicia, un acto de suma gravedad que debe pensarse como última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 324:920, entre otros). Por ello, sólo ha de proceder frente a la convicción cierta de que la aplicación de la ley conculca el derecho o la garantía constitucional alegados (Fallos: 321:441 y su cita), lo cual, como dije anteriormente, no ocurre en la especie.

Asimismo, se desvanece la arbitrariedad acusada, pues se evidencia que el *a quo*, al abordar este controversial asunto, ha examinado los temas propuestos por las amparistas desde una de las perspectivas posibles, en compañía de tribunales, organismos y autores, tanto nacionales como foráneos.

Sin embargo, bien que el cauce elegido en autos no parece idóneo para solventar la problemática, creo necesario dejar a salvo que –más allá del debate puntual que nos convoca– ninguna solución sana ha de venir por la vía del desconocimiento de la realidad que viven estos conciudadanos.

La clarificación de su situación legal es una deuda que el sistema político-jurídico debe saldar. Ello, con el adecuado respaldo democrático, que no reposa ni en el apresuramiento, ni en la improvisación, sino en la iniciación de un profundo proceso en el que tenga lugar la discusión pública, con participación de todos los sectores, los aportes técnicos y el estudio de los antecedentes a nivel mundial; tal como lo reclaman la complejidad de la materia y la amplitud de sus proyecciones.

Acotado a ese marco, y dada la multiplicidad de aristas que ofrece la condición legal de la pareja homosexual –todas ellas inatendidas por la normativa vigente– entiendo que, de estimarlo conducente el Tribunal, sería conveniente llevar el problema a conocimiento de las autoridades correspondientes, haciendo uso –en lo pertinente– del mecanismo articulado por esa Corte en el precedente “Badaro” (Fallos: 329:3089, consid. 19). Pues, como lo sostuve en el dictamen emitido *in re* “Miguez” (S.C. M. N° 2230, L. LXL, en la que dictaminé con fecha 26 de junio de 2007), “...muchas veces el contenido de las sentencias expusieron a la ‘luz pública’ realidades sociales que, si bien existieron siempre, no fueron –por la causa que fuere– previstas [ni, agrego ahora, resueltas] por el legislador que entonces sí se vio compelido a considerarlas....”.

Con el alcance indicado, tenga V.E. por evacuada la opinión que se me solicita en la controversia.

Buenos Aires, 5 de agosto de 2009.

Es copia fiel

Esteban Righi

## ANEXO A

Como se anunció al prologar el punto III del dictamen, describiremos seguidamente el panorama internacional. En esa tarea, a los fines ilustrativos, bastará detenernos –sin pretensión de exhaustividad- en unos pocos antecedentes que guardan mayores puntos de conexión con nuestra cultura, pues (más allá de que las soluciones particulares están signadas hondamente por las vivencias histórico-sociológicas propias de cada país y por las características de sus sistemas jurídicos), los ejes conceptuales se reiteran.

### **1º) Europa:**

En este continente, el movimiento hacia la consagración legislativa de la convivencia homosexual arranca en junio de 1989 en Dinamarca, aunque hasta el año pasado, sólo Países Bajos, Bélgica y España habían recibido en sus ordenamientos positivos una noción de matrimonio construída independiente del sexo de los integrantes. Con fecha 17/6/2008, la Cámara Alta del Parlamento noruego, aprobó una ley en ese mismo sentido, con miras a regir desde enero del corriente año, y Suecia tiene el debate parlamentario abierto.

Coexiste en Holanda (1997) y Bélgica (1998), una regulación consistente en el registro de parejas. También la adoptan, con variaciones en cuanto al alcance de la remisión al estatuto matrimonial, a la filiación y la adopción, Dinamarca (1989), Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996), Finlandia (2001/2), Francia (1999), Portugal (2001), Alemania (2001), Lituania (2002), Reino Unido, Luxemburgo, Polonia y Suiza (2004), Eslovenia (2005), República Checa (2006).

Entre estos últimos mecanismos, algunos -como la *Civil Partnership Bill* británica- otorgan un estatus idéntico, pero mantienen la distinción con el matrimonio, que se sigue concibiendo como una unión intersexual.

Resumiré a continuación algunas experiencias nacionales y comunitarias que, según pienso, denotan más acabadamente la naturaleza del proceso, así como la escasa uniformidad de su desenvolvimiento.

**1.1.- Alemania:** La Constitución de Bonn (art. 6), coloca al matrimonio y a la familia en una órbita especial de protección del Estado (sobre esa tutela preferencial y la pareja del mismo sexo, en un caso de atribución de la vivienda social, ver sentencia del Tribunal Constitucional del 8/2/1995).

En 2001, se introdujo el partenariado (*Lebenspartnerschaft*), equidistante del matrimonio aunque con una estructura relativamente similar, por estimarse que este último instituto no abarca a la unión homosexual, aunque la Ley Fundamental no alude expresamente a la unión entre varón y mujer. Impugnada su constitucionalidad, el Tribunal Constitucional analizó el punto a partir de la garantía institucional, de la libertad para contraer matrimonio, y del fin axiológico que emanan del mencionado artículo 6. Declaró la adecuación constitucional de la norma, desde que la protección reconocida al matrimonio no obsta a que el legislador asigne a las parejas derechos y obligaciones análogos a los que fluyen del matrimonio, cuya estructura no se ve amenazada por un mecanismo destinado a personas que no pueden contraerlo (sentencia del 17/7/2002).

Ya en la pasada década -ante la ausencia de una noción legal expresa-, se dictaron pronunciamientos contrapuestos. Así, el 21/12/1992, un Juzgado de Primera Instancia de Frankfurt, entendió que –frente al vacío legal- el enlace estaba habilitado, afirmando que el esquema tradicional violenta a la ley fundamental (que avala el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad y el derecho de contraer matrimonio con la persona elegida [arts. 2. I; 3.III y 6.I]). Prosiguió diciendo que el Estado no está facultado a frustrar el desarrollo de una comunidad de vida, a menos que ello se encuentre justificado por un interés reconocidamente más valioso, interés que no detectó en el caso. Arguyó que -si bien las decisiones

esenciales en los ámbitos relevantes para los derechos individuales, corresponden a la esfera parlamentaria (arts. 20.I y III de la Constitución) y el legislador ha rehusado regular este aspecto particular-, el Tribunal Constitucional Federal había admitido el matrimonio entre un varón y un transexual masculino sometido a una cirugía modificatoria; con lo cual, debe aceptarse el connubio entre contrayentes de igual sexo (v. asimismo sentencia de esa Corte federal BverfG, BVL 1/04 del 18/7/2006, sobre cambio de nombre y determinación de la pertenencia sexual).

A su tiempo, con fecha 1º/2/1993, el Tribunal Regional de Giessen interpretó que esa falta de regulación se debe a que, para el legislador, resulta patente que sólo pueden casarse hombre y mujer entre sí. Citando el concepto del Tribunal Constitucional que reservó el régimen matrimonial para estas últimas uniones, concluyó que la imposibilidad de celebrar la boda de dos personas del mismo sexo, no vulnera los derechos de rango fundamental.

**1.2.- Bélgica:** Como ya dijimos, ese país ha admitido un sistema intermedio de cohabitación extramatrimonial (1998). Por ley del 13 de febrero de 2003, se modificó el art. 143 del Código Civil determinando que “dos personas de sexo diferente o del mismo sexo pueden contraer matrimonio”, con ciertas restricciones (filicación y adopción).

En su Título II (arts. 8 a 32), la Constitución belga no toma partido, pues sólo establece que el matrimonio civil deberá preceder a la bendición nupcial, salvo las excepciones que pueda disponer la ley.

**1.3.- España:** Aquí, los primeros atisbos legislativos corresponden a leyes autonómicas, que regularon algunos efectos civiles de las uniones homosexuales estables (Cataluña [Ley 10/1998, del 15 de julio; uniones estables de pareja]; Aragón [Ley 6/1999, del 26 de marzo; parejas estables no casadas]; Navarra [Ley Foral 6/2000, del 3 de julio; igualdad jurídica de las parejas estables]; Comunidad Valenciana [Ley 1/2001, del 6 de abril; uniones de hecho]; Baleares [Ley 18/2001, del 19 de diciembre; parejas estables]; Madrid [Ley 11/2001, del 19 de diciembre; uniones de hecho]; Principado de Asturias [Ley 4/2002, del 23 de mayo; parejas estables]; Andalucía [Ley 5/2002, del 16 de diciembre; parejas de hecho]; Canarias [Ley 5/2003, del 6 de marzo; parejas de hecho]; Extremadura [Ley 5/2003, del 20 de marzo; parejas de hecho] y el País Vasco [Ley 2/2003, del 7 de mayo; parejas de hecho]).

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostuvo que esos regímenes no debían traspasar el ámbito de la relación privada (v. Moliner Navarro, Rosa María: “Las uniones homosexuales en el derecho Español” en Revista de Derecho Comparado N° 4, pág. 132 y su nota 1).

Coetáneamente, a partir de 1997, se presentaron proyectos en el Parlamento, que en un primer momento, decayeron o fueron rechazadas; dándose sólo ciertas equiparaciones en los ámbitos del Derecho Penal, de la ley penitenciaria o de la ley de arrendamientos urbanos.

Los autores se dividieron. En contra de aquellas iniciativas, se sostuvo que la regulación constitucional del matrimonio (art. 32 C.E.) es exclusiva y excluyente, reflejando así la decisión de la sociedad española de proteger la convivencia heterosexual estable, como consecuencia de que en ella se encuentra el núcleo natural para la descendencia. La simple unión homosexual –se dijo- debe considerarse como una legítima expresión de las libertades civiles, pero carece de los presupuestos indispensables para ser protegida institucionalmente. Se pensó que la extensión del matrimonio a la pareja homosexual tornaría a la institución en irreconocible, puesto que ella está signada por el principio heterosexual, esencial en la configuración jurídica y metajurídica de dicha categoría. A favor de las reformas, se expresó que la sexualidad no puede utilizarse en ningún caso como criterio cualificador de relaciones jurídicas, ni siquiera en el matrimonio (v. “Las uniones...” pág. 132 a 136 y sus notas 2 y 3).

El Tribunal Supremo, sentó criterio en el sentido de que “... el libre desarrollo de la personalidad...tiene el límite, al no ser ello posible, de contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que los matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, N° 4 del Código Civil y 32 de la Constitución” (19/4/1991).

Por su parte, el Tribunal Constitucional había construido la noción de matrimonio como una institución social garantizada por la Constitución, indicando que el hombre y la mujer tienen aquí un derecho constitucional, cuyo régimen jurídico corresponde a la ley (sentencia N° 184/1990 del 15/11/90). Llegado su turno de abordar concretamente el tema, evocó la doctrina (reiterada hasta ese momento), acerca de que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión por viudez, no pugna con el art. 14 C.E., como tampoco lo hacen las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio, que a otras unidades convencionales. Trasladó dicha afirmación (realizada en el contexto de la confrontación entre uniones heterosexuales –matrimonio y convivencia *more uxorio*-), a la pareja homosexual. Y allí tuvo oportunidad de declarar que el matrimonio entre

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

individuos del mismo sexo no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional expreso para su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) generador *ope legis* de una pluralidad de prerrogativas y obligaciones. En suma, en ese entonces entendió –con remisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, que debía admitirse la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como lo preveía el Código Civil español a la sazón vigente. De tal suerte, los poderes públicos estaban habilitados para otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer, frente a una unión homosexual. Sin perjuicio de ello, no descartó que el legislador pudiese establecer un sistema de equiparación, tal como la propugnaba el Parlamento Europeo (Referencia número: 222/1994; Tipo: Auto; Fecha de Aprobación: 11/7/1994; Sala: Sala Primera, Sección Primera: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon y de Mendizábal; Número registro: 1101/1993; Recurso tipo: Recurso de amparo).

Según el Consejo del Poder Judicial español, de este pronunciamiento dimanaban tres conceptos básicos: a) La unión homosexual no es una institución jurídicamente regulada; b) No hay derecho constitucional a su establecimiento –ni el correlativo deber jurídico–, y su omisión no contraría el artículo 12 del Tratado Europeo de Derechos Humanos; c) Todo depende de la facultad que tienen los Estados de regular el derecho a casarse (informe sobre la ley 13/2005, fechado 26/1/2005, p 16 y 17).

Años después, vino a plantearse la ley de equiparación. En la exposición de motivos, se expresa que el derecho contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en la sociedad occidental, configurando al matrimonio como una institución, pero también como una relación jurídica que sólo puede establecerse entre personas de distinto sexo. Se señala que, no obstante ello, el legislador puede y debe actuar haciéndose cargo de la evolución operada en el modo de conformar las diversas formas de convivencia, evitando toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad, ya que la cohabitación como pareja entre personas del mismo sexo, basada en el afecto, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social crecientes. En una segunda parte, se indica como fundamentos constitucionales de la reforma proyectada, a "... la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)", resaltando como "... deber ineludible facilitar la mejor atención por parte de estos cónyuges a los menores que pudieran quedar integrados en tales unidades familiares".

En el curso del proceso legislativo, se requirió la opinión consultiva del Consejo de Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y el Consejo General del Poder Judicial (también se escuchó a agrupaciones y personas físicas con conocimiento o interés en la cuestión).

La respuesta de los organismos precitados, fue adversa. Por tomar una de ellas, el Consejo Poder Judicial, en un extenso informe, comienza reflexionando acerca del derrotero histórico seguido por el instituto, asumiendo que el proyecto objeto de examen "... representa, probablemente, la reforma de mayor calado que se haya hecho del régimen legal del matrimonio en la historia de nuestro Derecho". Entiende que "[p]ara posibilitar tal medida no queda más remedio que eliminar de la institución matrimonial un signo identificador hasta ahora indubitado y jurídicamente incuestionado tanto por el legislador como por la opinión prácticamente unánime de la doctrina más acreditada, esto es, que el matrimonio es una unión heterosexual, característica ésta basada en la idea de complementariedad de sexos y en el matrimonio como base ordinaria para la constitución de una familia. Desde este punto de vista, la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es...".

Basta, dice, "... echar una ojeada al estado de la doctrina, para captar que se 'da por hecho' que el matrimonio es por esencia heterosexual y que una unión homosexual no cabe bajo la forma de unión matrimonial, si bien hay posturas contrarias pero minoritarias. De las numerosísimas definiciones que la doctrina civil ha hecho de matrimonio, cuando se ha ofrecido una definición basada no sólo en una opción sobre la naturaleza jurídica del matrimonio sino que se ha recogido el elemento sexual, el dato de la heterosexualidad aparece con toda naturalidad como un elemento indiscutible, obvio. Cabe citar, entre otras muchas, desde las más antiguas a las actuales y a modo de ejemplo, las siguientes: -«*sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble...*» Ferrero en 1849; -«*la unión de dos personas de sexo diferentes para la moralización del instinto natural del sexo y las relaciones por él establecidas*» Gutiérrez Fernández en 1871; -«*unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera*» Espín Cánovas; -«*unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perfecta comunidad de existencia*» Manresa y Navarro, seguidos por Castán; -«*unión entre un hombre y una mujer, tendencialmente para toda la vida, con la finalidad de realizar la más plena y completa comunidad de existencia*» García Cantero; -«*unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida*» Puig Peña; -«*unión de un hombre y una*

*mujer reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas» Ennecerus; -«unión de un varón y una mujer concertados de por vida mediante la observancia de determinados ritos y formalidades legales y tendientes a realizar una plena comunidad de existencia» Díez Picazo y Gullón; -«unión legal de un hombre y una mujer que se encamina a una plena comunidad de vida y funda la familia» Albaladejo; -«unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida» Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida; -«relación entre un solo hombre y una sola mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera de vida» Salvador Cordech; -«el matrimonio es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena» O'Callaghan; -«unión estable de un hombre y una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida» Moro y Sánchez...».*

“ ... Lo más destacable de estas definiciones -unánimes en cuanto a este punto- es que son doctrinales, científicas; son definiciones que no se hacen partiendo de una determinada regulación legal ni haciendo glosa del momento legislativo, lo que significa que cuando desde la ciencia del Derecho se indaga en la naturaleza jurídica de la institución matrimonial, la heterosexualidad surge con toda naturalidad y si se suscita la hipótesis de la unión homosexual lo es o para remarcar su insostenibilidad o como cuestión que puede ser objeto de debate y polémica, pero ni mucho menos como tema central del Derecho matrimonial, pendiente de regulación ...”.

“ ... En efecto, cuando el ordenamiento niega el matrimonio a dos personas del mismo sexo no hay, propiamente, discriminación puesto que un homosexual puede casarse del mismo modo y en las mismas condiciones en las que puede hacerlo un heterosexual: es decir, con una mujer (si es varón) o con un varón (si es mujer). Habría discriminación, en sentido estricto, si al homosexual se le impidiera radicalmente contraer matrimonio, con cualquier persona, por el hecho de ser homosexual, lo que no ocurre: puede casarse cuando quiera, pero con persona del otro sexo, entre otras razones porque eso, y no otra cosa, es el matrimonio. Naturalmente, el argumento que se emplea no es éste sino que el homosexual quiere casarse con la persona de su mismo sexo a la que quiere, o con la que quiere compartir su vida y eso es lo mismo — se dice— que hacen dos heterosexuales cuando se casan. Pero esto no es convincente en términos jurídicos, primero, porque dos personas heterosexuales cuando se casan, lo que hacen es unirse a una persona perteneciente al otro sexo, cosa que no se produce, por hipótesis, en las uniones homosexuales. Y en segundo lugar, porque el simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien no supone necesariamente que pueda casarse con él: así, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el Derecho le impide casarse con la mujer a la que quiere, solo por el hecho de que dicha mujer es su hermana o su hija? ¿o la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere, por la simple razón de que él, o ella, o ambos, ya están casados con terceras personas?...”.

“...Como se ha dicho, tal criterio ha sido compartido por la práctica totalidad de la doctrina. Baste, a modo de ejemplo, citar a civilistas como Albaladejo, Díez Picazo y Gullón que entienden que el constituyente de 1978 no tuvo que introducir en ese precepto concreciones del tipo “entre sí” (Albaladejo) y esto «*porque lo da por supuesto*» (Díez Picazo y Gullón) por cuanto —se añade ahora— era el deducible del artículo 44 del Código Civil y era la regulación coherente con nuestra tradición jurídica, lo que confirman los estudios y comentarios a la Constitución (cf. Garrido Falla, Alzaga, Prieto Sanchis). Abundando en esta idea, Díez Picazo —que participó activamente en la reforma de 1981— señala que una de las grandes y principales líneas de fuerza de aquella reforma era procurar la igualdad jurídica del varón y la mujer en el matrimonio, suprimiendo las discriminaciones de la legislación civil y regulando la común participación del esposo y la esposa en la disposición, gestión y administración de los patrimonios comunes. Queda así de manifiesto que la hipótesis de un matrimonio entre personas del mismo sexo no se trató, ni se suscitó una igualdad jurídica entre heterosexuales y homosexuales respecto del matrimonio, sino entre el hombre y mujer...”.

“ ...[C]abe sostener que las necesidades jurídicas de esas personas que optan por llevar una vida en común sobre la base de una circunstancias subjetiva —su tendencia sexual— no pasa *necesariamente* por abrirles un instituto —el matrimonio— que tiene unos caracteres propios y genuinos —la heterosexualidad—, sino por indagar la posibilidad de crear una figura jurídica propia que satisfaga esas aspiraciones, pero sin alterar el contenido esencial del matrimonio, figura jurídica que se toma como término no ya de comparación como de solución o inclusión. La heterosexualidad es una seña que identifica el matrimonio y esto se basa no en la ‘tendencia’ heterosexual de sus miembros —lo que implicaría un elemento subjetivo—, sino en la realidad biológica, física o anatómica en que se plasma la diversidad y complementariedad de sexo...”.

Enuncia algunas diferencias respecto de ambas realidades; entre ellas, la primera, “... [p]or razón de su estructura: una está compuesta por personas de distinto sexo, y otra por personas del mismo sexo...”. Y la segunda, “[p]or su funcionalidad social: las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas, mientras que las uniones homosexuales son estructuralmente estériles. Esto quiere decir a su vez que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes, en la medida en que de ellas depende la



continuidad de la sociedad a través del nacimiento de los nuevos ciudadanos ...Frente a esto hay que señalar que una cosa es que por razones patológicas o de edad una concreta pareja no obtenga o no pueda obtener descendencia y otra bien distinta que el legislador abra el matrimonio a uniones que por principio, de forma generalizada y estructural es imposible que tengan descendencia por obvias razones físicas o biológicas, porque está en la naturaleza de las cosas que una mujer no puede fecundar a otra mujer ni un hombre a otro hombre...”.

“...*Mutatis mutandi*, lo expuesto viene a coincidir con los criterios inveterados que se emplean en el Derecho Civil o Mercantil para identificar, encauzar y determinar el alcance de figuras jurídicas novedosas, de nuevas relaciones jurídicas fruto del principio de la autonomía de la voluntad. Cuando se habla de contratos típicos o atípicos, múltiples, mixtos o de la aparición en la contratación mercantil de nuevas figuras, lo propio es determinar el alcance de esas nuevas relaciones en su propio contenido –de acuerdo con las reglas de interpretación- o acudir a la analogía; habrá límites a esa autonomía, pero... no se renuncia a acuñar una nueva figura... por el prurito de insertarla en otra ya preexistente. Como se dice algo parecido ocurre –si bien con más intensidad pues se trata del acceso a un estado civil- con las uniones homosexuales y el matrimonio: por razones de justicia material podrá avanzarse en el trato jurídico análogo, pero no convertir en matrimonio una relación que no se identifica con él...”.

Finalmente, la ley 13/2005 –que de ella se trata-, vino a definir la polémica en sentido inverso por mediación del Congreso de Diputados y con la oposición del Senado. Empero, la doctrina apunta que esa norma no ha zanjado los inconvenientes suscitados en planos tales como el reagrupamiento familiar intracomunitario, que dio lugar a fallos contradictorios de distintas autonomías, impulsando la reforma del Real Decreto N° 178/2003.

**1.4.- Francia:** La ley 99-944 del 15/11/1999, incorporó al Libro I del Código Civil, un nuevo título (el XII), que rige el concubinato sin distinción de orientación sexual, y el llamado pacto civil de solidaridad (PACS).

Los autores percibieron que esta última figura, se situaba más bien en el ámbito del derecho de las obligaciones, concediendo una precaria indivisión y tomando algunos efectos del matrimonio a nivel alimentario o de ciertas deudas, pero no en cuanto al estado civil, la filiación y la autoridad parental. Conllevaba, asimismo, ventajas fiscales y sociales asignadas a los esposos o concubinos.

La reforma introducida por la ley 2006-728 -aunque sin identificarlos- acercó más el contenido del PACS al matrimonio, pues en el convenio –que se anota marginalmente en la partida de nacimiento- las partes se comprometen, además de la asistencia material y moral, a la cohabitación (art. 515-4). Esta reforma, parece enlazar en la corriente que propicia el establecimiento de un régimen jurídico básico para la pareja, aunque respetando ciertas especificidades, así como la autonomía del matrimonio, el concubinato y el pacto.

Dentro de ese marco legal, en un reciente caso, ambas instancias judiciales de Burdeos coincidieron en hacer lugar a la demanda promovida por la Fiscalía, anulando las nupcias celebradas entre dos hombres, ante el alcalde de *Bégles (Gironde)*; 5 de junio de 2004). Con fecha 13 de marzo de 2007, la Corte de Casación –por su primera Sala civil-, confirmó ese temperamento indicando que, según la ley francesa, el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer; criterio que no es contrastado por ninguna de las disposiciones de la Convención Europea de los Derechos del Hombre ni de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**1.5.- Países Bajos:** Sabemos que Holanda fue el primer país en admitir legislativamente el matrimonio homosexual (2001). Años antes (1979), encontramos entre los antecedentes, regulaciones de aspectos puntuales de la convivencia homosexual; y luego (1993), aparece el contrato de vida en común, que rige las relaciones entre las partes. En 1998, se estructura la pareja registrada, indiferentemente del sexo de sus componentes, y con efectos similares al matrimonio (que se extienden en 2002, respecto de la prole).

En el memorando emitido por el gobierno neerlandés con motivo de la ley de libertad matrimonial (*Wet Openstelling Huwelijk*), la directiva de antidiscriminación contenida en el art. 1° de la Constitución (que, entre los derechos fundamentales, no incluye el derecho a contraer matrimonio [Título I; artículos 1 a 23]), es tomada en la condición de fuente de inspiración, puesto que se deja ver que ese principio, no impone la instauración del matrimonio entre personas de igual sexo (v. Coby de Graaf: “Decisión igualitaria para parejas homosexuales bajo la ley de los Países Bajos”, *Revista de Derecho Comparado* n° 4 pág. 46).

**1.6.- Reino Unido:** Como se anticipó, allí se ha diseñado un régimen de partenariado con efectos similares al matrimonio, pero se mantienen los estatutos autónomos (*Civil Partnership Act* del

30/3/2004, en vigencia desde el 5/12/2005).

El matrimonio es definido desde antiguo como la unión voluntaria de un hombre y una mujer, con exclusión de cualquier otro (Lord Penzance en "*Hyde v. Hyde*" -1868-; *Law Reports 1 Probate and Divorce* 130, 133). La Sección 11 de la *Matrimonial Causes Act* (1973), otorgará efectos legales a la previsión del *common-law*, en cuanto a que el matrimonio es nulo *ab initio* si las partes no son, respectivamente, varón y mujer.

La jurisprudencia estudiada (División de Familia de la Alta Corte de Inglaterra y Gales, y Alta Corte de Irlanda), va en este mismo sentido, al tiempo que defiende al legislador los eventuales cambios del criterio tradicionalmente admitido ("*Wilkinson v. Kitzinger & Ors*" [EWHC 2022 – Fam.- 31/7/2006]; "*Zappone & Anor –v- Revenue Commissioners & Ors*" [IEHC 404 – 14/12/2006];v. asimismo "*J. & C. & E.-A child*" [EWCA Civ 551; case N°: B4/2005/1838, B4/2006/0136], del 15/5/2006).

En su momento, la asunción del connubio como instituto heterosexual se hizo presente, también, en los casos de transexualismo. Pero en este terreno, aparecen dificultades adicionales ya que, de un lado, las cirugías de reasignación se llevan a cabo libremente (con la mera intervención del Departamento de Salud) Y, del otro, el sexo -para los propósitos de un matrimonio válido- ha sido anudado a un parámetro biológico ("*Corbett v. Corbett*" (1971); *Court of Appeal in "R. v. Tan"* [1983 - Queen's Bench Reports 1053]). Dichas circunstancias han generado varias intervenciones de los tribunales comunitarios, como se ha visto en el punto V (acáps. B y C) del dictamen.

Aunque este no es el tema específico que nos convoca, resulta útil la lectura del caso "*Bellinger v. Bellinger*" (EWCA Civ 1140 [2001], 3 FCR 1), donde la División de Familia –por mayoría- adhirió al precedente "*Corbett*", y atribuyó al Parlamento -no a la Corte-, la tarea de decidir hasta qué punto es apropiado reconocer que una persona -con un sexo asignado al nacer-, pueda modificar su género a los fines matrimoniales. Paralelamente, el fallo da cuenta de la formación de un grupo de trabajo interdepartamental, que realizó un cuidadoso y completo relevamiento de la condición médica, de las prácticas actuales en otros países, y de la ley inglesa en punto a los preceptos vinculados a la vida de estas personas. La presidente del tribunal, juez Butler-Sloss, se hizo cargo de la evolución operada en Europa occidental -claramente receptada, dijo, por la Corte de Estrasburgo-, e instó a las oficinas gubernamentales a dar pasos concretos para regular la situación, proceso en el que integró la consulta y discusión públicas.

**1.7.- Otros países:** Hungría prevé en su legislación, diferentes beneficios para las parejas del mismo sexo. Lo mismo acontece con Portugal, cuyo Parlamento -en medio de disensos de diversa índole-, rechazó dos proyectos ingresados en el año 2006 (octubre de 2008).

Letonia reformó su Constitución (año 2005), determinando que el matrimonio sólo puede contraerse por una pareja de ambos sexos. En el año 2006, el presidente de la República Checa, vetó una iniciativa del parlamento que permitía el matrimonio homosexual.

**1.8.- Unión Europea:** En el ámbito comunitario, a la labor de sus tribunales -que repasamos en el punto V, acáps. B y C del cuerpo principal del dictamen-, se agrega la de varios organismos, en un proceso de elaboración aún inconcluso.

**1.8.A.-** El Parlamento europeo, alienta especialmente la eliminación del trato discriminatorio por causa de la orientación sexual, en los siguientes términos:

Ya en su Resolución A-0028/1994 (EC, OJ C 61, 8/2/1994; DOC 28/2/94; Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales en la Comunidad), propiciaba elaborar una Directiva –norma obligatoria y uniforme- para armonizar la legislación de la UE en diversas áreas. En lo que ahora interesa (ap. 12), proponía que se pusiese fin "*a la prohibición de contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas lesbianas o de homosexuales*" y que –a través de alguna de esas alternativas- se les garantizase "*los plenos derechos y beneficios del matrimonio*". La cabal comprensión de los alcances jurídicos de dicha iniciativa, exige saber que la comunicación no tuvo por destinatarios a los Estados miembros, sino a la Comisión. Transcurridos ya quince años, la Directiva sugerida no se ha plasmado.

Entre otros ejemplos, la Resolución del 17 de diciembre de 1998, apoya la postura de los Estados partes que -al margen de las normas sobre el matrimonio civil o religioso- han legislado sobre este tipo de relaciones. Allí impulsa la desaparición de cualquier tipo de discriminación de gays y lesbianas, "...en particular en lo que se refiere a la mayoría de edad sexual, los derechos civiles, el derecho al trabajo, los derechos sociales y económicos, etc.".

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

La Resolución del 29 de diciembre de 2000, requiere que los contratantes aseguren a las parejas del mismo sexo, la igualdad de derechos con respecto a las parejas y a las familias tradicionales, "...especialmente por lo que se refiere al Derecho fiscal, a los regímenes patrimoniales y a los derechos sociales, entre otros". Se promueve el reconocimiento de la convivencia registrada de personas del mismo sexo, con los mismos derechos y obligaciones de las parejas registradas heterosexuales; como asimismo, la reflexión en torno al reconocimiento mutuo de las distintas formas de convivencia -matrimoniales y no matrimoniales-, más allá del sexo de los integrantes (v. as. *Resolution on respect for human rights in the European Union 1998-1999*, A5-0050/00, § 57).

Más recientemente (15 de enero de 2003), una nueva Resolución vuelve a instar, por un lado, a los miembros para "...que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio". Y, por el otro, a la UE para que "...incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto".

**1.8.B.-** A su tiempo, el Consejo europeo ha dictado una serie de pautas tendientes al trato igualitario, en facetas específicas que no hacen propiamente al matrimonio. Por ejemplo, las Directivas N° 2000/78/CE [27/11/2000; empleo y ocupación]; N° 2003/86/CE [22/9/2003; reagrupación familiar]; N° 2003/109/CE [25/11/2003; nacionales de terceros países residentes de larga duración]; N° 2004/81/CE [29/4/2004; nacionales de terceros países víctimas de trata de personas o cooperantes con las autoridades competentes en inmigración ilegal]; N° 2004/83/CE [29/4/2004, nacionales de terceros países o apátridas en condición de refugiados o necesitados de otro tipo de protección internacional]; N° 2004/114/CE [13/12/2004; admisión de los nacionales de terceros países para realizar estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado]; N° 2005/71/CE [12/10/2005; admisión de nacionales de terceros países con propósitos de investigación científica] (v. sent. Tribunal Constitucional español N° 41/2006, Sala Segunda [13/2/2006]).

**1.8.C.-** En la Decisión 1687/2003/JMA del 10/3/2005, ante la no expedición por parte del Estado español de un visado de reagrupación familiar, en favor de uno de los integrantes de una pareja del mismo sexo, el Defensor del Pueblo observó que el principio de no discriminación por motivos - entre otros-, de orientación sexual, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario consagrado en el Tratado de la Comunidad Europea, y en la Carta de los Derechos Fundamentales; no obstante lo cual, la aplicación no es universal, sino que está sujeta a que se plantee "... dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad..." (art. 13 TCE) o "... únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión" (arts. 20, 21 y 51 de la CDF).

En tal virtud, estimó razonable el rechazo de la denuncia por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas, basado en que el problema no entra en el ámbito del Derecho comunitario, en su actual fase de desarrollo.

**1.8.D.-** Precisamente, el tema de la reagrupación de las parejas del mismo sexo dentro del territorio comunitario, es un ítem que denota abiertamente las dificultades que afronta la UE en la búsqueda de un consenso conceptual y práctico.

El informe del Consejo del Poder Judicial español citado en el cap. 1.3. de este Anexo, da cuenta de los interrogantes planteados a su alrededor: "...Como se sabe, [relató, refiriéndose a "*D. y Reino de Suecia*" -v. punto V acáp. B del cuerpo principal de mi dictamen-] tal cuestión se ha suscitado respecto del estatuto de los funcionarios comunitarios, lo que ha dado lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001. En ella sostiene, frente al alegato del interesado de que corresponde al Derecho interno suministrar la definición de matrimonio, que el concepto de matrimonio es autónomo y que conforme a la definición admitida en general en los Estados miembros, designa una unión entre personas de distinto sexo...".

"...Tal declaración suscitó una serie de preguntas del Parlamento al Consejo y a la Comisión a propósito de la incidencia de las normas holandesa y belga -que ... ya han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo-, respondiendo el Consejo el 17 de diciembre de 2001, que «*considera que la adopción en los Países Bajos de una ley que autoriza un matrimonio civil entre personas del mismo sexo no conlleva que se ponga en entredicho esta definición del concepto de matrimonio con arreglo al estado, determinada atendiendo a la situación actual de todas las legislaciones nacionales, dado que los Países Bajos (...) es el único Estado miembro que ha obrado de esta manera*»... A partir de tal premisa la alusión al hombre y la mujer tiene pleno sentido y se explica desde el significado propio del término matrimonio como unión entre hombre y mujer...".

A propósito de la aplicación de los Reglamentos N° 1347/00 y N° 1612/68, la Comisión tuvo oportunidad de expresar algunas ideas en torno a la noción de matrimonio, oportunidad en la que opinó que “[c]omo confirma jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia... no hay disposiciones de Derecho comunitario como tal que definan los conceptos de cónyuge ni de matrimonio. Así pues...el Tribunal ha sostenido que cuando tales conceptos aparezcan en los instrumentos legislativos destinados a surtir efectos en toda la Comunidad, la interpretación debe tener en cuenta la situación en todos los Estados miembros y no solamente en uno de ellos. Además, cuando se haga referencia a los progresos sociales y jurídicos para justificar la interpretación dinámica de tales términos, el Tribunal de Justicia ha dicho que tales progresos deben ser visibles en toda la Comunidad... Aunque no pueda excluirse que el Reglamento [N° 1347/2000] se aplique a los procedimientos de divorcio de una pareja del mismo sexo, esto no implica la obligación de que los tribunales pronuncien o reconozcan el divorcio ni reconozcan el matrimonio... De acuerdo con la jurisprudencia mencionada, la legislación neerlandesa, aun surtiendo efectos en territorio de los Países Bajos, no produce la consecuencia de ampliar el concepto de cónyuge según el artículo 10 del Reglamento N° 1612/68 ni de imponer a otros Estados miembros una definición ampliada de cónyuge” (pregunta escrita E-3261/01 de *Joke Swiebel* [PSE]; 12/3/2002, Diario UE 6/2/03 N° 2).

En su momento, el Parlamento Europeo presentó una enmienda al proyecto de la Directiva 2004/38, en la que aquella noción adquiriría en cierto grado, contorno autónomo respecto del género (“independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional”). También sugirió que se consagrara el derecho de reagrupación familiar de la pareja registrada o de hecho, si la legislación del Estado de origen o de recepción, tratase a dichas parejas de manera equivalente al matrimonio (*rporteur* Giacomo Santini, A5-0009/2003 enmiendas 14, 15 y 16). Estas correcciones no fueron aceptadas, sobre la base de que la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la UE en Estados miembros de los que no sean nacionales, no puede imponer a otros integrantes modificaciones que afecten al Derecho de Familia, materia en la cual la Comunidad carece de competencia. La Comisión se negó también a introducir la referencia explícita al cónyuge del mismo sexo, aduciendo que, por el momento, sólo dos Estados partes contemplaban en su legislación ese tipo de nupcias. Se recostó, además, en el caso “*D. vs. Reino de Suecia*” donde el TJCE asumió que el término matrimonio -según la definición admitida en general por los Estados miembros-, designa una unión entre dos personas de distinto sexo. También declaró que una interpretación de conceptos jurídicos apoyada en la evolución de la sociedad, destinada a producir consecuencias en todos los países contratantes, debe hacerse mediante un examen de la situación de conjunto de la Comunidad -caso *Reed*- (Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM {2003} 199, p. 11]).

## 2º) América (common law)

**2.1.- Canadá:** En este país, hasta hace pocos años la ley mantuvo y reafirmó mediante una norma específica el principio heterosexual (v. casos “*North v. Matheson*”, “*Corbett v. Ashley*”, “*Layland v. Ontario*”, “*EGALE v. Attorney Generale British Columbia*”).

En efecto, el concepto canadiense de matrimonio deviene del *common law*, según el fallo ya referido de Lord Penzance en “*Hyde v. Hyde and Woodmansee*” (1866; L.R. 1 P. & D. 130 at 133): “Yo concibo que [el] matrimonio, como es entendido en la cristiandad, ... puede ser definido como la unión voluntaria ... de un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás” (asimismo fallo U.K. *in re “Corbett v. Corbett*, [1970] 2 All E.R. 33).

En 1999, la Suprema Corte *in re “M. v. H.”*, juzgó discriminatoria la inexistencia de derechos alimentarios entre los miembros de las parejas homosexuales, por lo que emplazó al gobierno por seis meses en orden a corregir la legislación (2 S.C.R. 3, 46 R.F.L. [4th] 32). Se dictó entonces la llamada *Modernization of Benefits and Obligations Act* (S.C. 2000), por la que se extendieron los derechos y obligaciones propios del matrimonio a las parejas no casadas que cohabitaban *more uxorio* por un período de un año como mínimo, sin importar la orientación sexual de sus componentes. La ley aclaró que sus disposiciones no alteraban el significado de la palabra “matrimonio” como unión legal de un hombre y una mujer con exclusión de todos los demás (c. 12, s. 1.1).

Posteriormente, el Parlamento rechazó la propuesta de modificación del criterio imperante, cambio que finalmente vino a consagrarse, en julio de 2005, a través de la Ley de Matrimonio Civil C-38. “Esta promulgación -dice el extracto legislativo oficial-, en el espíritu de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades y de los valores de tolerancia, respeto e igualdad, amplía a las parejas del mismo sexo la capacidad legal para el matrimonio a los fines civiles. También hace enmiendas consecuentes en otras leyes para asegurar la igualdad de acceso de las parejas del mismo sexo a los efectos civiles del matrimonio y del divorcio”. La nueva norma, reformula la noción de matrimonio a nivel federal, ampliándola en el plano del derecho civil a “la unión legítima entre dos personas con exclusión de toda otra persona”.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Bien puede afirmarse que esta reforma se gestó a partir de resoluciones judiciales dictadas en Ontario, Columbia Británica y Quebec, estableciendo la incompatibilidad entre la ley fundamental y la normativa federal, que estructuraba al matrimonio como la unión entre dos personas de diferente sexo. En este sentido, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades no regula taxativamente el derecho a contraer matrimonio, por lo que su abordaje constitucional se planteó en derredor de la prohibición de discriminación y la libertad de conciencia, de religión y creencias (arts. 2 y 15; ver “*M. M. v. J. H.*” [Court file 04-FP-297613-FIS del 13/9/2004]; “*Hendricks v. Quebec [Attorney General]*”, año 2002, J.Q. No. 3816 [S.C.]; “*Halpern v. Canada -Attorney General-*” [Ont. Ct. App.; 225 D.L.R. -4th- 529, del 10/6/2003]; “*EGALE Canada, Inc. v. Canada*” [B.C. Ct. App. 2003; 225 D.L.R. -4th- 472]; v. comentario a estos últimos dos fallos en: Monte Neil Stewart, “*Judicial Redefinition of Marriage*” [21 Can. J. Fam. L. 13, 132, año 2004], donde se apunta que, al avanzar como lo hicieron sobre el concepto de matrimonio, los jueces han excedido su ministerio [cit. Corte de Apelaciones de Indiana en el caso “*Morrison*”, v. cap. 2.2.F acáp. b]).

Una aproximación al modo en que esa última tendencia jurisprudencial encaró las dificultades que presenta la problemática, puede verse en “*Halpern*”, que versó sobre la no expedición de licencias matrimoniales por parte de la ciudad de Toronto y la negativa a registrar matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados en sede religiosa (*Court File N° 684/00 [First Action]*, *Court File N° 39/2001 [Second Action]*). Allí, la Corte de División (12/7/2002), partió de la necesidad de efectuar una profunda investigación en la institución del matrimonio, de ribetes históricos y sociológicos; y, en conexión con ello, de examinar el complejo y altamente delicado tema de la concepción nacional acerca de la igualdad y de la imparcialidad. Previo recorrido por jurisprudencia y legislación nacional e internacional, sus integrantes estuvieron contestes en que la definición del *common law* infringe la cláusula de igualdad [s. 15.1 de la Carta], no así otros derechos invocados, como la libertad de expresión, de asociación y religiosa. En cambio, discreparon sobre el remedio adecuado. En efecto, el juez Smith determinó que era el Parlamento el que debía brindar ese remedio, para lo cual le fijó un plazo de dos años. El juez LaForme, votó en favor de que la propia Corte estableciera una inmediata enmienda de la definición legal, sustituyendo las palabras “una mujer y un hombre” por “dos personas”. Y el juez Blair adoptó una postura ecléctica, encargando la modificación al legislador por el término de dos años, vencido el cual regiría inmediatamente la reformulación judicial. Esta última solución es la que prevaleció en la sentencia.

En la apelación, el Procurador General de Canadá sostuvo que el matrimonio, como institución, no produce una distinción entre parejas de sexo opuesto o igual. La palabra “matrimonio” es un descriptor para connotar un lazo único, entendido de igual manera a través de diferentes épocas, culturas y religiones como una virtual norma general. El matrimonio, dijo, no es un concepto del *common law*, sino una institución histórica universal anterior al marco legal canadiense, que sólo ha captado la definición para conectar beneficios y obligaciones a la relación marital; con lo cual, no es la definición de matrimonio en sí la fuente del tratamiento diferencial. Por lo demás, desde la promulgación de la *Modernization of Benefits and Obligations Act*, las parejas del mismo sexo reciben sustancialmente los mismos beneficios de la ley federal. Planteó, incluso, si el cambio propuesto requería una enmienda constitucional o si podía llevarse a cabo a través del Parlamento o del Poder Judicial.

La Corte de Apelaciones de Ontario (10/6/2003) decidió unánimemente que: a) en el *common law* la definición de matrimonio vigente es “la unión voluntaria... de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro”; b) los jueces tienen jurisdicción para alterar dicha definición; c) ella infringe el derecho a la igualdad, sobre la base de la orientación sexual; d) esta violación no puede justificarse en una sociedad democrática y libre, bajo la Sección Primera de la Carta de Derechos. Para remediar ese agravio de los derechos constitucionales, declararon inválida, con efecto inmediato, aquella noción en cuanto refiere a “un hombre y una mujer” y la reformularon como “la unión voluntaria... de dos personas con exclusión de cualquier otra”. Asimismo, ordenaron al Secretario de la ciudad de Toronto que extendiese las pertinentes licencias matrimoniales; y, al Registro General de la provincia, que anotase los certificados matrimoniales de dos de las parejas actoras, que habían celebrado sendas nupcias religiosas.

Llegado el momento del cambio legislativo, el Gobernador General sometió el proyecto en consulta ante la Corte Suprema, que —en el punto de nuestro interés— profundizó la doctrina sentada *in re* “*Egan v. Canadá*” (año 1995). En este fallo, la mayoría había dicho que la restricción heterosexual del Acta de Seguridad era discriminatoria en función de la orientación sexual, pero que no se trataba de una discriminación arbitraria, a la luz de la Sección Primera (2 S.C.R. 513 at 528; año 1995). En ese entonces, el tribunal estableció que la preferencia sexual es —conforme al criterio jurisprudencial evaluativo de la cláusula de igualdad de la Carta de Derechos—, una situación análoga a las enumeradas por esa norma fundamental, poniendo de relieve que dicha orientación comporta una “...característica personal tan profunda que es también inamovible o modificable sólo a través de inaceptables costos personales”.

Al evacuar el requerimiento ejecutivo (2004 - S.C.C. N° 79, *file* N° 29866, del 9/12/2004), la

Suprema Corte adujo que, siendo Canadá una comunidad pluralista, ya no se estaba hablando –como sucedió en “Hyde v. Hyde”– a una sociedad que compartiera valores donde matrimonio y religión fueran pensados como inseparables. El matrimonio –afirmó–, desde la perspectiva del Estado, es una institución civil. Juzgó que los razonamientos que parten de conceptos estáticos contrarían uno de los principios angulares de la hermenéutica constitucional canadiense; esto es, que la Constitución es un árbol viviente que, mediante una interpretación progresiva, se ajusta y sitúa en la realidad de la vida moderna. En tal sentido, consideró que el significado de la figura en pugna no está constitucionalmente fijado tal como era entendido en 1867.

Desestimó los argumentos que le fueron expuestos sobre: a) que el matrimonio es una institución prejurídica que no puede ser modificada sustancialmente por la ley; b) que ni siquiera la interpretación progresiva de la cláusula 91(26) puede alcanzar al matrimonio del mismo sexo, desde que éste cae fuera de los límites naturales; y c) que, en esta instancia, la intención de los constituyentes debe ser decisiva. Dejó a resguardo la libertad religiosa de los ministros de culto, en cuanto no pueden ser compelidos a celebrar tales ceremonias.

**2.2.- Estados Unidos:** Habida cuenta de la amplitud de la actividad parlamentaria y judicial desarrollada alrededor del tema en ese país, primeramente presentaré un extracto del panorama legislativo y jurisprudencial, para detenerme luego en la experiencia de algunos de sus Estados –con especial referencia al criterio de sus más altos tribunales–, por ser largamente demostrativos tanto de la índole controversial del tópic, como de las ideas fuerza en las que se sustenta el debate.

**2.2.A.-** Según lo remarcan varios de los fallos que se citarán seguidamente, en sintonía con las pautas propias del *common law*, la unión legal entre un hombre y una mujer, ha connotado al matrimonio desde el dictado mismo de la Constitución. De esta definición se han hecho eco pacíficamente hasta nuestros días, la ley federal y las normas estatales.

En esa línea, el 12 de julio de 1996, la Cámara de Representantes aprobó con el apoyo del Senado, la Ley de Defensa del Matrimonio (*Defense of Marriage Act*, conocida como D.O.M.A.; Pub. L. N° 104-199, 110 Stat. 2419 [1996]). Allí se fijó un significado unívoco para los vocablos ‘matrimonio’ y ‘esposo/a’, al prescribir: “[...]e]n la determinación del sentido de cualquier Ley del Congreso o de cualquier decisión, regulación, o interpretación de las distintas oficinas y agencias de los Estados Unidos, la palabra ‘matrimonio’ sólo indica la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y la palabra ‘cónyuge’ refiere exclusivamente a la persona del sexo opuesto...”. De tal manera, el eventual matrimonio homosexual implementado por cualquier miembro de la Unión, no es reconocido por el gobierno federal en orden a la aplicación de leyes de esa índole. Asimismo, más allá de las potestades constitucionales de los Estados, la administración central los autoriza expresamente para desconocer cualquier acto en contrario emanado de sus pares (28 USC parágrafo 1738C).

Paralelamente, los Estados conservan la facultad legislativa, de la que han hecho uso casi todos ellos -a través de reformas estatutarias o constitucionales, precedidas generalmente por consultas ciudadanas-, prohibiendo tal reconocimiento y reafirmando el contenido heterosexual del instituto, con amplias mayorías (-1- Alabama Const. of 1901, *Amendment 774*; Ala. Code §30-1-19 [v. opinión en favor del Fiscal General: “*Marriages-Marriage Licences*”, Ala. Op. Att’y Gen. N° 129, 20/4/2000]. -2- Alaska Const. art. I, §25; Alaska *Marriage Code* AS 25.025.011 (a) y 25.025.013. -3- Arkansas Const. de 1874, *Amendment 83*; Ark. Code Ann. §9-11-208[b], §9-11-208[c] y §9-11-207. -4- Arizona Rev. Stat. §25-101 y §25-112. -5- California *Family Code* §308-5. -6- Connecticut Gen. Stat. Ann. §45a-727a. -7- Colorado Const. art. II; Col. Rev. Stat. §14-2-104. -8- Delaware Code Ann. §101. -9- Florida Stat. §741.04 y §741.212. -10- Georgia Const. art. I, §4; Georgia Code Ann. §19-3.3.1. -11- Hawai Const. art. I, §23; Haw. Rev. Stat. §572-1, §572-1.6, §572.C-1 y §572.C-7. -12- Idaho Const. art. III, §28; Idaho Code §32-209. -13- Illinois Comp. Stat. 5/201, 5/212 y 5/213.1. -14- Indiana Code Ann. §31-11-1-1. -15- Iowa Code §595 [según reportes periodísticos, en el mes de marzo pmo.pdo. el senador Matt McCoy habría introducido en la Asamblea General un proyecto para reemplazar las locuciones “marido” y “mujer” por la voz “cónyuge”, tornando así a la ley civil neutral en cuanto al género]. -16- Kansas Const. art. XV, §16; Kan. Stat. Ann. §23-101(a) y §23-115. -17- Kentucky Const. §233A; Ky. Rev. Stat. Ann. §402.005, §402.20, §402.040 y §402.045 [se establece que “un estatus legal idéntico o sustancialmente similar al del matrimonio no será válido ni reconocido”]. -18- Louisiana Const. art. XII, §15. Código Civil de Louisiana Ann. arts. 96 y 3520 (B). -19- Maine Rev. Stat. Ann. Tit. 19, §701. -20- Maryland Code Ann. [Family Law] §2-201. -21- Michigan Const. art. I, §25; Mich. Comp. Laws §551.1 y §551.271. -22- Minnesota Stat. §517.03 y §518.01. -23- Mississippi Const. art. XIV, §263 A; Miss. Code Ann. §93-1-1.3. -24- Missouri Const. art. I, §23; Mo. Rev. Stat. §451.022. -25- Montana Const. art. XIII, §7; Mont. Code Ann. §40-1-103 y §40-1-401; -26- Nevada Const. art. I, §21; N.R.S. §122.00.1. -27- Nebraska Const. art. I, §29; Neb. Rev. Stat. §42-100. -28- North Dakota Const. art. XV, §28; N.D. Cent. Code §14-03-01 y §14-03-08. -29- New Hampshire Rev. Stat. Ann. §457.1, §457.2, §457.3 y §457.43. -30- North

## “R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Carolina. Gen. Stat. §51-1-2. -31- Ohio Const. art. XV, §11; Ohio Rev. Code Ann. §3101.01-c-3, enmienda que determina: “el reconocimiento o extensión por el estado de los específicos beneficios legales del matrimonio a las relaciones no matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, es contraria a la robusta política pública de este Estado”. -32- Oklahoma Const. art. II, §35; Okla. Stat. Tit. 43, §3.1. -33- Oregon Const. art. XV, §5a; Or. Rev. Stat. §106.010. -34- Pennsylvania 23 Pa. Cons. Stat. §1704. -35- South Carolina Const. art. XVII, §15; S.C. Code Ann. §20-1-15. -36- South Dakota Const. art. XXI, §9; S.D. Codified Laws §25 - 38 y §25-1-1. -37- Tennessee Const. art. XI, §18; Tenn. Code Ann. §36-3-113. -38- Texas Const. art. I, §32; Tex. Family Code §2.001 y §6.204. -39- Virginia Const. art. I, §15-A; 15 Va. Code Ann. §8, §20-45.2 y §20-45.3. -40- West Virginia, W. Va. Code §48-2-603. -41- Utah Const. art. I, § 29; Utah Code Ann. §30-1-4.1. -42- Vermont Stat. Ann. Tit. 15, §1201(4) y §23. -43- Washington Rev. Code Wash. §26.04.010 [1], §26.04.020[1] [c] y §26.04.020[3]. -44- Wisconsin Const. art. XIII, §13. -45- Wyoming Stat. Ann. §20-1-101 {v. Apéndice A, en “*Andersen v. King County*” [N° 75934-1, 75956-1, Suprema Corte de Washington, 26/7/2006, 138 P.3d. 963 -Wash. 2006- p 1011]; Ian Curry-Summer: “*Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*”, Utrecht Law Review, Universidad de Utrecht, Holanda}).

En síntesis, treinta y nueve Estados modificaron la ley para consagrar taxativamente el matrimonio de sexos opuestos (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawai, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New Hampshire, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin y Wyoming), sumando un total de cuarenta y uno, desde que tres de ellos contaban con definiciones anteriores a 1996. Treinta, autorizaron enmiendas del mismo tipo en sus Constituciones (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Georgia, Hawai, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin).

En 2008, pasaron las enmiendas constitucionales sometidas a votación popular en California, Florida, y Arizona; y el 3/2/2009, en medio de un pronunciado debate público, el Comité Judicial de la Casa de Representantes de Wyoming, aprobó una resolución proponiendo que su norma fundamental, contemple expresamente la heterosexualidad del matrimonio.

Sólo cinco circunscripciones carecen de prohibiciones específicas (Massachusetts, Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York y Rhode Island).

Con todo, la polémica entablada continúa con gran vigor. Así, en Illinois, (750 Ill Comp. Stat. Ann. 5/201 [Thomson/West 2004]), en los últimos tiempos, la Legislatura ha recibido iniciativas de signo diverso [v.gr.: S.B. 0008, 95th Congr. -2007-; H.B. 1615, 95th Congr. -2007-]. La más reciente que hemos detectado (15 de febrero de 2008), fue presentada al Senado local por la agrupación *Illinois Religious Freedom Protection and Civil Union Bill*, y prevé la unión civil de parejas, sin distinción de sexo (Senate, S.B. 2436, 95th Congr.2008), en términos similares a la que ingresó en el año 2007 (H.B. 1826, 95th Congr. -2007). La nota de elevación del proyecto individualizado como \*LRB09508126AJO31768b\*95TH GENERAL ASSEMBLY State of Illinois 2007 y 2008 HB1615 (introducido 22/2/2007, por Rep. Greg Harris - Sara Feigenholtz - Constance A. Howard - Harry Osterman), asegura que las parejas homosexuales están privadas del acceso a los beneficios del matrimonio y que la actual ley es discriminatoria, sin que exista ningún interés relevante o bases racionales para vedarles esas concesiones. Indica que la segregación de las parejas de igual sexo, está basada, en gran medida, en la perpetuación de estereotipos de género sobre los roles de los hombres y mujeres en la familia y la sociedad; y avanza proponiendo la modificación del texto vigente en el sentido de que el matrimonio tiene lugar entre dos personas (en vez de entre hombre y mujer). Proclama que la exclusión “...perjudica a las parejas homosexuales y a sus familias, al denegarles el único reconocimiento público y la validación que confiere el matrimonio... Illinois tiene un sólido interés en promover familias estables y duraderas, incluidas las encabezadas por una pareja del mismo sexo. Los beneficios que resultan a la comunidad en general cuando las parejas acometen las mutuas obligaciones del matrimonio, se producen independientemente del género u orientación sexual de los consortes. A despecho de la sostenida discriminación social y económica, muchos gay y lesbianas residentes de Illinois han conformado relaciones duraderas, comprometidas, afectuosas y de buena fe con personas del mismo sexo. Estas parejas comparten juntas sus vidas y participan juntas en sus comunidades, y muchas crían a sus niños y velan por otros miembros de la familia dependientes...”. Por otro lado, en el mes de marzo pasado, el Procurador General de California consideró una propuesta de iniciativa que eliminaría el matrimonio como figura legal, reemplazándolo por la de “*domestic partnerships*”, de modo que aquél quedaría reducido a la esfera de las instituciones no gubernamentales, religiosas o sociales. En acápites posteriores veremos otros ejemplos, que muestran impulsos en uno u otro sentido.

**2.2.B.-** Aunque tampoco hay consenso generalizado a su respecto, los regímenes de equiparación -como son los registros o planes de parejas domésticas-, tienen amplio grado de recepción en el derecho positivo; coexistiendo con soluciones de tipo contractual (acuerdos de cohabitación u otras figuras de esa índole) y con los actos de última voluntad.

a) Varios Estados cuentan con mecanismos de ese estilo, u ofrecen alguna clase de prestaciones:- 1) *domestic partnerships*, con estatus legal casi idéntico al matrimonio (California, Oregon); o con algunos beneficios (Distrito de Columbia, Hawaii, Maine, Maryland, Washington). 2) *civil unions* (Connecticut, New Hampshire, New Jersey, Vermont). 3) extensión de cobertura social a las parejas de empleados públicos (Vermont [1994], New York [1995], Hawaii [1997], Oregon [1998], California [1999], Connecticut [2000], Maine [2001], Rhode Island [2001], Washington [2001], Distrito de Columbia [2002], Iowa [2003], New Mexico [2003], New Jersey [2004], Montana [2005], Alaska [2006], Illinois [2006] y Arizona [2008]).

b) En cambio, otros Estados han adoptado una postura contraria, como Michigan, cuya reforma proclama que con el objetivo de "...asegurar y preservar los beneficios del matrimonio para nuestra sociedad y para las futuras generaciones de niños, la unión de un hombre y una mujer en matrimonio, será la única reconocida como matrimonio o unión similar para cualquier propósito" (conf. enmienda matrimonial Constitución 1963, art 1, § 25; aprobada por votación mayoritaria el 2/11/2004 y vigente desde el 18/12/2004).

En autos "*National Pride at Work Inc. v. Governor of Michigan*" [274 Mich. App. 147, 732 N.W. 2d 139 -Mich. Ct. App. 2007-], la Corte de Apelaciones entendió que el giro "unión similar" empleado en el estatuto respectivo, impide a cualquier organismo local extender las prerrogativas conyugales -en lo que nos interesa- a las parejas del mismo sexo; criterio que fue mantenido por la Suprema Corte del Estado, en mayoría de cinco votos contra dos [N° 133429; 7/5/2008].

c) Al igual que en todo el espectro de ítems vinculados a la regulación jurídica de la pareja del mismo sexo, los planteos judiciales en torno a la ampliación de beneficios, se multiplican con el correr del tiempo, con éxito dispar (v. "*Atlanta v. MC Kinney*" -1995-; "*Lilly v. Minneapolis*" -1995-; "*Schaefer v. Denver*" -1998-; "*Burns v. Freer*" -253 Georgia App. 600, 560 S.E. 2a. 47 -Ga. Ct. App. 2002-). A este respecto, resultan ilustrativas las consideraciones y citas hechas en la sentencia dictada en torno a la enmienda que el alcalde de Filadelfia introdujo en el Código local, *inter alia*, para incluir en la noción de "estatus matrimonial" a la situación denominada "*life partners*" (*Commonwealth Court of Pennsylvania in re "William and Nancy Devlin et al v. City of Philadelphia"* [N° 2568 C.D. 2000, del 29/8/2002]).

Una clara muestra la encontramos en el Estado de Nueva York, de donde podemos extraer antecedentes que -si bien no juzgan directamente sobre el *ius connubi-*, contienen conceptos atinentes.

Así, en "*Langan v. St. Vincent's Hospital of New York*" (25 AD 3d 90 - [2005] 802 NY 2d. 476), ante la muerte de su compañero, el sobreviviente de una unión civil celebrada en Vermont, accionó por mala praxis. En su extensa sentencia del 10 de abril de 2003 (N° 11618/2002), el juez del Condado de Nassau (Hon. John P. Dunne), hizo lugar a lo solicitado. Por el contrario, la Corte de Apelaciones -por mayoría- entendió que la relación de partenariado civil no atribuye legitimación para demandar por daños, en tanto no califica al miembro de la pareja como cónyuge supérstite (v. as. 6 NY2d. 890 [2006]).

El Sr. Langan también inició acciones por los beneficios compensatorios previstos para el cónyuge supérstite del trabajador fallecido (*Worker's Compensation Law*). El tribunal estimó, por un lado, que el giro "esposo sobreviviente" (esposo legal) al que alude el texto positivo, no comprende a los miembros de una unión civil. Y, por el otro, que la pauta jurisprudencial que rige para el *exequatur* (*doctrine of comity*), no obliga a Nueva York a reconocer todas las consecuencias que otro Estado confiere a las relaciones creadas por él. En orden a la garantía de igualdad, recordó su doctrina anterior en el sentido de que la norma no distingue en virtud de la orientación sexual, sino del estatus legal. Adujo que no es irrazonable pensar que la ley se sancionó, en parte, para alentar y proteger a la tradicional constelación familiar de marido, esposa e hijos, compensando también a la mujer que permaneció en el hogar para criar a la prole; y puntualizó que la constitucionalidad del régimen se presume, sin que el actor la haya desvirtuado. Finalizó diciendo que extender la compensación a toda una nueva clase de beneficiarios, es una decisión que debe hacer la Legislatura, después de una apropiada investigación respecto de la obligación social de proveer tal bonificación, como así, de su impacto financiero ("*Langan v. State Farm Fire & Casualty*" 48 AD 3d 76 [27/12/2007]).

**2.2.C.-** El comentario que antecede, permite colegir inmediatamente la dimensión de las dificultades que acarrea el reconocimiento de situaciones jurídicas constituídas en otras jurisdicciones respecto de la pareja homosexual; que conforma para los Estados Unidos, un capítulo de gran importancia habida cuenta de su organización política.



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Así, el Estado de Michigan -como se adelantó en el cap. 2.2.A-, fue uno de los que introdujo expresas previsiones que vedan el matrimonio homosexual (Michigan Const. art 1, §25; Mich. *Comp. Laws* §551.1 y §551.271). Siguiendo el eje enunciado en el cap. 2.2.B acáp. b), el apartado 551 (sec.1, 3 y 4) de su Compilación Legal reza: “[E]l matrimonio es inherentemente una relación única entre un hombre y una mujer. Como un asunto de política pública, este Estado tiene un especial interés en alentar, apoyar, y proteger esa relación única en orden a promover, entre otros objetivos, la estabilidad y el bienestar de la sociedad y de sus niños. Un matrimonio celebrado entre individuos del mismo sexo es inválido en este estado... Un hombre no podrá casarse con... otro hombre...Una mujer no podrá casarse con... otra mujer”. Más adelante dispone que “[e]l matrimonio es un contrato civil entre un hombre y una mujer, para el cual el consentimiento de las partes legalmente capaces... es esencial. [E]l mero [c]onsentimiento no es suficiente para efectuar un matrimonio legal... [E]l consentimiento debe seguirse de la obtención de la licencia requerida...”. Asimismo, conforme a la enmienda de 1996 (PA 334 [1939 PA 168, sec. 1], se tienen como válidos los matrimonios regularmente celebrados en otros Estados, con excepción del matrimonio homosexual. En otro apartado (MCL 551.271, sec. 2 de 1939, PA 168, t.o. 1996 PA 334), se establece: “Este Estado reconoce el matrimonio intrínsecamente como una relación única entre un hombre y una mujer ... por ende, el matrimonio que no es entre un hombre y una mujer es inválido en este Estado independientemente de si el matrimonio fue contraído de acuerdo con las leyes de otra jurisdicción” (MCL 551.272; v. opiniones del Procurador General N° 7160, del 14/9/04, y 7171, del 16/3/05).

En el Estado de Nueva York pueden verse, entre otros, la Resolución del 5/4/2007; la opinión de la Procuración General [N° 1, 2004-1 -3/3/2004] y el informe del Departamento Legal de la ciudad de Nueva York del 17/11/2004.

Con específica referencia a las nupcias foráneas entre personas del mismo sexo, y para seguir con el Estado de Nueva York, los desarrollos efectuados allí son ampliamente ejemplificativos. Entre otros pronunciamientos, el 1° de febrero de 2008, en “*Martinez Patricia v. County of Monroe*” (1562 CA 06-02591), la División Apelaciones (4° Departamento), revocó el fallo del juez del Condado de Monroe, Harold L. Galloway (fechado 27/7/2006), por el cual se había desconocido un matrimonio homosexual celebrado en la provincia de Ontario (Canadá), en orden al goce de los beneficios del sistema de salud, por parte de la consorte de una empleada pública.

El juez Peradotto razonó que, por lo menos durante un siglo, Nueva York ha seguido la regla general de aceptar los matrimonios solemnizados fuera de su ámbito, salvo que cayeran dentro de las dos excepciones posibles, esto es, que el reconocimiento estuviese prohibido por la ley positiva del Estado, o que el matrimonio involucrara incesto o poligamia (alcanzados ambos por la interdicción basada en la ley natural).

Luego de repasar la jurisprudencia en materia de *exequatur* (consid. II), concluyó que el matrimonio de las actoras no entra en esas excepciones pues, por un lado, Nueva York no ha sancionado normas que impidan la recepción de esos actos en el foro local. Y, por el otro, el segundo supuesto ha sido limitado generalmente a la poligamia, el incesto o a nupcias “ofensivas para el sentido público de moralidad en un grado reputado como aversión general” (“*Matter of May*”, 305 NY 486, 493), cosa que —a su juicio— no ocurre en el caso.

Repelió el argumento del Estado, apoyado en “*Hernandez v. Robles*”, en el sentido de que el matrimonio homosexual contraría la política pública de Nueva York. Para hacerlo, estimó que en dicho precedente, no se articuló la cuestión del orden público, estableciéndose —en cambio— que la Constitución no compele a consolidar ceremonias matrimoniales entre personas del mismo sexo dentro del Estado. Llamó la atención acerca de que —contrariamente a lo que hicieron la mayoría de los integrantes de la Unión—, Nueva York no ha optado por sancionar, conforme a la ley federal de Defensa del Matrimonio, ningún estatuto que deniegue la recepción de matrimonios celebrados válidamente en otros Estados. No obstante, recurrió a “*Hernández*” (p 361, 366), para dejar sentado que el lugar para la expresión de la política pública no es el tribunal sino la Legislatura, cuyos integrantes pueden prohibir el reconocimiento; pero, mientras no lo hagan, los jueces deben admitirlo. En definitiva, declaró que el matrimonio homosexual que se contrajo en Canadá, debía recibirse en el foro local, como asimismo, indemnizarse los daños indicados en el considerando IV.

Pocos días después (25/2/08), sobre la base de ese precedente, la juez Laura E. Drager, del Tribunal Superior del Condado de Nueva York, decretó el divorcio de una pareja homosexual casada en Canadá (“*Beth R. v. Donna M.*” N° 350284/07 [19 Misc 3d 724]).

El 22 de enero de 2009, la División de Apelaciones (3<sup>er</sup> Departamento), confirmó la sentencia dictada con fecha 13/3/2008 por el juez McNamara (Condado de Albany) *in re* “*Kenneth J. Lewis et al. v. New York State Department of Civil Service et al.*” (N° 504900). La demanda fue entablada por un contribuyente, ante la inclusión de los esposos de empleados estatales del mismo sexo en el Programa de

Seguro de Salud del Estado de Nueva York. Se planteó allí que dar efecto a esos matrimonios, es ilegal e inconstitucional, y redundará en un ilegítimo desembolso de los fondos públicos.

Como en el caso “Martínez”, el 3<sup>er</sup> Departamento se atuvo estrictamente a la regla según la cual deben aceptarse las nupcias consideradas válidas en el lugar donde fueron solemnizadas. Por ese medio –dijo- en el pasado se registraron matrimonios que no calificaban como tales, si hubiesen sido celebrados en Nueva York (segundos matrimonios sin divorcio vincular, matrimonios incestuosos o de personas que no tenían la edad legal para prestar el consentimiento, etc.).

Observó que los máximos tribunales de los Estados vecinos de Connecticut y Massachusetts han remodelado el concepto de matrimonio y que la Legislatura local tiene la posibilidad de hacer lo mismo, por lo cual –más allá de que en Nueva York el instituto está diseñado como heterosexual-, debe aplicarse la pauta vigente en materia de esponsales foráneos, a los fines de extender a las parejas homosexuales los beneficios propios de los cónyuges.

Adujo que, como lo ha advertido la Corte de Apelaciones, donde la Ley de Relaciones Domésticas no declare expresamente nulo un cierto tipo de matrimonio solemnizado fuera de Nueva York, ello no puede hacerse mediante una construcción judicial.

Dejó dicho que su *holding* no implica restringir la potestad que tiene el legislador de impedir el reconocimiento en el futuro; y aclaró –con referencia al voto concurrente- que lo resuelto no altera las previsiones legales, sino que se limita a aplicar la secular jurisprudencia sobre *exequatur*. En ese mismo sentido, hizo notar que, a falta de redefinición legislativa, los términos “esposo legal” que emplea el estatuto específico no pueden ser razonablemente interpretados como inclusivos de los compañeros del mismo sexo; por lo que darles otro alcance, comportaría una intrusión impropia en el dominio del legislador.

Por su lado, el juez Latineen (con la concurrencia del juez Malone Jr.), anotó que, por más de una década, los empleados públicos estuvieron en condiciones de afiliarse al seguro de salud a sus parejas del mismo sexo. De ello extrajo que el efecto práctico buscado en el juicio, podía lograrse por esa vía. Con cita de “Hernández v. Robles” expresó allí que “[l]a Legislatura es el cuerpo gubernamental mejor calificado para tratar la problemática emergente comprensiva y convincentemente... [nota Recientemente todos los otros estados han afrontado este tema a través de normas legislativas o referéndum públicos...]. Por deferencia a ese cuerpo y a la luz de las potenciales implicaciones expansivas de la aproximación que efectuó la mayoría, nosotros decidiremos este caso en forma estricta...”.

Circunstancias y argumentos similares se habían ventilado oportunamente en “Godfrey v. Hevesi” (238 índice 5896-06 RJI N° 01-06-086862 [5/9/2007]). En esos autos, ciudadanos y contribuyentes demandaron al Estado de Nueva York, por reconocer matrimonios celebrados en Canadá, a los fines previsionales; criticando la medida por exceder de la competencia del organismo de aplicación, resultar contraria a la política pública local, y derivar en un gasto ilegal. La Corte se apartó del precedente “Hernández v. Robles”, porque el acto invocado no se había perfeccionado dentro del foro newyorquino. Tampoco siguió a “Langan v. St. Vincent’s Hospital”, porque éste versaba sobre una unión civil (en el mismo sentido, “Godfrey v. Spano” [15 Misc. 3d 809, 836 N.Y.S.2d 813 – 2007]). Por ende, rechazó la demanda.

La directiva impartida por el gobernador, en el sentido de que las oficinas estatales tengan en vigor a los enlaces homosexuales llevados a cabo fuera de su territorio, es objeto de impugnación en “Matter of Martin Golden v. David A. Paterson”.

También denota lo complejo de las situaciones que puede generar la diversidad de criterios imperantes, lo acontecido en el Estado de Iowa *in re* “Alons v. Iowa District Court”. Allí una pareja del mismo sexo demandó ante el 3<sup>er</sup> Distrito (Woodbury County) la disolución de su enlace, solicitud que progresó, a despecho de que los interesados habían celebrado una unión civil en Vermont (14/11/2003). Como reacción, dos senadores estatales, seis representantes del Estado, un pastor y una organización religiosa, requirieron – a su vez- un *writ of certiorari* para que la decisión fuera anulada. El juez de Distrito revocó parcialmente la resolución, y declaró que –una vez concluida la unión civil de Vermont-, las partes quedaban libres de cualquier obligación derivada, en condición de individuos solteros, con todos los derechos de las personas no casadas. La Suprema Corte del Estado anuló el *writ of certiorari*, por no considerar legitimados a los recurrentes, más allá de los méritos de su postura de fondo (698 N.W. 2d 858 [2005]).

**2.2.D.-** Volviendo al tema puntual que nos convoca, cabe señalar que la Suprema Corte federal no se ha expedido de manera franca. En cambio –a través de varios precedentes de los que se han servido los tribunales inferiores, atribuyéndoles alcances diversos-, ha delineado algunas pautas acerca de la libertad de contraer matrimonio y de la naturaleza e implicaciones de ese derecho, así como del tratamiento de ciertos aspectos jurídicos de la homosexualidad.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

En “*Murphy v. Ramsey*” (114 U.S. 15, 45 [1885]), esa Corte aludió a “...la unión de por vida de un hombre y una mujer en el sagrado estado del matrimonio como el seguro fundamento de todo lo que es estable y noble en nuestra civilización” (v. asimismo “*Davis Samuel v. Beason*” 133 US 333, 10 S.Ct. 299, L.Ed. 637 [3/2/1890]; y “*Reynolds George v. United States*” 98 U.S. 145, 25 L.Ed. 244 [1978]).

En “*Maynard v. Hill*” (125, U.S. 190, 8 S.Ct. 723, 31 L. Ed. 654; 19/3/1888), caracterizó al matrimonio como “...la más importante relación en la vida... fundamento de la familia y de la sociedad, sin el cual no puede haber civilización ni progreso...” y, citando a tribunales locales, expresó: “... La relación es siempre regulada por el gobierno. Es más que un contrato... Participa más del carácter de una institución regulada y controlada por la autoridad pública, sobre principios de política pública, para el beneficio de la comunidad ... Como tal, no es mas el resultado de un acuerdo privado cuanto una regulación pública. En todo gobierno ilustrado es preeminentemente la base de las instituciones civiles, y por tanto, el objeto del más profundo interés público. Bajo esta luz, el matrimonio es más que un contrato. No es meramente un asunto pecuniario. Es una magna institución pública, que le imprime carácter, por entero, a nuestra política civil”. Esta idea se repite en “*Loving*”, donde se tipificó al matrimonio como una realidad social sujeta al poder de policía estatal.

En “*Meyer v. Nebraska*” (262, U. S. 390, 43 S.Ct. 625, 67 L.Ed. 1042; año 1923), interpretó que el derecho a “casarse, establecer un hogar y educar hijos” hace parte central de la libertad protegida por la cláusula *due process* (cit. *in re “Zablocki”*).

En “*Skinner v. Oklahoma*” (316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 1113; *Williamson ex rel* [1942]), calificó a este derecho como fundamental y dijo que matrimonio y procreación son esenciales para la existencia misma y la supervivencia de la especie. Algunos perciben en este precedente, por un lado, la adhesión de la Corte a la concepción del matrimonio como unión intersexual; y, luego, el reconocimiento de la conexión inescindible entre matrimonio y procreación, en orden a la continuación de la especie (ver, entre otros, “*Baehr v. Lewin*” ap. II B [9] p 56 852-*Pacific Reporter 2d.series*).

En “*Loving v. Virginia*” (388 U.S., 87 S.Ct. p 1817 y ss. [1967]), se controversió el estatuto que establecía la invalidez automática, sin intervención judicial, de las nupcias entre blancos y negros. En su voto, el presidente Warren entendió que la cláusula *equal protection* requiere que las categorías basadas en situaciones raciales, deban someterse al más estricto escrutinio; y que la restricción de la libertad de casarse sólo por motivos raciales, desconoce el significado central de la respectiva garantía. Por otro lado, se describió a esa facultad como uno de los derechos reconocidos tradicionalmente como personales, vitales y esenciales para la consecución de la felicidad de los hombres libres. En concordancia con ello, el tribunal revocó las decisiones de los jueces locales.

En el caso “*Zablocki v. Redhail*” (434 U.S. 374, 384, 98 S.Ct. 673, 680, 54 L. Ed. 2° 618 [1978]), se debatió la constitucionalidad de la ley de Wisconsin que supeditaba la expedición de licencias matrimoniales, a la inexistencia de obligaciones alimentarias pendientes. La Corte declaró que “...el derecho al matrimonio es parte del derecho fundamental *privacy* implícito en la décimo cuarta enmienda...” y que “...la decisión de casarse y criar al hijo en un esquema familiar tradicional... debe recibir protección equivalente...” “...si el derecho a procrear de la apelante tiene, en el fondo, algún significado, ello implica el derecho a acceder a él dentro de la única relación en la que el Estado de Wisconsin permite que tenga lugar legalmente el intercambio sexual”. De este aserto, hay quienes vuelven a inferir la asunción, por parte de la Corte, de que los derechos a casarse, por un lado, y a procrear y criar niños, por el otro, son un lógico predicado uno del otro (v. “*Baehr” loc. cit.*).

En “*Baker v. Nelson*” (291 N.W.2d 185; Minn. 310, 191 [1971]; 409, U.S. 810, 93, S.Ct. 37, 34 L.Ed. 2d.65 [1972]), la Suprema Corte del Estado de Minnesota, había sostenido que la proscripción del matrimonio homosexual no violaba la décimo cuarta enmienda. Rechazaba también el principal argumento actoral, según el cual la doctrina de “*Loving v. Virginia*”, impone que la licencia matrimonial deba ser otorgada, por entender que dicha doctrina fue sentada sólo en base a la patente discriminación racial implicada. Agregaba que “...tanto en sentido común como en sentido constitucional, hay una clara distinción entre la restricción basada meramente en la raza y la que asienta en la diferencia esencial del sexo”. La apelación fue rechazada *in limine* por la Suprema Corte, por ausencia de una cuestión federal sustancial (“*Baker v. Nelson*”, 409 U.S. 810, 93 S. Ct. 37 [1972]). Más tarde sucedería lo propio con otros casos, por ejemplo, “*Richenberg v. Perry*” (97 F.3d. 256, 260 [8th Cir. 1996], certiorari denegado, 522 U.S. 807, 118 S.Ct. 45, 139 L.Ed.2d. 12 [1997]); y “*Lofton v. Sec’y of Dept. of Children and Family Services*” (358 F.3d. 804, 818 [11th Cir. 2004] certiorari denegado, 543 U.S. 1081, 125 S.Ct. 869, 160 L.Ed.2d 825 [2005]); según se ilustra en 138 P.3d 963 (Wash. 2006) p 997 y 998 (cit. parágrafo 158 y nota 14 del precedente “*Anderson*” que se comentará en el cap. 2.2.I acá.p. c).

En "*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*" (505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 [1992]), la Corte se refirió a las decisiones personales relativas al matrimonio, procreación, contracepción, relaciones familiares, crianza y educación de la prole. Estas materias, dijo, "...involucran las elecciones más íntimas y personales que alguien puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad personal y la autonomía, centrales para la libertad protegida por la 14ª enmienda. En el núcleo de la libertad está el derecho de definir el propio concepto de la existencia, del sentido, del universo, y del misterio de la vida humana...".

El caso "*Romer Governor of Colorado et al v. Evans et al*" ( 517 U.S. 620, 116 S.Ct. 1620, 134 L.Ed.2d 855 [20/5/1996]), versó sobre la enmienda N° 2 a la Constitución del Estado de Colorado, que prohibía a los integrantes de los tres poderes ejecutar ninguna acción a nivel estatal o municipal, dirigida a resguardar el estatus de las personas en base a sus prácticas, relaciones, conducta u orientación homosexual, lesbiana o bisexual. La Corte desautorizó dicha enmienda, como violatoria de la cláusula *equal protection*, pues encontró que esa previsión había nacido de la animosidad contra la clase afectada –a la que privaba de la posibilidad de protección antidiscriminatoria-, haciendo evidente la inexistencia de un razonable balance con un eventual propósito gubernamental legítimo.

En "*Lawrence v. Texas*" (539 U.S. 558, 156 L.Ed.2d 508 – N° 02-102 p 2472 y ss. [26/6/2003]), donde se ventiló la penalización de relaciones homosexuales mantenidas en el domicilio privado de uno de los actores, la mayoría decidió apartarse del *holding* del precedente "*Bowers v. Hardwick*" (478 U.S. 186, 106 S. Ct. 2841 [1986]). Para ello, tuvo en cuenta -entre otras cosas-, la desaprobación continua y sustancial de la que fue objeto ese criterio dentro del país, así como los valores compartidos por la civilización actual. Tomó como ejemplo la postura de otras naciones y de la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuanto acometieron acciones positivas para proteger el derecho de mantener relaciones adultas íntimas y consensuales. Sopesó también la gradual desaparición de leyes similares en el país y en el mundo; como asimismo, el dato histórico de su poca aplicación práctica. Entendió que, por las características de la relación (entre adultos, consensuada y privada), no existe ningún interés legítimo estatal que pueda justificar la intromisión en la vida personal de los individuos.

El juez preopinante, Anthony M. Kennedy, puntualizó que tal doctrina no involucra a la cuestión de si el gobierno debe dar formal reconocimiento a cualquier relación entre personas homosexuales ("*Lawrence*", 539 U.S. at 578, 123 S. Ct. at 2484 [5]).

Por su parte, en su voto concurrente, la Juez Sandra Day O'Connor, dijo que una ley que infama a una clase de personas como criminal, basada solamente en la desaprobación moral del Estado respecto de esa clase y de la conducta asociada a ella, corre en contra de los valores de la Constitución y de la cláusula *equal protection*, bajo cualquier estándar de revisión, por lo que es inconstitucional (pág. 2487). Puso en claro, no obstante, que el hecho de que esta ley -dirigida a la conducta privada y consensual-, sea inconstitucional bajo dicha cláusula, no significa que otras leyes que distinguen entre heterosexuales y homosexuales deban también desautorizarse, en términos del escrutinio sobre bases racionales. Sugirió que un legítimo interés estatal en este tipo de legislación, podría albergarse en la preservación de la institución tradicional del matrimonio (pág. 2488).

En su disidencia (v. esp. p. 601, 604-605), el juez Antonin Scalia explicó que –según el tradicional *test* acuñado por ese tribunal en el campo de los derechos fundamentales-, la práctica homosexual no puede calificarse como tal, pues no está profundamente arraigada en las tradiciones e historia de la Nación y en la conciencia del pueblo. Consideró suficientemente razonable como sustento de la norma impugnada, el interés público en proteger la moralidad, enfatizando que constantemente la ley se basa en opciones morales. Expuso su preocupación acerca de los alcances que el fallo podría tener en otras leyes que implican valores vinculados a la sexualidad (bigamia, adulterio, matrimonio homosexual, etc.). Hizo mérito del consenso de la mayoría de los ciudadanos en materia de conductas homosexuales, y aseveró que la esencia del sistema democrático impone que esos patrones sean modificados por el pueblo y no por la judicatura.

Por último, el juez Clarence Thomas, se unió al voto del juez Scalia. Agregó que –no obstante su desacuerdo personal con la previsión legal-, los miembros de la Corte carecen de potestades para solucionar el problema de los peticionantes, pues su deber es decidir el caso de acuerdo con la Constitución y la ley, y -en ese rumbo-, no ha encontrado ningún derecho ni libertad a proteger.

**2.2.E.-** En cuanto a los reclamos judiciales específicos, su inicio se puede ubicar en los años setenta. En esa etapa –extendida casi por tres décadas- los planteos de inconstitucionalidad fueron desechados, reiterándose la idea de que el matrimonio homosexual es imposible por definición; con lo cual, la denegatoria no tendría lugar en función del sexo, sino en razón de la misma naturaleza del matrimonio ("*Baker v. Nelson*" [291 Minn. 310, 312, 191 N.W.2d 185; 1971, cit. en el punto anterior]).

En la temprana sentencia dictada en "*Jones v. Hallahan*" (501 S.W.2d 588 - Ky. 1973), la Suprema Corte de Kentucky, según sus propias palabras, tuvo oportunidad de fijar "...los parámetros legales

del matrimonio. En 1973, dos mujeres solicitaron su licencia matrimonial en la oficina del Secretario de la Corte del Condado de Jefferson. Fueron rechazadas y su queja terminó frente a esta máxima corte del estado... En aquella oportunidad, no había definición estatutaria del matrimonio... El Comisionado Vance, hablando por el tribunal unánime, estableció que los estatutos de Kentucky no incluían una definición de matrimonio, por lo cual era preciso definirlo de acuerdo con el ‘uso común’. 501 S.W.2d at 589. En otras palabras, matrimonio fue lo que esta Corte dijo que era. Y esta Corte dijo que el matrimonio tiene que ser entre un hombre y una mujer. Veinticinco años después la legislatura siguió a esa regla con la codificación...” (“*J.N.R. and J.S.R. v. Honorable Joseph O’Reilly, Judge, Jefferson Family Court; and J.G.R., real party in interest*” [2007-SC-000175-MR; 23/4/2008]; ver KRS 402.020 [1][d]-1998).

En idéntico sentido, el fallo “*Singer v. Hara*” (*Washington Ct.App.*, año 1974; 11 *Wn.App.* 247 -522 P.2d 1187, 1192), dijo que “...el matrimonio existe como una institución protegida legalmente, primordialmente por los valores sociales asociados con la propagación de la raza humana...” (revisión denegada 84, *Wn.2d.* 1008). También adhirieron a esa línea los tribunales intervinientes en “*De Santo v. Barnsley*” [328, *Pa.Super* 181, 476, A.2d. 952; Pennsylvania, año 1984]; y “*Dean v. District Columbia*” [653 A.2d 307, 33; *App. D.C.*, año 1995]).

**2.2.F.-** Varios años después, esa misma doctrina fue seguida por dos precedentes de gran repercusión. Se trata de los casos “*Standhart*” (Arizona) y “*Morrison*” (Indiana).

a) En el primero de ellos, la División 1 (Departamento E) de la Corte de Apelaciones de Arizona (“*Standhart Harold Donald v. Superior Court of Arizona*” [77 P. 3d 451-*Ariz. App. Div.* 1 2003 - 206 *Ariz.* 276; del 8/10/2003]), estableció por unanimidad que el derecho fundamental a casarse amparado por la Constitución –tanto federal como local-, no comprende el derecho a contraer matrimonio homosexual. Ponderó que –a pesar de haberse desechado muchas de las posturas ancestrales en torno a la homosexualidad-, la posibilidad de celebrar nupcias con la pareja del mismo sexo, no está suficientemente arraigada como para recibir protección constitucional, a nivel de los derechos fundamentales. Juzgó que la ley persigue el legítimo interés estatal de alentar la procreación y la crianza de los niños dentro del ambiente estable históricamente asociado al matrimonio. Consecuentemente, interpretó que la restricción no despoja a los peticionarios de sus derechos constitucionales *due process, privacy e equal protection under law*. Determinó que no es la judicatura sino el pueblo, el que debe decidir si permite el matrimonio homosexual, a través de sus representantes electos o del proceso de iniciativa popular.

El preopinante, juez Timmer, con numerosas citas que ilustran acerca del desarrollo operado en materia de libertad de elección, hizo pie en la premisa aceptada de que la garantía sustancial del debido proceso provee protección jerarquizada a los derechos fundamentales y libertades, contra la interferencia gubernamental (“*Glucksberg*”, 521 *U.S.* at 720, 117 *S.Ct.* 2258). Esos derechos e intereses, dijo, son aquellos “profundamente enraizados en la historia y tradición nacional”, aquellos “implícitos en el concepto de libertad ordenadora”; aquellos que “si son sacrificados, ni la libertad ni la justicia pueden existir” (*id.* p 720–21, 117 *S.Ct.* 2258; *Watson*, 198 *Ariz.* at 51, ¶ 8, 6 *P.3d* p 755). Usando como indicadores la historia nacional, las tradiciones legales y la costumbre –prosiguió- la Suprema Corte federal ha conferido el estatus de derecho fundamental al derecho de casarse; de donde extrajo que los derechos fundamentales protegidos por la provisión *due process*, son aquellos firmemente imbricados en la historia y tradición estatales, que pueden o no ser compartidos por el resto del país.

Dijo que en “*Lawrence*”, la Suprema Corte sólo había tratado la interferencia gubernamental y la libertad de elección, en orden a las relaciones íntimas y privadas; apuntando que el máximo tribunal no analizó la relación homosexual como si fuese un derecho fundamental, de lo que infirió que tampoco existe un derecho a que el Estado provea un reconocimiento legal a tales uniones. Desestimó el argumento de que la libre selección del consorte –avalada en el caso “*Loving*”-, sea irrestricta, de modo que pueda incluir a un compañero del mismo sexo, aun frente a la constante desaprobación social de tales uniones. Señaló que el precedente “*Loving*” supone que la noción de matrimonio –habitualmente enlazada a la procreación- es una unión forjada entre un hombre y una mujer (388 *U.S.* at 12, 87 *S.Ct.* 1817 [“El matrimonio es uno de los ‘derechos básicos del hombre’, fundamental para nuestra existencia misma y nuestra supervivencia”]). Luego, concluyó que –en tanto impulsa el ancestral alcance del derecho fundamental a casarse, garantizando a las parejas interraciales el irrestricto acceso al matrimonio-, “*Loving*” está anclado en el concepto de matrimonio como una unión que involucra a personas de distintos sexos. En contraste con ello, repuso, reconocer el derecho a casarse con alguien del mismo sexo no expandiría el derecho al matrimonio tal como está estructurado, sino que importaría redefinir su significado legal. Desechando el argumento de la evolución histórica y la aceptación internacional, recordó la admonición de la Suprema Corte federal a extremar el cuidado “...en conferir el estatus de un derecho fundamental a los nuevos derechos que se hagan valer, no sea que transformemos la libertad protegida por el debido proceso en una política de las preferencias judiciales, en vez de principios nacidos del debate público y la acción legislativa (*Glucksberg*, 521 *U.S.* at 720, 117 *S.Ct.* 2258)”.

Y continuó: “A pesar de que las relaciones homosexuales tienen más apertura y han ganado mayor aceptación social en los últimos años, el matrimonio homosexual no está profundamente enraizado en la historia legal y social... ni está implícito en el concepto de libertad ordenadora. A despecho de que se han cambiado las actitudes acerca de la homosexualidad y de los atributos de la familia, ningún estado en esta Nación ha sancionado legislación permitiendo matrimonios homosexuales. Por el contrario, el Congreso y la mayoría de los Estados, incluyendo Arizona, han sancionado legislación en los años recientes limitando el matrimonio a las uniones de sexo opuesto...”.

“...Esta Corte no controvierte que la elección de la persona homosexual respecto de su compañero es una íntima e importante decisión. Sin embargo, no todas las decisiones relevantes con resonancia en el plano de la autonomía personal constituyen derechos fundamentales...(Id. at 727–28, 117 S.Ct. 2258 [“That many of the rights and liberties protected by the Due Process Clause sound in personal autonomy does not warrant the sweeping conclusion that any and all important, intimate, and personal decisions are so protected”]). El historial del tratamiento legal del matrimonio como una institución que involucra a un hombre y a una mujer, junto con recientes y explícitas reafirmaciones de esta visión, conducen invariablemente a la conclusión de que el derecho a contraer matrimonio con personas del mismo sexo no es una libertad fundamental protegida por la garantía *due process*...”.

Respecto de la Constitución de Arizona (año 1910), la Corte reabró sobre su función de dar efectividad a la intención de los constituyentes; y, en esa tarea, no encontró que éstos hayan querido consagrar un derecho al matrimonio entre personas de igual sexo, con la jerarquía de los llamados “*privacy rights*” (“*Marriage at that time was commonly one man and one woman. Dean, 653 A.2d at 315 [citing Black’s Law Dictionary 762, 2d ed.1910]*”).

Recordó que la institución está sujeta al poder de policía y ponderó que la recepción legal de la relación heterosexual como matrimonio -con la correlativa imposición de obligaciones y beneficios- introduce al Estado en la situación, imprimiéndole al compromiso a largo plazo de esos padres potenciales, una impronta única, propia del interés público (“*Moran v. Moran*”, 188 Ariz. 139, 144, 933 P.2d 1207, 1212; App. 1996 [allí se describió al matrimonio como una relación de incumbencia esencial del Estado “porque él es el fundamento de la familia y la sociedad, sin el cual no habría civilización ni progreso”]; “*Soos v. Super.Ct.*”, 182 Ariz. 470, 474, 897 P.2d 1356, 1360; App.1994, [“matrimonio y procreación son fundamentales para la existencia y supervivencia misma de la raza” - cit. *Skinner*, 316 U.S. p 541, 62 S.Ct. 1110]; “*Jackson v. Tangreen*”, 199 Ariz. 306, 313, ap. 27, 18 P.3d 100, 107; App.2000 [“se reconoce que el Estado tiene interés legítimo en ‘promover relaciones familiares saludables que habiliten a los niños a convertirse en adultos bien ajustados y responsables’...”]).

Enfatizó que, si bien las parejas del mismo sexo pueden criar niños, es indisputable que las únicas relaciones capaces de generar prole son las heterosexuales; por lo que es razonable que el Estado decida estimular a la diada de sexo opuesto a contraer matrimonio, para que -asumiendo obligaciones legales y financieras-, presten mejores oportunidades a los hijos. En cambio, atendiendo a su imposibilidad de procrear por sí mismos, el Estado puede -también razonablemente-, asumir que el matrimonio homosexual, comportará un magro aporte al interés público de asegurar la procreación responsable dentro de relaciones comprometidas y estables, posición a la que adhieren también los autores y otros tribunales (“*Adams v. Howerton*”, 486 F.Supp. 1119, 1124–25; C.D.Cal.1980 [aff’d, 673 F.2d 1036, 9 Cir.1982]; “*Singer v. Hara* [11 Wash. App. 247, 259–60, 522 P.2d 1187, 1195]).

Acotó que consagrar un eventual impedimento vinculado con la intención o habilidad generativa concreta en las parejas heterosexuales, obligaría al Estado a investigar esas aristas previo a la expedición de las licencias, con las consecuencias que ello acarrearía en consolidados aspectos constitucionales referidos a la privacidad (*Griswold*, 381 U.S. at 485–86, 85 S.Ct. 1678; *Eisenstadt*, 405 U.S. at 453–54, 92 S.Ct. 1029; *Adams*, 486 F.Supp. at 1124–25); además de la dificultad -si no imposibilidad- que esa tarea de identificación conllevaría. En esa línea, según la jurisprudencia de la Corte Federal -puntualizó- las parejas heterosexuales son titulares de un derecho fundamental al matrimonio, por lo que su restricción no podría justificarse sino por la concurrencia de un interés inaplazable, instrumentado ajustadamente a ese propósito, cosa que no resulta fácilmente imaginable (*Glucksberg*, 521 U.S. at 721, 117 S.Ct. 2258). Por estos motivos, entendió que la cualificación general de las parejas de sexo opuesto, no anula la conexión razonable entre matrimonio heterosexual, procreación y crianza de los hijos.

Aun cuando acordó en que el matrimonio homosexual no inhibe a las parejas heterosexuales de engendrar descendencia, volvió sobre la idea expuesta en su considerando N° 38, acerca de que el Estado carece del mismo interés en oficializar relaciones que son estériles por definición, alternativa que no halló arbitraria o irracional.

Adujo que las eventuales iniquidades respecto de los niños que están a cargo de esas parejas, no empece a la solución adoptada, explicando que el hecho de que puedan trazarse distintos

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

contornos institucionales, es un asunto que no compete a la consideración judicial, sino a la legislativa, en tanto existan motivos plausibles para establecer los límites actuales (“*Fed. Communications Comm’n v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 313–14, 315–16, 113 S.Ct. 2096, 124 L.Ed.2d 211 -1993-).

b) El Código de Indiana (Sección 31-11-1-1[a]) data de 1986. Conforme a la llamada “*Defense of Marriage Act*” (en adelante, D.O.M.A.), sancionada en 1997, estatuye: “Sólo una mujer puede casarse con un hombre. Sólo un hombre puede casarse con una mujer”. Asimismo, prevé que los matrimonios entre personas de igual género son nulos dentro del Estado, aunque sean válidos en el lugar en el que se celebraron (Ind. Code § 31-11-1-1[b]).

En el caso “*Morrison Ruth v. Sadler Doris Ann*” (No. 49A02-0305-CV-447 – *appeal from the Marion Superior Court, Cause N° 49D13-0211-PL-1946* [20 de enero de 2005]), tres parejas homosexuales demandaron a los respectivos funcionarios de *Hendricks* y *Marion County*, por el otorgamiento de sendas licencias matrimoniales, alegando que la D.O.M.A. viola la Constitución de Indiana, moción que fue desestimada en primera instancia. La Corte de Apelaciones confirmó el rechazo, afirmando que la ley impugnada no infringe la cláusula de igualdad de privilegios e inmunidades, ni las garantías *privacy* y *due process of law*, consagradas por la Constitución estatal.

Este tribunal de segunda instancia estableció como parámetros de evaluación, que el tratamiento dispar debe ser razonable con relación a las características inherentes distintivas de la clase sujeta a regulación; que las preferencias deben aplicarse uniformemente y ser igualmente accesibles para todas las personas en situación similar; y que –como regla- los jueces deben respetar la discrecionalidad legislativa. Con ello, la carga de destruir la presunción de constitucionalidad pesa sobre los peticionarios (“... las clasificaciones legislativas devienen en una cuestión judicial sólo donde las líneas trazadas aparecen arbitrarias o manifiestamente irrazonables. En tanto que la clasificación se base sobre distinciones sustanciales en referencia a la materia planteada, no debemos sustituir el juicio de la legislatura por el nuestro...”).

Según la Corte, los actores ignoran la diferencia clave de cómo unas y otras parejas llegan – en general- a ser padres. La procreación natural, dijo, sólo puede ocurrir a través del contacto sexual entre varón y mujer, aún sin previsión o planificación. En esto, encontró que la clasificación legislativa está razonablemente vinculada a una característica clara, identificable e inherente que distingue a ambas clases: la habilidad o inhabilidad de procrear por medios naturales. Admitió que la relación heterosexual, la procreación y el cuidado de los hijos no van necesariamente juntos; pero adujo que una sociedad ordenada requiere algún mecanismo para reglamentar el hecho de que ese contacto sexual comúnmente resultará en un embarazo y un parto. “La institución del matrimonio [afirmó] es ese mecanismo... La institución del matrimonio provee una importante articulación legal y normativa entre el intercambio heterosexual y la procreación, por un lado, y las responsabilidades familiares, por el otro. Hubo bases racionales en la legislatura al trazar la línea entre las parejas de sexo opuesto -que es el grupo genérico biológicamente capaz de reproducción-, y las parejas del mismo sexo, que no lo son. Esto es verdad, independientemente de que haya parejas heterosexuales que desean casarse aunque uno de los dos compañeros sea físicamente incapaz de procrear...”.

Interpretó que “[e]l Estado no interfiere en los asuntos privados de los peticionarios, ni les provoca una ofensa en cuanto a ‘la oportunidad de manejar su propia vida’...”. También manifestó que, para la carta magna, la ponderación de los valores nucleares depende del propósito por el que una particular garantía fue adoptada, como asimismo, de la historia constitucional del Estado (*Price v. State*, 622 N.E.2d 954, 961 [Ind. 1993]). Y, desde esta perspectiva, estimó que los actores no demostraron que el derecho a casarse con cualquier persona que se elija -incluyendo una del mismo sexo-, sea un valor central en la economía de esa norma basal.

Finalmente, declaró que “[l]o que decidimos hoy es que la Constitución de Indiana no requiere el reconocimiento gubernamental del matrimonio homosexual, aunque la legislatura es ciertamente libre de otorgar ese reconocimiento o crear una institución paralela bajo ese instrumento...”.

En su voto concurrente, el juez Friedlander opinó que “[c]omo las parejas homosexuales no pueden procrear como resultado de su unión física, ellas no están implicadas en el problema de si el matrimonio entre los padres biológicos es bueno para los hijos, y –consecuentemente- bueno para la sociedad”. Varía así el ángulo de la consideración, que ya no será “si el Estado puede prohibir el matrimonio homosexual”, sino “si el matrimonio homosexual promoverá la procreación responsable”, a lo que da una respuesta negativa. Como resultado, entiende que la cuestión propuesta por los apelantes debe resolverse en una arena diferente, es decir, por la Asamblea General y el pueblo del Estado. Dentro del marco constitucional, “... ellos deben identificar y considerar las implicaciones sociales y los imperativos morales involucrados y determinar si la prohibición es justificable sobre esas bases....”.

**2.2.G.-** A partir del movimiento de emulación que comenzó con la sanción de la ley federal conocida como D.O.M.A., también han sido impugnadas las correlativas enmiendas constitucionales y legales emprendidas por los Estados locales, mediante ataques dirigidos –incluso- contra la regularidad de los respectivos procesos de iniciativa.

Así, ante el cuestionamiento de la llamada Medida 36 (en cuanto a la prohibición de reconocimiento en el Estado de Oregon de matrimonios homosexuales celebrados en otros países o Estados –v. asimismo cap. 2.2.I acáp. d-), la Corte del Condado de Marion emitió opinión en el sentido de que la enmienda se ajusta a los recaudos de la Constitución, interpretación mantenida por la Corte de Apelaciones, en fecha 21/5/2008. Recientemente (5/11/2008 y 13/1/2009), la Suprema Corte del Estado denegó *in limine* el recurso articulado (“*Juan Martínez v. Governor Theodore R. Kulongoski*”; N° 05C-11023; *Oregon Circuit Ct. 4/11/2005*; SC [S056472] [A130818]).

Fueron igualmente sometidas a revisión judicial -con resultado adverso- los procesos de reafirmación legislativa del matrimonio heterosexual acometidos, entre otros, por los Estados de Louisiana (“*Forum for Equality PAC v. McKeithen*”; *Supreme Court* N° 04-OC-2551, del 19/1/2005; [893 *So.2d* 715 -La. 2005] y su antecedente “*Forum for Equality PAC v. The Honorable W. Fox McKeithen*”; 04-CA-2477 c/w 04-CA-2523); Massachusetts (“*Schulman v. Attorney General*” [v. cap. 2.2.H acáp. n]); Tennessee (“*ACLU v. Darnell*” [*Supreme Court* 195 S.W.3d 612; 2006]); y Georgia (“*Perdue v. O’Kelly at al*” [*Supreme Court* S06A1574; 6/7/2006]).

En el Estado de Iowa, ya consagrada la norma restrictiva (*Iowa Code* cap. 595), ésta fue invalidada en el Condado de Polk, por el juez Robert B.Hanson, quien dispuso -*in re* “*Varnum v. Brien*”, que el precepto debía leerse de un modo neutral con relación al género (caso N° CV5965; Iowa D.C. [30/8/2007]), habilitándose la expedición de licencias matrimoniales entre el 30 y 31 de agosto de 2007. Los efectos de la decisión fueron suspendidos por orden verbal del mismo magistrado, dejando pendiente el veredicto a las resultas de la apelación deducida.

**2.2.H.-** Desde otra perspectiva, se objetaron en sede federal las enmiendas constitucionales introducidas en Nebraska y en Oklahoma. En el primer expediente, “*Citizens for Equal Protection v. Attorney General Brunning & Governor Heineman*” [368 *F.Supp.2d* 980, *D. Nebraska – 2005*; N° 5-2604 del 14/7/06; 455 *F.3d* 859]; la Corte de Apelaciones del 8° Circuito desestimó la demanda, revocando lo resuelto por la Corte de Distrito.

En el segundo caso, la causa “*Bishop v. Oklahoma*” (447 *F.Supp.2d* 1239 -*N.D. Okla.* 2006-), acumula las acciones de una pareja que busca acceder al matrimonio en ese Estado, y de otra que persigue que surta efecto extraterritorial su unión civil registrada en el Estado de Vermont o las nupcias contraídas en Canadá. La Corte del Distrito Norte, rechazó la demanda referida al reconocimiento interestatal, dejando pendiente lo relativo a las garantías *due process* e *equal protection* (v. asimismo opinión del Procurador General del Estado W.A.Drew Edmondson [2004- OK AG 10, 19/3/04]).

Por otro lado, en autos “*Wilson Nancy and Dr. Paula Schoenwether v. Ake Richard L. and John Ashcroft*” (N° 8:04-CV-1680-T-30TBM; 354 *Federal Supplement, 2d. series*, 1298 - *United States District Court*, M.D. Florida [19/1/2005]), la Corte de Distrito (*Tampa Division*) no admitió la tacha de inconstitucionalidad del estatuto local. En lo sustancial, opinó que el derecho a casarse con una persona del mismo sexo no es un derecho fundamental –ni es función de ese tribunal su creación-; y que, en base al *test* de racionalidad, la DOMA no viola la garantía de igualdad o la cláusula *due process*. Se ciñó para ello a los precedentes del Undécimo Circuito en “*Lofton v. Sec. of Dept. of Children and Family Services*” (358 *F.3d* 804, 817 [11th Cir.] 377 *F.3d* 1275 [2004]; *certiorari rechazado* 543 *U.S.* 125 *S.Ct.* 869, 160 *L.Ed.2d* 825 [2005] –ya citado en el cap. 2.2.D.-) y “*Williams v. Attorney General of Alabama*” 378 *F.3d* 1232, 1238 [11th Cir.2004]).

Los tribunales federales de Circuito, se inclinan generalmente por la vigencia de la noción tradicional de matrimonio, en función de razones formales o de fondo (entre otros, “*Adams v. Howerton*” [673 *F.2d* 1036, 9° Circuito Federal, 1980]; “*Smelt v. County of Orange*” [447 *F.3d* 673, 9° Circuito federal, 2006]; “*Kandu Lee and Kandu Ann C. - Debtors*” [*United State Bankruptcy Court*, W. D. WN. 17/8/2004- 3/9/2004; 315 *B. R.* 123; n° 03-51312]); conf. “*Kerrigan*” [voto juez Palmer, punto VI ap. “C” *Persuasive federal precedent*, segundo párrafo] cit. en cap. 2.2.I acáp. k).

**2.2.I.-** A su turno, los supremos tribunales estatales, también han venido manteniendo mayoritariamente y por distintas vías, la reserva heterosexual. Entre ellos, se cuentan los de Maryland [“*Conaway*”], Nueva York [“*Hernández*”], Washington [“*Anderson*”]; Oregon [“*Li*”]; Rhode Island [“*Chambers*”] (v. asimismo “*Baker*” [Minnesota] y “*Jones*” [Kentucky] ya cit. en los acáps. 2.2.D y 2.2.E. respectivamente; y reseña acáps. 2.2.B.b y 2.2.F)).



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

Un segundo grupo, ha optado por emplazar al legislador para que provea alguna solución, aunque no necesariamente ampliando el instituto del matrimonio, de manera que no se pronunció a favor de una equiparación irrestricta (Nueva Jersey [*“Lewis”*] y Vermont [*“Baker”*]).

Por su parte, la Corte de Hawaii, en *“Baehr”*, se ocupó -más bien- del nivel de escrutinio aplicable, sin expedirse concretamente sobre el punto constitucional de fondo, cuyo tratamiento postergó a las resultas de las alegaciones gubernamentales; aunque todo ello devino abstracto, en razón de la reforma constitucional sobreviniente. Algo similar ocurriría en Alaska, con el caso *“Brause”*.

Como excepción, los jueces intervinientes *in re “Marriage Cases”* (California), *“Kerrigan”* (Connecticut), y *“Goodridge”* (Massachusetts), consideraron el acceso al *ius nubendii* de las parejas del mismo sexo como un derecho fundamental, cercenado por la ley.

Pasaré seguidamente a hacer un breve comentario de los principales precedentes y su contexto:

a) El Código de Maryland (1957, 2006 *Repl. Vol.*; *Family Law Article*, § 2-201), dispone que “[s]ólo es válido en este Estado el matrimonio entre un hombre y una mujer”.

Por otro lado, el art. 46 de la Declaración de Derechos (según la *Equal Rights Amendment* [en lo sucesivo, ERA]), prevé que la “[i]gualdad bajo la ley no será lesionada o denegada en razón del sexo”. Y su art. 24 declara que “ningún hombre puede ser tomado prisionero o desposeído de su dominios, libertades o privilegios, o proscrito, o exilado, o, de cualquier manera... privado de su vida, libertad o propiedad, sino por el juicio de sus pares, o *the Law of the land*...”.

En el caso *“Conaway Frank et al v. Deane Gitanjali et al”* (N° 44, 401 Md. 219; 932 A.2d. 571 [Md. 2007], con fecha 18 de setiembre de 2007, la Corte de Apelaciones –máxima instancia local- en fallo dividido, revocó la decisión de la Corte de Circuito de la ciudad de Baltimore, y devolvió la causa en orden a la declaración de constitucionalidad de la norma.

El juez preopinante apoyó su voto, principalmente, en la idea de que el estatuto que prohíbe los matrimonios homosexuales, exhibe bases racionales y no traza una distinción en función del sexo, en violación a la ERA; como así en que el derecho a contraer nupcias con personas del mismo sexo, no es un derecho fundamental protegido por la cláusula *due process* de la Declaración de Derechos de Maryland.

Afirmó que “[u]n estatuto no deviene inconstitucional simplemente porque, de alguna manera, hace referencia a la raza o al sexo...”, debiendo –en cambio- detectarse si la ley posee un fin discriminatorio.

La norma atacada, dijo, no separa a hombre y mujer en distintas clases con el objeto de conceder beneficios a un grupo a expensas del otro, sino que la imposibilidad de casarse con alguien del mismo sexo, opera de la misma manera para los dos. Asumió también que la ERA no alcanza a las distinciones en función de la orientación sexual, y que su finalidad primaria fue eliminar la discriminación entre varón y mujer, tomados como clase. Insistió en que el propósito último del pueblo y de la Legislatura al promover dicha enmienda, fue colocar a hombre y mujer en pie de igualdad, sometiendo a escrutinio estricto cualquier acto gubernamental que tratase a ambos en forma dispar, como miembros de conjuntos diferenciados.

Puso de resalto que si bien el derecho al matrimonio es fundamental, contando con amparo constitucional, no es absoluto: también es una institución pública, sujeta a la regulación y al poder de policía del Estado. Es en ejercicio de ese poder, sentenció, que el legislador está habilitado para formular clasificaciones o determinar si ciertos actos han de regularse, guardando siempre alguna relación real y sustancial con el bienestar general, de modo que -bajo el manto de ese poder-, no se contraría a la Constitución, despojando de derechos o privilegios expresamente garantizados por ella.

Reiteró un concepto utilizado en varios de los fallos que reseñamos, en cuanto a que los derechos fundamentales garantizados por la cláusula *due process*, no son aquellos que en el pensamiento del intérprete puedan tenerse como tales, sino sólo los privilegios e inmunidades tan arraigados en las tradiciones y la conciencia social, que merezcan considerarse implícitos en la noción de libertad ordenadora.

De allí dedujo la inexistencia de la prerrogativa invocada, arguyendo que el derecho fundamental al matrimonio finca en la naturaleza de la relación varón-mujer y/o en el nexa concomitante de alentar la procreación de la especie; visión que ha tenido el Estado de Maryland desde antiguo.

También reflexionó acerca de que las garantías *equal protection* y *due process* son vistos como algo flexible y dinámico; y que, mientras los principios constitucionales son inamovibles, el intérprete debe darles un sentido que los acompañe con el clima político, económico y social contemporáneo actual. En conexión con ello, constató la evolución operada en la consideración de las personas *gay* y lesbianas, pero entendió que la aceptación de dicha realidad no requiere que el Estado o los jueces reconozcan como derecho fundamental una construcción que carece del arraigo imprescindible.

Con cita de la Corte federal, expresó que los jueces, al ampliar notoriamente un derecho tutelado constitucionalmente, sustraen el problema de la arena del debate público y de la acción legislativa. En cambio, repuso, los tribunales deberían tener el máximo cuidado cuando son llamados a establecer nuevos estándares, para prevenir que la libertad protegida por la cláusula *due process* se transforme según las preferencias de sus miembros.

La Carta de Derechos, dijo, "...no autoriza a la jurisdicción a colocarse en el lugar de un superlegislador para juzgar la sabiduría o lo deseable de las determinaciones de política legislativa hechas en áreas que no afectan derechos fundamentales...".

Aseveró que el estímulo a la procreación en un ambiente estable comporta un interés legítimo, al tiempo que existe un vínculo suficiente entre ese interés y la restricción legal. A partir de allí, tuvo por superado el *test* de racionalidad, independientemente de las imperfecciones que se detecten en el esquema normativo, pues –en este nivel de escrutinio– el precepto no tiene que exhibir una exactitud matemática y puede contener aristas que deriven en algún grado de inequidad.

Concluyó que el estatuto impugnado exhibe una fuerte presunción de constitucionalidad y que, desde un análisis racional, concurren motivos plausibles en sustento de la previsión legal hecha por la Asamblea General. Con ello, estimó que el examen judicial no debe avanzar más allá, pues la Constitución asume que, aun decisiones desprevenidas del legislador, pueden rectificarse mediante procesos democráticos, por lo que la intervención judicial no está, en principio, justificada "...sin importar cuán necio puedan pensar los jueces que es el actuar de la rama política (*F.C.C. v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 313-14, 113 S. Ct. 2096, 2101, 124 L. Ed. 2d 211 [1993])".

Por último, la Corte aclaró que su opinión no implica que la Asamblea General esté impedida de reconocer el *ius nubendii* homosexual.

**b)** En el Estado de Nueva York –uno de los cinco que no han consagrado expresamente la restricción legal o constitucional en la materia–, se ha suscitado una intensa polémica en torno del derecho a contraer matrimonio –en el territorio de ese Estado– con personas del mismo sexo, ignorándose el temperamento legislativo que se seguirá en definitiva (v.gr., un proyecto de ley para legalizar el matrimonio homosexual feneció en comisión, ocurrido lo cual se insistió en su presentación, habiendo superado una primera fase por 85 a 65 votos [*original Senate Bill*: S.B. 5884 –2007– y A.B. 8590 –2007]).

En el mentado precedente "*Hernandez v. Robles*" (7 N.Y.3d 338, 855 N.E.2d 1, 821 N.Y.S.2d 770; N.Y. [6 de julio de 2006]), se acumularon cuatro acciones incoadas por cuarenta y cuatro parejas homosexuales que impugnaban la constitucionalidad de la *Domestic Relation Law* (DRL), en pos de obtener licencias matrimoniales en las localidades de Nueva York, Ithaca y Albany.

La mayoría de la Corte de Apelaciones de Nueva York, el más alto tribunal del Estado, mantuvo la postura negativa de la División de Apelaciones, concluyendo que la ley se sustenta en bases racionales, y no violenta las garantías de igualdad y debido proceso.

En cuanto al criterio de la División de Apelaciones, es de cita constante el caso "*Shields v. Madigan*" (5 Misc. 3d 901, 783 N.Y.S.2d 270; N.Y. Sup. Ct. 2004), donde veinte peticionarios requirieron que el Secretario de la ciudad extendiese las licencias matrimoniales que le habían sido denegadas. Al puntualizar las connotaciones constitucionales de este problema, el tribunal determinó que "...el matrimonio es un estatus legal sujeto al control de la legislatura... Es la legislatura el cuerpo apropiado para comprometerse en el estudio del debate que necesariamente debe preceder a la formulación de una política social respecto del matrimonio homosexual y a la decisión de extender algunos o todos los derechos y beneficios asociados con el matrimonio a las parejas del mismo sexo" (783 N.Y.S.2d 270, 277; decisión firme en el año 2006 "*Matter of Shields v. Madigan*", 32 A.D.3d 1036, 820 N.Y.S.2d 890; N.Y. App. Div. 2º Dep't. 2006).

Rechazó una lectura permisiva del matrimonio homosexual pues –aunque el texto no se refiere específicamente al valladar heterosexual–, ese era el entendimiento universal al tiempo en el que fueron sancionados los arts. 2 y 3 (año 1909), según se refleja en numerosos preceptos conexos (v. asimismo

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

“*Matter of Kane v. Marsolais*” y sus citas; Corte Suprema del Condado de Albany, index 3473-04 [enero de 2005]).

Entendió que el derecho al matrimonio es –indudablemente- elemental, pero que la facultad de contraer nupcias con alguien del mismo sexo, carece del profundo arraigo en la historia y tradición de la Nación, exigible para ser considerado un derecho fundamental. Por lo tanto, la restricción legislativa debe evaluarse en función del *test* de base racional, presumiendo que la legislación sospechada de discriminatoria es válida y debe mantenerse, en tanto tenga un correlato razonable con un legítimo interés público.

El tribunal, también adhirió a la idea de que la decisión de permitir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, corresponde a la legislatura, entre otras cosas, porque “[n]osotros no predecimos lo que la gente podrá pensar pasadas varias generaciones, pero creemos que la presente generación debería tener la chance de decidir el problema a través de sus representantes electos” (v. su nota 22).

En su opinión concurrente, el juez Graffeo volvió sobre un pensamiento que manejaron recurrentemente varios otros jueces: “... ignorar el significado al que adscribe el derecho al matrimonio en estos casos y sustituirlo por otro en su lugar, es redefinir el derecho en cuestión, para desmembrar el nuevo derecho resultante, lejos de las verdaderas raíces que llevaron a la Suprema Corte de los Estados Unidos... a reconocer al matrimonio como un derecho fundamental”.

En definitiva, juzgó que la Constitución no compele al Estado a implementar matrimonios del mismo sexo.

c) En 1998, siguiendo la tendencia mencionada en el inicio de este capítulo, el Estado de Washington sancionó la Ley de Defensa del Matrimonio local (D.O.M.A.; *laws of 1998, ch. 1*). Esta norma contempla expresamente el matrimonio como un contrato civil válido únicamente entre hombre y mujer (RCW 26.4.010), y prohíbe su celebración para otro tipo de pareja (RCW 26.04.020 [1.c]). Asimismo, habilita el *exequatur* respecto de nupcias regularmente celebradas en otras jurisdicciones, sólo si ese acto no está prohibido o es ilegítimo bajo la subsección 1.c antedicha (RCW 26.04.020 [3]).

La Constitución local reza: “Sección 1. Igualdad no denegada en razón del sexo. La igualdad de derechos y responsabilidades bajo la ley no será denegada o restringida teniendo en cuenta el sexo” (art. XXXI – *Sex equality – rights and responsibilities*). Sección 2. Poder de cumplimiento de la Legislatura. La legislatura tendrá el poder de dar vigor, mediante la legislación apropiada, a las previsiones de este artículo (enmienda 61, 1972 *House Joint Resolution* No. 61, p 526. aprobada en noviembre de 1972). Adicionalmente, en el año 2006, se adoptó una modificación respecto de la Ley Antidiscriminación, prohibiendo la discriminación sobre la base de la orientación sexual (H.B. 2661, 59th Leg., Reg. Sess. [Wash. 2006]).

En cuanto a la jurisprudencia, la extensa sentencia dictada el 26/7/2006 *in re “Anderson”* (donde se acumularon los reclamos de ocho parejas, por un lado [*“Anderson v. King County”*] y de once, por el otro [*“Castle v. State”*]), ilustra muy bien acerca de los argumentos y precedentes primordiales, al par que permite ver –otra vez- lo acentuado de la controversia.

En esa oportunidad, el juez Madsen sostuvo que la Constitución estatal y el caso legal obligaban a decir que, dentro del sistema tripartito de gobierno del Estado de Washington, la rama legislativa – o el pueblo, actuando a través del proceso de iniciativa-, poseen la potestad de limitar el matrimonio a las parejas de sexo opuesto. Reiteró la idea de que la decisión judicial no ha de basarse en la opinión individual acerca de lo que la ley debería ser, sino que su rol se ciñe a determinar la constitucionalidad de la D.O.M.A., resolviendo el caso como juez y no como legislador.

Entendió que los actores no demostraron ser miembros de una “clase sospechosa” o que el derecho fundamental al matrimonio abarque al matrimonio homosexual. Afirmó que los ciudadanos de Washington, no han sido titulares en el pasado ni lo son ahora, de una expectativa referida a que puedan elegir casarse con una persona del mismo sexo.

En su opinión, el legislador está habilitado a creer que este instituto debe alentar la procreación, esencial para la supervivencia de la raza humana, así como el bienestar de los hijos, estimulando su crianza en hogares presididos por sus padres biológicos, en el ambiente estable propio del matrimonio.

Indicó que la garantía de igualdad prohíbe restringir o denegar derechos a uno de los sexos, cosa que no se da en el caso, porque la ley trata a hombres y mujeres del mismo modo. Más adelante explicará que, según se la describió en los folletos para los votantes, la *Equal Rights Act* (ERA), tiene como principio básico que la ley trate con igualdad a ambos sexos, de manera que las normas que otorgan utilidades sólo a uno de ellos, debe ser ajustada y extendida a todos; mientras que una ley que restringe o

deniega derechos a uno de los sexos, debe eliminarse. E insistirá en que la D.O.M.A., no traza ninguna clasificación basada en el sexo (parágrafo 102).

Además de efectuar disquisiciones técnicas propias del sistema jurídico estadounidense, expresó que los beneficios que han ido concediendo muchos Estados y municipios a las personas gay y lesbianas, muestra que está ocurriendo un cambio en la sociedad, pero en el presente los estándares no exhiben un compromiso de la comunidad en orden a la inclusión del matrimonio homosexual como parte del derecho fundamental a casarse. Enfatizó que la Constitución establece una democracia representativa, y que el pueblo –que ha consentido en ser gobernado-, habla a través de sus representantes electos; por lo cual, si no se está ante un derecho fundamental o una “clase sospechosa”, son los cuerpos legislativos -no los jueces- quienes tienen la facultad de efectuar determinaciones de política pública.

Aseguró que el consenso público –evidenciado por la ley adoptada después de un robusto debate-, debe recibir una gran deferencia (“*Glucksberg*” 521, US p 720, 117 S.Ct. 2258). Rememoró un caso sobre discapacidad desestimado por la Suprema Corte federal (“*Garret*” 531 US p 367-68, 121 S.Ct. 955), apuntando que, según ese tribunal, no corresponde al Poder Judicial “... determinar si un estatuto es sabio, si llena de la mejor manera relevantes objetivos sociales y económicos, o si puede desarrollarse un sistema más justo y humano”. Ordinariamente, siguió recordando, una ley debe sostenerse si ella realiza un interés gubernamental legítimo “... aunque la ley parezca imprudente o funcione en desventaja de un grupo particular, o si su racionalidad aparezca como tenue...” (“*Murguía*” 427 US p 317, 96 S.Ct. 2562, cit. en “*Dandridge v. William*” 397, US 471, 487, 90 S.Ct. 1153, 25 L.Ed.2d. 491 [1970]; “*Romer*” –ya citado en el cap. 2.2.D- p 632).

El juez Alexander, en su voto concurrente, declaró que resolver de otra manera implicaría “... estar usurpando la función de la legislatura o del pueblo como está establecido en el artículo II de la constitución del estado de Washington”, dejando a esa voluntad la facultad de ensanchar la ley de matrimonio o proveer otras formas de unión civil (pág. 991 parágrafos 113 y 114).

El juez Johnson (a quien se unió el juez Sanders), propuso no despreciar el texto y la historia de las normas aplicables. La comprensión del matrimonio como institución heterosexual, relató, se ha mantenido continuamente en el país y en Washington por más de ciento veinticinco años (Código de 1881, & 2380). Apuntó que su naturaleza única -biológicamente binaria- y su engarce con la procreación y la crianza responsable de los hijos, ha moldeado la institución en el *common law*, en los estatutos y en las provisiones constitucionales de varios Estados, manteniéndose sin fisuras por la Corte federal, y por las Cortes inferiores, con notorias excepciones (noción que también subyace en la Constitución y en las leyes federales).

El tribunal, repuso, no puede crear un nuevo derecho fundamental, sin asumir que posee el poder de redefinir el matrimonio así como otros derechos de los ciudadanos. “Esta Corte [proclamó] no posee ese poder, ninguna lo tiene. La separación de poderes es un principio constitucional fundamental. El corolario obligado es el deber de reconocer sólo el poder legítimo de cada rama gubernamental”. En los parágrafos 163 y 165, dirá: “... donde las Cortes pretenden imponer nuevos cambios en la política pública por decreto judicial, erosionan el amparo... y frustran el balance constitucional, en tanto incluye expresamente la voluntad del pueblo que debe ratificar las enmiendas constitucionales”, careciendo “...de la legitimidad del debate público y/o de la acción legislativa”.

La D.O.M.A., continuó, no otorga derecho alguno, porque el derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer le ha precedido largamente; ni se inmiscuye en la vida privada, pues no impide que las personas tengan en ese ámbito, cualquier suerte de relaciones a su elección. Asimismo, insistió en que no existe derecho o garantía respecto del connubio entre personas del mismo sexo.

Adujo que “[t]odo washingtoniano puede casarse sujeto a razonables restricciones de poder de policía. Una persona no puede casarse con alguien debajo de la edad... no puede casarse si ya está casado... no puede casarse con un pariente cercano... y no puede casarse si las partes son personas distintas de un hombre y una mujer”. Y agregó que “...la última prohibición, como la prohibición de la bigamia/poligamia, hace a la definición. Un ‘matrimonio’ significa un matrimonio entre un hombre y una mujer... No hay ningún favor o desfavor de clase bajo este estatuto...”. Aseveró luego que la ley no distingue entre personas de orientación heterosexual u homosexual, más de lo que lo hace entre personas que ya están casadas o no cuentan con la edad necesaria.

Rechazó vigorosamente el intento de vincular la D.O.M.A. con la discriminación racial. Para ello expresó que en “*Loving*” la Corte federal no cambió el concepto básico de matrimonio como unión legal entre un hombre y una mujer, sino que simplemente sostuvo que la raza del varón o la mujer que desean casarse, no debe considerarse para la expedición de la licencia respectiva (tampoco lo hizo la sentencia de “*Perez v. Sharp*” 32 Cal.2d 711, 198 P.2d 17 [1948]). Anotó que una cuidadosa revisión del contexto histórico de “*Loving*” despeja el asunto, en el sentido de que las leyes contrarias a la mezcla de las razas blanca y

## “R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

negra, violan el derecho de unirse de varón y mujer, introduciendo el estatus racial como cualificación. “Tales leyes contradicen el hecho de que un hombre y una mujer de cualquier raza cuentan con el derecho natural de casarse y tener hijos. Este derecho es protegido por las Constituciones de los Estados Unidos y del Estado de Washington”.

Siguió razonando que la “...naturaleza complementaria de los sexos y la singular capacidad procreativa del hombre y la mujer como unidad reproductiva, proveen obvias y no arbitrarias bases para el reconocimiento de tal matrimonio. El carácter binario del matrimonio existe primero porque hay dos sexos. Una sociedad atenta a la particular naturaleza biológica de la relación marital y a su especial capacidad de procreación, tiene amplia justificación para salvaguardar esta institución en pos de promover la procreación y un ambiente estable para la crianza de los hijos”. Dedicó el parágrafo 185 a apuntar otros motivos por los cuales, en las modernas circunstancias, el matrimonio resulta necesario para la comunidad.

Enunció que “[e]l interés público en el impulso del matrimonio se descalzaría si su significado fuera tan maleable como para incluir cualquier relación consensual que se dijera ‘exclusiva y permanente’...”.

Afirmó que “[n]uestro sistema constitucional establece la separación de poderes. Es cosa de la legislatura sopesar la evidencia y los méritos de la ciencia social y las estadísticas, teniendo en cuenta el interés público... A los fines de la legítima revisión judicial, es suficiente notar que la legislatura celebró audiencias con testimonios suplementados por documentación, incluyendo estudios que apoyan la conclusión de que los sostenes del hogar madre-padre, son el escenario óptimo para la familia y los niños... Mas importante, es la razón de que nuestra legislatura insistió sobre evidencia contundente antes de hacer tan vasta alteración...”, prueba que no le fue presentada.

En su disidencia, el juez Fairhurst (acompañado con matices por los jueces Bridge, Owens y Chambers) opinó que la D.O.M.A. deniega injustamente un derecho fundamental, por lo que es inconstitucional; mientras que el juez Bridge entendió que ese régimen legal restringe derechos humanos básicos, que impactan en el núcleo mismo de la vida cotidiana de los ciudadanos *gays* y *lesbianas*.

**d)** En el Estado de Oregon, el Presidente de la Junta de Comisionados del Condado de Multnomah, ordenó expedir licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo, celebrándose alrededor de 3.000 enlaces, a partir del 3 de marzo de 2004. Pero el Registro del Estado se negó a formalizar los asientos pertinentes, en virtud de que el Procurador General había dictaminado que los estatutos matrimoniales de Oregon definían al matrimonio como la unión entre varón y mujer; y de que el Gobernador había dispuesto que ninguna agencia gubernamental diera efecto legal a uniones homosexuales.

La demanda por inconstitucionalidad de la legislación restrictiva (ORS cap. 106), se sustentó esencialmente en que el derecho al matrimonio es un *privilegio*, en los términos de la Constitución de Oregon y que su art. I (20) prohíbe utilizar la orientación sexual o el género para denegar dicho privilegio.

En primera instancia, el juez de la Corte de Circuito de *Multnomah County*, Frank L. Bearden, sostuvo que lo que contrariaba a la Constitución estatal (Or. Const. art. I, §20) era la imposibilidad de gozar de las prerrogativas que derivan del matrimonio, por parte de las parejas del mismo sexo. Por ende, manteniendo la institución legal limitada a la pareja heterosexual, decidió –en lo sustancial- emplazar a la Legislatura, no a sancionar el matrimonio homosexual, sino a extender los beneficios propios del estatus matrimonial a estas otras uniones.

Llegadas las actuaciones a la Suprema Corte estatal, el preopinante, Juez W. Michael Gillette, comenzó su revisión por la norma positiva que define el matrimonio (ORS 106.010), encontrando que su redacción sugiere un contrato entre varón y mujer, lo cual se reafirma si la frase es leída en el contexto de otros preceptos que emplean los vocablos “marido” y “esposa” (ORS 106.150 [1], ORS 106.010, ORS 106.041[1]). En este punto, agregó que –aunque el legislador no ha aclarado el alcance de esos términos-, la metodología interpretativa apropiada es la que otorga a las palabras el “significado pleno, natural y ordinario” (“*PGE v. Bureau of Labor and Industries*”, 317 Or 606, 611, 859 P2d 1143 [1993]). Y apuntó que -conforme al diccionario- “marido” significa “hombre casado”, y “esposa”, “mujer casada” (*Webster's Third New Int'l Dictionary*, 1104, 2614 [*unabridged ed* 2002]).

Se hizo cargo del hecho, posterior a la sentencia de primera instancia, de que en noviembre de 2004, los habitantes adoptaron la denominada *Ballot Measure 36* (2004), una iniciativa popular enmendando la Constitución del Estado (v. acápite 2.2.A), que se efectivizó el 2 de diciembre de 2004, y que provee: “[e]s la política de Oregon, y de sus subdivisiones políticas, que sólo el enlace entre un hombre y una mujer será válido y legalmente reconocido como un matrimonio.”

Concluyó, en primer lugar, que a partir de la mentada “*Measure 36*” –a la que atribuyó carácter operativo-, el matrimonio en Oregon ha quedado acotado, bajo la Constitución del Estado, a las parejas de sexo opuesto. Por otro lado, juzgó que la ley civil local, existente antes de la enmienda constitucional, también limitaba a la pareja heterosexual –y continúa haciéndolo-, el derecho a obtener licencias matrimoniales. Asimismo, tuvo a las licencias expedidas por el Condado de Multnomah como nulas *ab initio* (“*Li v. State of Oregon*”, 338 Ore. 376, 110 P.3d 91 -Or. 14/4/2005- [CC 0403-03057; CA A 124877; SC S51612]).

e) El Estado de Rhode Island, forma parte del grupo de cinco que no han prohibido expresamente el matrimonio homosexual. Sí ha promulgado legislación enunciando su política explícita en orden a prevenir la discriminación fundada en la orientación sexual. Por otro lado, ha ampliado los beneficios de la seguridad social a parejas domésticas conformadas por empleados estatales, y ha reconocido judicialmente ciertos atributos de la parentalidad.

Es posible inferir la postura de su tribunal superior, a partir del caso “*Chambers Margaret v. Ormiston Cassandra*” (FC 6-2583 y 6-340 [7/12/2007]; 935 A.2d 956 RI 2007), donde se demandó el divorcio de una pareja homosexual casada en Massachussets, planteándose una cuestión de derecho, consistente en determinar si había materia que habilitara la intervención jurisdiccional. La Suprema Corte, consideró prematuro resolver el asunto y ordenó que en primera instancia se despejasen una serie de elementos de hecho (si se expidió licencia matrimonial a favor de las partes, dónde se domiciliaban al tiempo de requerir esa licencia, por cuánto tiempo habían residido en Rhode Island, qué domicilio aportaron en el pedido de licencia, si el matrimonio fue efectivamente celebrado, si alguna de las partes dejó de habitar en el Estado después del enlace, si el domicilio y la residencia en Rhode Island llenaban los recaudos legales). Dispuso que el juez de familia determinase la existencia actual de “caso” o controversia, como asimismo, si la cláusula de plena fe y crédito de la Constitución federal y la D.O.M.A., resultaban relevantes en el caso.

Devueltas que le fueron las actuaciones, la Suprema Corte admitió liminarmente la existencia de cuestión justiciable. Seguidamente, dedujo el sentido ordinario de la ley que habilita a decretar el divorcio, a partir de la definición del vocablo “matrimonio” al tiempo de la sanción del estatuto (año 1961), acudiendo a numerosos diccionarios contemporáneos, donde se lo describe como “la condición de estar unido a una persona de sexo opuesto”. Se valió de dicha acepción común, por no resultar ambigua. Y, desde allí, encontró que la Corte de Familia carece de jurisdicción para considerar la demanda, pues la Asamblea General ha otorgado el poder para conceder divorcios, sólo con respecto a matrimonios entre personas de sexo opuesto.

Observó que, si la ley fuese ambigua, la solución no variaría, a la luz del principio *noscitur a sociis*, que aconseja atribuir a las palabras de sentido dudoso, aquél que surja por referencia a otras frases o vocablos asociados. Siguiendo esa directiva, verificó que las leyes estatales vinculadas al tema, aluden al matrimonio con ideas como “marido”, “esposa”, “parte masculina o femenina”, lo cual –dijo- refleja la asunción parlamentaria de que el estatus llamado “matrimonio” en la jurisdicción de Rhode Island, consiste en la unión entre un hombre y una mujer.

La Suprema Corte enfatizó los límites de su propia función, dentro de la estructura tripartita de gobierno, explicando que el deber de la rama judicial no es hacer política, sino establecer el designio legislativo según expresan las normas dictadas por la Asamblea General. Acotó, por fin, que su rol no es enmendar o expandir las leyes, aunque dicha Asamblea tiene siempre la libertad de hacerlo.

f) La Corte impositiva del Estado de Nueva Jersey, determinó que el matrimonio homosexual válidamente concluido en Canadá carece de vigencia en el foro local. Asimismo, el 14 de junio de 2005, la Corte de Apelaciones estableció *in re “Lewis v. Harris”* que excluir a las parejas de igual sexo del derecho a contraer matrimonio, no viola la Constitución local.

Con fecha 25 de octubre de 2006, la Suprema Corte estatal (188 N.J. 415, 908 A.2d 196 [2006]), revocó este último fallo y ordenó al legislativo proveer, en un plazo de ciento ochenta días, alguna forma de reconocimiento -no necesariamente el acceso al matrimonio-, en paridad de condiciones (v. asimismo “*Quarto v. Adams*”, 395 N.J. Super 802, 929 A.2d 1111 [N.J. Super. Ct. 2007]).

La disidencia, enfatizó que “...al excluir a las parejas de igual sexo del matrimonio civil, el Estado declara que es legítimo diferenciar entre su compromiso y el de las parejas heterosexuales. En definitiva, el mensaje es que lo que tienen aquellas parejas no es tan importante o tan significativo como un real matrimonio, que tales relaciones disminuidas no pueden llevar el nombre de matrimonio”.

A partir de allí, en diciembre de 2006 la legislatura de New Jersey sancionó la ley de unión civil, que entró en vigencia el 19 de febrero de 2007.

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

**g)** En “*Baker v. State*” (170 Vt. 194, 744 A.2d. 864, Vt. 1999 [20/12/1999]), la Suprema Corte del Estado de Vermont declaró que la *Marriage Registration Law* (18 V.S.A. Sección 5131), no vulneraba las garantías de la Constitución local al reservar la figura legal del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Identificó, en cambio, una vulneración constitucional consistente en la denegación de los beneficios del matrimonio a las parejas del mismo sexo, haciendo pie para ello en el principio de igual protección (*common benefits clause* [docket N° 98-032 - 744 A.2d 864]).

En concreto, ordenó a la Asamblea que sancionara el matrimonio homosexual o creara un estatus con beneficios equivalentes, se utilizara o no la voz “matrimonio” para definir a esa categoría de vínculo legal (744 A.2d p 886-887).

Como sabemos, la Legislatura no homologó el matrimonio homosexual sino que implementó el régimen de unión civil, convirtiéndose así en la primera en organizar un esquema de registro de ese tipo (v. Vt. Stat. Ann. tit. 15, ch. 23 [H. Hill 847]), sin que se hayamos detectado impugnaciones significativas a dicho estatuto.

**h)** En el caso “*Baehr v. Lewin*” (o “*Baehr v. Miike*” -la demanda se dirigió contra el titular del Departamento de Salud-; N° 15689 [5/5/1993]), en fallo dividido, la Corte Suprema hawaiana, apuntó que el derecho fundamental al matrimonio, actualmente está reservado a la pareja de sexos opuestos.

Volvió al precedente “*Griswold v. Connecticut*”, en el que la Corte federal habría reconocido por primera vez el derecho fundamental denominado *privacy* (381 U. S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2° 510; año 1965); ocasión en la que estableció que, al determinar cuáles son los derechos fundamentales, los jueces no deben atender a nociones personales, sino a las tradiciones y a la conciencia colectiva del pueblo, observando si un principio está tan arraigado que merezca ingresar a ese catálogo.

A la luz de esa doctrina, estimó que el derecho a contraer nupcias con una persona del mismo sexo no está incardinado tan hondamente en el pueblo hawaiano, que su restricción vaya a alterar los principios de libertad y justicia; ni está implícito en el concepto de libertad ordenadora. Por ende, concluyó que los actores carecen de un derecho fundamental de naturaleza constitucional o de un derecho civil a casarse, en la forma en que lo pretenden.

Sin embargo, entendió que dichas parejas son libres de reclamar en base a la cláusula de igual protección y, si lo hicieren con éxito, el Estado no podrá negarles en el futuro, las licencias que requieren. En esa línea, acordó con los peticionarios que el no acceso al matrimonio los priva de una serie de derechos y beneficios derivados de ese estatus. El poder de regular el matrimonio, dijo, es una soberana función reservada exclusivamente a cada Estado, pero esta potestad está sujeta a limitaciones constitucionales, de modo que no puede restringir el acceso a aquel derecho, salvo motivos inaplazables. Desde ese ángulo, teniendo en vista el texto de la Constitución local (Sección 5ª, art. 1), que prohíbe la discriminación en razón del sexo, y por estimar que se está ante una “categoría sospechosa”, el tribunal dejó sin efecto el decisorio de primera instancia que había desestimado la demanda, e intimó al gobierno a probar la existencia de un interés público relevante que justifique la distinción, así como que la ley está diseñada ajustadamente para evitar innecesarios recortes a los derechos constitucionales. Aclaró, sin embargo, que era prematuro decir si, en la emergencia, se daba un supuesto de discriminación inconstitucional.

Por su lado, el juez James S. Burns consideró que el caso involucraba un genuino problema de hechos materiales y que la sentencia debía revocarse, aunque por haber resuelto sobre presupuestos fácticos inadecuados. Razonó que la garantía de igualdad de la Constitución hawaiana excluye la discriminación por motivos sexuales, abarcando a todos los aspectos de la sexualidad marcados por la biología, y que esa es la noción distintiva entre lo individuos nacidos hombre o mujer. De ello dedujo que la voz “sexo” incluye las diferencias entre varón y mujer, y se preguntó si existen otras facetas sexuales que representen hechos biológicos, reflexionando acerca de que el origen (natural o cultural) de la homosexualidad, es uno de los temas más álgidos. En ese marco, juzgó que si la homosexualidad fuera un hecho biológico, entonces el término “sexo” empleado por la Constitución, también incluiría a las distintas orientaciones sexuales; de manera que hay en ello una cuestión de hecho conducente, que debe ser determinada antes de contestar al problema de fondo.

Finalmente, el juez Walter M. Heen, entendió que no existe derecho fundamental o civil a las nupcias homosexuales y que la ley impugnada no incurre en discriminación inconstitucional. Coincidió con la jurisprudencia sentada en otros Estados, según la cual los peticionarios no están impedidos de acceder al matrimonio en razón de su sexo, sino por la consistencia misma de ese instituto, que sólo admite a personas de sexos opuestos. La ley –afirmó– trata a todos los hombres y mujeres de igual modo, siendo que las preferencias sexuales o estilo de vida resultan irrelevantes. Añadió que en la doctrina de la Corte federal, el

sexo acarrea una clasificación sospechosa, pero la orientación sexual no; y que ningún derecho o beneficio le es otorgado o negado a las personas de un sexo, que no lo sean respecto del otro sexo.

Enunció los presupuestos de la llamada “clase sospechosa”, con cita de la jurisprudencia de la Suprema Corte federal (“*San Antonio Independent School District v. Rodríguez*” 411 U.S. 1, 28, 93 S.Ct. 1278, 1294, 36 L.Ed.2d. 16, 40; 411 U.S. 959, 93 S.Ct. 1919, 36 L.Ed.2d. 418 [1973]). Desechó la concurrencia en el caso de esos requisitos, por lo que, ante la ausencia de cuestionamiento a nivel de la razonabilidad de la ley, ésta resulta ser nada más que el ejercicio constitucional de la autoridad legislativa. La mayoría, reprochó, elimina la necesidad de que el actor pruebe la existencia de un propósito discriminatorio (“*Washington v. Davis*” 426, U. S. 229, 240, 96 S.Ct. 2040, 2048, 48 L.Ed. 2d. 597, 607-608 [año 1976]); siendo que la regla general es que toda norma se presume constitucional, y pesa sobre el impugnante la carga de desvirtuar esa presunción.

Recordó la enseñanza del tribunal en el sentido de que la garantía de igualdad no impone que la ley se aplique con universalidad a todas las personas, porque el Estado no puede funcionar sin clasificar a sus ciudadanos según variados propósitos y sin diferenciar a unos de otros. Lo que no puede el legislador, puntualizó, es ejercitar esa potestad arbitrariamente: la ley debe guardar una razonable relación con el objeto perseguido. Afirmó que la calificación legal cuestionada está claramente formulada para afianzar el propósito de promover y proteger la propagación de la raza humana, a través de matrimonios heterosexuales, al tiempo que guarda una razonable conexión con esa finalidad, no encontrando en ello inconstitucionalidad alguna.

Anotó que el problema de la equiparación es propio de la legislatura, en cuyas manos está expresar la voluntad de la población y decidir si corresponde efectuar una extensión de beneficios, que podría conferirse sin desmenbrar la esencia del matrimonio legal. La Corte, remató, no debe fabricar un derecho civil sin soporte en ningún precedente, y cuyas consecuencias dejarán sin efecto una antigua y constante política pública, afectando otras áreas de interés público y aparejando graves repercusiones generales.

Devuelta la causa al Distrito y cumplido el emplazamiento de la Corte, el juez Chang (Primer Circuito), entendió que el interés público prevalente no había sido acreditado. Agregó que, aunque ese requerimiento se hubiese satisfecho, no se probó que la cláusula §572-1 estuviese formulada evitando innecesarios recortes de derechos constitucionales (1996). No obstante, el recurso ante la Suprema Corte fue declarado inoficioso en 1999 y la decisión revocada, en virtud de la enmienda constitucional de 1998, que reza: “La Legislatura tendrá el poder de reservar el matrimonio a las parejas de sexo opuesto”.

En sintonía con la nueva habilitación constitucional, ese cuerpo prohibió las nupcias entre personas de igual sexo, reforma que tuvo lugar con apoyo de la mayoría de los electores.

Previamente (julio de 1997), se había sancionado un régimen de *reciprocal benefits*, sin que hayan tenido éxito los intentos de reemplazar ese esquema por el de unión civil. Desde entonces, se han manejado una serie de proyectos, sin plasmarse la respectiva ley (v.gr. Haw. H.R. 908, 24th Cong., Año 2007; Haw. S. 1062, 24th Cong. Año 2007 {Haw. Rev. Stat. §572C-2. - §572C-4[3] - §572C-4[1] - §572C-4[2]} - §572C-5[a]); *Act 383; Bill 444*).

i) El Código Matrimonial de Alaska fue sancionado en 1963, conteniendo una especificación de género (AS 25.05.011), que fue eliminada posteriormente (1974-75), aunque conservando los términos “marido y mujer” en sus artículos AS 25.05.041 (b) y 25.05.051 (v. opinión consultiva del Procurador General del Estado a la Casa de Representantes de fecha 31/3/1995).

Al tiempo de pronunciarse el juez Michalski (SJ), *in re “Brause Jay and Gene Dugan v. Bureau of Vital Statistics, Alaska Department of Health & Social Services, and the Alaska Court System”* (P.2d, 1998, WL 88743, Alaska Super. [27/2/1998] N° 3AN-95-6562 CI), regía ya una última versión legislativa, que dispone: “El matrimonio es un contrato civil celebrado por un hombre y una mujer que requiere para ambos una licencia y una solemnidad” (AS. 25.05.011 [a]). Y sigue diciendo: “(a) El matrimonio celebrado por personas del mismo sexo, tanto bajo el *common law* como bajo un estatuto, que sea reconocido por otro estado o extraña jurisdicción es inválido en este estado, y los derechos contractuales otorgados en virtud del matrimonio, incluso su disolución, no tienen vigor en este estado. (b) La relación homosexual no será reconocida por el estado como acreedora de los beneficios del matrimonio (AS 25.05.013)”.

A su vez, la Constitución proveía en su Sección 1: “Derechos inherentes. Esta constitución consagra los principios de que todas las personas tienen un natural derecho a la vida, a la libertad, a perseguir la felicidad, y al disfrute del producido de su propia industria; que todas las personas son iguales y titulares de igualdad de derechos, oportunidades, y protección bajo la ley; y que todas las personas tienen obligaciones correlativas con el pueblo y con el Estado”. Y, en su Sección 3 (art. 1): “Derechos civiles. Ninguna persona



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

será privada del goce de ningún derecho civil o político por causa de su raza, color, credo, sexo o nacionalidad”.

Al interpretar esa normativa, el juez entendió que la restricción impuesta a la pareja homosexual es susceptible de afectar las garantías constitucionales *right of privacy* e *equal protection*.

Respecto de la primera, asumió que el derecho a elegir libremente al compañero de vida, es –claramente- la clase de decisión que nuestra cultura, a diferencia de otras, entroniza como de importancia personal. De ello infirió que, si bien es evidente que el matrimonio homosexual no está aceptado o enraizado en las tradiciones ni en la conciencia colectiva, el punto relevante no pasa por allí, sino por la opción de seleccionar a la pareja como acto individual, íntimo, análogo a la preferencia por una particular apariencia personal (en este punto refirió a “*Brees v. Smith*”, donde la Corte declaró que la proscripción del uso de cabello largo impuesta en una escuela secundaria, resultaba violatoria del *right of privacy* [501, p.2D 159 – Alaska 1972]).

Con relación a la segunda, recordó –por un lado- que el derecho al matrimonio está reconocido, sin disputa, como esencial. Invocó el precedente “*Zablocki*” y dedujo que –si la determinación de casarse y criar a los hijos en una estructura familiar tradicional, está amparada constitucionalmente como derecho fundamental-, la resolución de hacerlo en un esquema no tradicional, también debería recibir esa protección. Lo primordial, dijo, es la decisión en sí misma, más allá de que ella resulte o no en una opción tradicional. Por otra parte, estimó que se está ante una clasificación basada en el sexo, explicando que si dos personas (varón y mujer) desean contraer matrimonio con la misma mujer –reuniendo ambas las condiciones legales-, sólo el género impedirá casarse a la diada femenina.

En conclusión, el magistrado declaró que la norma restrictiva debe someterse a un severo escrutinio y, por tanto, ordenó a las partes implementar las audiencias necesarias, para determinar si el Estado demostraba la existencia de un interés público apremiante, como sostén de la proscripción impugnada.

Inmediatamente, se produjo la reforma de la norma constitucional (3/1/1999), que ahora contempla taxativamente las nupcias heterosexuales. A partir de la enmienda sancionada, su artículo 25 dice: “Para ser válido o reconocido en este Estado, un matrimonio debe existir sólo entre hombre y mujer”. En concordancia con ello, los jueces de la Corte Superior y de la Suprema Corte declararon abstracto el planteo de inconstitucionalidad que retomaron los peticionarios *in re “Brause v.State, Dep.. of Health & Social Services”* (21 P. 3d 357, 17/4/2001; N° S-9476).

Posteriormente, *in re “ACLU (American Civil Liberties Union of Alaska) c/State of Alaska and municipality of Anchorage”* (122 P.3d.781 [2005]), el máximo tribunal local encontró que la definición del matrimonio como heterosexual no impide a las parejas homosexuales atacar las políticas gubernamentales discriminatorias (en este caso, la negativa absoluta de beneficios a las parejas homosexuales de empleados públicos; la cual –dijo- no tiene correlato con un legítimo interés gubernamental).

j) En California -como puntualiza la Corte de Apelaciones en la sentencia que reseñará seguidamente-, el Código de Familia de 1977, introduce especificaciones respecto del género (*Stats. 1977, ch. 339, § 1, p. 1295*). A partir de allí, se establece expresamente que el matrimonio es una relación personal que proviene de un contrato civil entre un hombre y una mujer (sección 300). Esta alusión explícita, vuelve a aparecer en las secciones 301 y 302, donde se prescribe que el hombre y la mujer solteros, de 18 o más años de edad, son capaces para prestar el consentimiento nupcial.

Las versiones previas, carecían de este ingrediente, y sólo hablaban de “una relación personal originada en un contrato civil para el cual resulta necesario el consentimiento de las partes capaces de celebrar dicho contrato” (Código Civil originario, § 4100, agregado por *Stats. 1969, ch. 1608, § 8, p. 3314* [derogado por *Stats. 1992, ch. 162, § 10, p. 474*, trasladando la previsión, sin cambios sustanciales, al Código de Familia § 300]; en el mismo sentido, Código Civil del año 1872 [§ 55]).

Fue en 1977, cuando la Asociación *County Clerks of California* promovió la *Assembly Bill* N° 607, que perseguía incorporar al texto la referencia “entre un hombre y una mujer”, tal como luce hoy día.

Aunque con anterioridad, los Secretarios de Condado habían interpretado uniformemente que la ley sólo permitía el matrimonio a las parejas de sexo opuesto, denegando las licencias a las de igual sexo (*Legis. Counsel, Rep. on Assem. Bill N° 607 [1977-1978 Reg. Sess. p. 1]*), para evitar cualquier ambigüedad y con el explícito propósito de excluir a las personas del mismo sexo del estatus legal del matrimonio, se llevó a cabo la enmienda (*Sen. Republican Caucus, analysis of Assem. Bill N°. 607 [1977-1978 Reg. Sess] p. 1; Sen. Com. on Judiciary, Analysis of Assem. Bill N° 607 [1977-1978 Reg. Sess], 23/5/1977 p.*

1; [v. *Lockyer, supra*, 33 Cal.4th at p. 1076, fn. 11: "... el objetivo legal de prohibir el matrimonio del mismo sexo deviene claramente de la historia legislativa"]).

En 1992, el Código Civil (sección 4100), fue transformado sin cambios en este ítem, como Código de Familia (Stats. 1992, ch. 162, § 10, p. 474).

Un segundo estatuto limitando el matrimonio, se dio a partir de la iniciativa popular del año 2000 conocida como *Proposition 22*, que incorporó al Código de Familia la sección 308.5, que reza: "Sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California".

En ese marco normativo, el 10 de febrero de 2004, el alcalde de San Francisco, Gavin Newsom, impartió directivas a la Secretaria del Condado, para proveer licencias matrimoniales con abstracción del género u orientación sexual. En su nota, el funcionario indicaba su creencia de que la previsión de igual protección contenida en el artículo I, sección 7 (a) de la Constitución de California, impide rehusar licencias matrimoniales a gays y lesbianas, sin incurrir en discriminación. Dos días después, comenzaron a celebrarse los enlaces civiles.

Por su lado, denegada la medida cautelar requerida ante el tribunal de primera instancia por el Procurador General del Estado, Bill Lockyer, "... en su carácter de principal oficial de la ley y en base a su deber constitucional de velar para que las leyes del Estado sean uniforme y adecuadamente cumplidas (*Cal. Const., art. V, § 13*)", éste inició acciones solicitando principalmente que la Corte estatal se avocara a considerar la ilegitimidad de las nupcias contraídas en San Francisco, compeliere a los demandados a ejercer sus deberes ministeriales en los términos de la ley californiana; y, en su caso, los emplazara preventivamente a abstenerse de expedir licencias hasta tanto se definieran los procesos antes referidos (autos "*Bill Lockyer, Attorney General of the State of California v. City and County of San Francisco, Gavin Newsom, in his official capacity as Mayor of the City and County of San Francisco; Mabel S. Teng, in her official capacity as Assessor-Recorder of the City and County of San Francisco; and Nancy Alfaro, in her official capacity as the San Francisco County Clerk*").

En su presentación, la Fiscalía adujo que en ese original proceso se presenta un asunto legal de la mayor importancia para el Estado de California, reclamando la inmediata intervención de la Corte para mantener la vigencia de la ley y la estabilidad del sistema de gobierno. El tema, dijo, es si la ciudad y el condado de San Francisco pueden desconocer las leyes del Estado de California con las cuales no concuerdan, y alentar unilateralmente otras, basados simplemente en la creencia, sin ninguna determinación judicial de contralor, de que dichas leyes son inconstitucionales. Sostuvo la inconsistencia de tal proceder con los preceptos del sistema, construído sobre el respeto por la ley, cuya modificación se da a través de la legislatura o por el voto del pueblo.

El 11 de marzo de 2004, se expidió la orden de informar al tribunal y suspender la actuación *in re Thomasson y Proposition 22*, sin perjuicio de la acción de fondo en la que se impugnaba la constitucionalidad de los estatutos californianos relativos al matrimonio (*Lockyer, supra*, 33 Cal.4th at pp. 1073-1074).

El 12 de agosto de 2004, la Suprema Corte local falló en el caso *Lockyer*, en el sentido de que los funcionarios de San Francisco excedieron sus facultades al expedir licencias matrimoniales a parejas homosexuales, debiendo cumplirse la ley mientras no se encontrara judicialmente determinada su inconstitucionalidad (33 Cal.4th p. 1069, 1120). La mayoría de la Corte también concluyó que aproximadamente 4.000 matrimonios celebrados en San Francisco eran nulos y sin efectos legales (*id.* p. 1069, 1071, 1114.). Aclaró, sin embargo, que lo decidido no juzgaba sobre la regularidad de la limitación legal (*id.* p 1069; *id.* p 1125 [*conc. opn.* Moreno, J.]; *id.* p. 1132-1133 [*conc. y dis. opn.* Kennard, J.]). En votos separados, los jueces Kennard y Werdegar estimaron que la validez de los matrimonios ya celebrados debería prolongarse hasta tanto se resolviera la cuestión de constitucionalidad (33 Cal.4th p 1131-1133 [*conc. y dis. opn.* Kennard, J.]; *id.* p 1133-1136 [*conc. y dis. opn.* Werdegar, J.]).

Hago aquí un paréntesis para señalar que de este precedente se sirvieron los jueces del Estado de Nueva York. En efecto, con la carátula "*Matter of Robert Hebel v. Jason West*" (index N° 04-0642, e index N° 04-1915), se abrieron dos procesos ante la Corte del Condado de Ulster. Uno, contra el alcalde de la Villa de New Paltz, quien había celebrado matrimonios homosexuales sin las pertinentes licencias, por entender que la cualificación heterosexual es inconstitucional. El juez Michael Kavanagh JSC dispuso el cese de dicha conducta (7/6/2004), mas otros funcionarios continuaron con la línea del alcalde, lo cual dio origen a una segunda demanda, donde se requirió la nulidad de las nupcias así celebradas y una prohibición que abarcara a la totalidad de los oficiales de la localidad. Esta última acción también prosperó, aunque parcialmente, puesto que la nulidad no se había sustanciado con las parejas eventualmente afectadas (30/11/2004). En segunda instancia, la División Apelaciones de la Suprema Corte (3° Departamento Judicial),

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

con voto del juez Lahtinen, confirmó la medida, sin entrar a considerar el ajuste constitucional de la *Domestic Relations Law*, que juzgó un asunto ajeno. En cambio, aceptó la legitimación de los actores en orden al gran interés público del conflicto, pues los oficiales estarían modificando a su arbitrio una ley sin la debida intervención legislativa, y hurtando las potestades judiciales en el control de constitucionalidad (27/10/2005, reg. 97432/97433; v. asimismo 4 Misc. 3d 605, 780 NYS 2d. 723 NY Just. Cit [2004]).

Volviendo al caso californiano, cabe aclarar que el asunto de fondo se ventiló en seis causas acumuladas (conocidas como “*Marriage cases*” *Coordinated Proceedings, Special Title [Rule 1550(c)]*, No. 4365, 2005 WL 5833129 [Cal. Super. Ct., Mar. 14, 2005]); declarándose en primera instancia, la inconstitucionalidad del régimen (*Superior Court, tentative decision, proceeding n° 4365; 14/3/2005; “Woo/Martin v. State of California”, “City and County of San Francisco v. State of California”, “Clinton v. State of California”, “Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco”, “Randy Thomasson v. Gavin Newsom” y “Robin Tyler v. County of Los Angeles”; también identificadas como “City and County of San Francisco v. State of California” A110449 [“S.F. City & County Super”, Ct. No. CGC-04-429539]; “Tyler v. State of California” A110450 [L.A. County Super. Ct. No. BS-088506]; “Woo v. Lockyer” A110451 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-504038]; “Clinton v. State of California” A110463 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-429548]; “Proposition 22 Legal Defense and Education Fund v. City and County of San Francisco” A110651 [S.F. City & County Super. Ct. No. CPF- 04-503943]; “Campaign for California Families v. Newsom” A110652 [S.F. City & County Super. Ct. No. CGC-04-428794]).*

Como fundamento de su sentencia, el juez Kramer manifestó que -aunque es inexorable que las categorías legales, propias del ejercicio del poder de policía estatal, entrañen ventajas para unos y desventajas para otros-, dichas distinciones deben congeniar con el principio de igual protección ante la ley.

Consideró que el hecho histórico, cultural o tradicional, no es motivo suficiente como para justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo respecto de la calidad de esposos. Agregó que la mera extensión de los beneficios del matrimonio (vigente en California desde el 1°/I/2005, merced a la llamada *Domestic Partner Act [Family Code, § 297.5, subdivision “a”]*) no es un remedio adecuado, y lleva a concluir que, en realidad, el Estado carece de un interés legítimo para vedar el acceso a ese estatus legal. Trajo a colación el concepto de “separados pero iguales” empleado por la Corte federal *in re “Brown v. Board of Education of Topeka”* (1952; 347 US 483, 494); y restó virtualidad a los antecedentes legislativos, entre ellos, a la Proposición 22. Adicionalmente, desestimó el argumento relativo al criterio jurisprudencial sentado en torno a que la procreación fuera, para California, una finalidad del matrimonio.

Estimó que el Código de Familia crea una clasificación basada en el género (igual género contra género opuesto), que -por ser “sospechosa”- debe evaluarse en base al *test* de escrutinio estricto. Dicha clasificación afectaría, asimismo, un derecho humano fundamental, cual es la facultad de casarse con quien se elija. Afirmó que ese derecho, reconocido en los Estados Unidos por la Suprema Corte y por las cortes locales, no puede restringirse sino por razones legítimas, como sería la prohibición del incesto, que se basa en un objetivo social de importancia y no discrimina en función de categorías arbitrarias.

Sostuvo que, aun cuando alentar la procreación pudiera verse como un fin obligado y racional, el Estado debería demostrar que la diferenciación legal es necesaria en orden a la consecución de ese fin. En ese sentido -además de aclarar que las parejas del mismo sexo pueden tener hijos, por varias vías-, entendió que la ley es abiertamente arbitraria, por la disparidad de tratamiento respecto de las parejas de sexo opuesto, las que pueden acceder al matrimonio aunque no sean fértiles o no busquen concebir hijos.

A su tiempo, la Corte de Apelación -Primer Distrito, Tercera División- (A110449, A110450, A110451, A110463, A110651, A110652; JCCP No. 4365), en un extenso fallo dictado por mayoría el 10 de mayo de 2006 (juez preopinante P. J. Mc Guinness), prologó su decisión haciendo referencia a la significación del pronunciamiento, que comporta -dijo- aventurarse en lo que definió como la tormenta de un feroz debate nacional.

Resolvió, en definitiva, que ningún derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra reconocido; que la ley impugnada no incurre en discriminación de género ni infringe otros derechos constitucionales; y que es legítimo el interés público en sostener la voluntad de los ciudadanos en pos del concepto de matrimonio admitido de consuno a través del tiempo. Sin perjuicio -agregará luego- de que pueda tenerse al matrimonio como una institución en evolución, su naturaleza históricamente verificada debe informar la consideración del caso legal (parág. 16). Simplemente, resumió, el hecho es que (a diferencia del connubio interracial, que -aunque prohibido- no era visto como una entidad ajena), el matrimonio de dos personas del mismo sexo, nunca ha existido; sin que pueda decirse, sólo a partir de la consagración que hizo la Corte de Massachusetts poco tiempo antes, que esa figura está tan profundamente arraigada en la conciencia nacional, como para tenerla por acreedora de la tutela constitucional.

Aseveró que "... California no ha privado a los ciudadanos *gay* y lesbianas de un derecho del que previamente hubiesen disfrutado; las parejas del mismo sexo nunca antes han tenido el derecho de contraer matrimonio civil. También está fuera de disputa que en nuestra sociedad históricamente la idea de matrimonio apuntó a la unión de un hombre y una mujer. Estos hechos no significan que la naturaleza del matrimonio no pueda cambiar, o no deba cambiar, pero ellos limitan nuestra habilitación como corte para efectuar ese cambio. Los apelantes están pidiendo a esta corte que reconozca un nuevo derecho. Las Cortes, simplemente, no tienen autoridad para crear nuevos derechos, especialmente cuando hacerlo implica cambiar la definición de tan fundamental institución como es el matrimonio. '*El rol de la jurisdicción no es reescribir la legislación para satisfacer su sentir –por sobre el del Poder Legislativo- de equilibrio y orden'...*". "Los jueces [proclamó] no son 'caballeros errantes vagando a su voluntad en procura de su propio ideal de belleza y bondad' ... ("*People v. Carter*", año 1997, 58 Cal. App. 4th 128, 134.) En otras palabras, los jueces no son libres de reescribir las leyes para que digan lo que a ellos les gustaría, o lo que ellos creen que es una mejor política social".

"...El papel de la Corte no es definir la política social, es sólo decidir asuntos legales en base a los precedentes y a los antecedentes de la apelación. Los seis casos que tenemos ante nosotros, en definitiva, derivan en la cuestión de quién define el matrimonio en nuestra sociedad democrática. Nosotros creemos que ese poder descansa en el pueblo y en sus representantes electos, y que los tribunales no deben apropiarse para sí del poder de cambiar la definición de tan básica institución social... Nosotros concluimos que la tradicional definición californiana de matrimonio no priva a los individuos de un derecho fundamental legalmente establecido ni discrimina contra una clase 'sospechosa', y por ende, analizamos el estatuto matrimonial para determinar si el requisito atinente a la diferencia sexual guarda correlato racional con un legítimo interés del gobierno. Acordando a la Legislatura la extrema deferencia que aquella pauta interpretativa requiere, concluimos que los estatutos matrimoniales son constitucionales...". Podrá llegar el tiempo, dijo, "...en que California elija expandir la definición de matrimonio para abarcar uniones de igual sexo. Ese cambio debe venir –sin embargo- de un proceso democrático, no por mandato judicial...".

El 15 de mayo de 2008, la Suprema Corte de California –en fallo dividido-, se pronunció *in re "Marriage Cases"*, dejando sin efecto la sentencia de su inferior. En síntesis, declaró: a) que las cláusulas *privacy* y *due process* de la Constitución estatal, garantizan el derecho civil básico del matrimonio a todos los individuos y parejas, con independencia de su orientación sexual; b) que -a los fines de determinar el estándar de revisión aplicable, para el análisis de la garantía de igualdad de la Constitución local-, la discriminación basada en la orientación sexual, no está alcanzada por la prohibición constitucional contra la discriminación en razón del sexo; c) que, sin embargo, la orientación sexual representa una clasificación sospechosa en orden a esa última garantía, con lo cual, la ley que distingue en virtud de la orientación sexual, está sujeta a un escrutinio estricto; d) que ese trato diferencial tropieza contra el interés privado fundamental de las parejas homosexuales en gozar de una relación familiar oficial, con igual respeto y dignidad; e) que las previsiones del Código de Familia limitativas de la designación matrimonial, no son necesarias para satisfacer un apremiante interés público, por lo que violan la cláusula de protección igualitaria, debiendo eliminarse del estatuto por resultar inconstitucionales.

Para así concluir, el tribunal reflexionó sobre el derecho en pugna, como una prerrogativa fundamental incorporada a la Constitución californiana, cuyo contenido ha evolucionado a través de las décadas. Volvió sobre el precedente de esa Corte, "*Pérez v. Sharp*", haciendo notar que el examen debe focalizarse en "la naturaleza y sustancia del interés"; y reiterando la idea de que el matrimonio implica "...el derecho de un individuo a establecer una familia legalmente reconocida, con la persona de su elección, y es, por ello, de esencial importancia tanto para la sociedad como para el individuo...".

Remarcó la vertiente personal, apuntando que el *ius connubii* es un derecho básico, constitucionalmente protegido, que corresponde a la autonomía de todos los hombres y mujeres libres.

Se hizo cargo de que en California, el matrimonio siempre ha estado anudado a la unión intersexual, pero repuso que esa tradición no comporta *per se* suficiente justificación para perpetuar, sin mayor análisis, la restricción de un derecho amparado constitucionalmente.

Señaló que el Estado puede transformar su propia apreciación y comprensión de la homosexualidad, aceptando ahora que esos individuos son plenamente capaces de entrar en la clase de compromiso amoroso y duradero que sirve como pilar de una familia. Rechazó los argumentos en torno a que el derecho a casarse está necesariamente conectado a la posibilidad de procrear, explicando que los hombres y mujeres que desean criar hijos con su ser amado, pero están físicamente impedidos de concebir un niño con esa persona, nunca serían excluidos de su derecho al matrimonio.

Juzgó que el interés estatal no satisface el *test* estricto de constitucionalidad, desde que no está claro que la medida impugnada sea necesaria para proteger los derechos de aquella gente que sí puede

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

casarse, de modo que al extender el concepto, no se privará a ninguna pareja heterosexual de concebir hijos o de cualquiera de los derechos y beneficios derivados del estatus matrimonial.

En septiembre de 2005 -pocos meses después de haber sido rechazado por cuatro votos-, el Congreso aprobó el proyecto de eliminación del referente sexual (AB 849; 41 votos contra 35). Sin embargo, fue vetado por el gobernador en vista, principalmente, de que el legislador no podía acometer dicha reforma sin verificar la opinión de los electores (*Governor's veto message to Assem. on Assem. Bill N° 849* [29/9/ 2005], *Recess J. N° 4* [2005-206 Reg. Sess.] pp. 3737-3738; como antecedentes pueden leerse “*Knight v. Superior Court*” [2005] 128 *Cal.App.4th* 14, 18; “*Ballot Pamp., Primary Elec.*”, 7/3/2000, en torno a la Prop. 22, p. 52.; “*Proposition 103 Enforcement Project v. Quackenbush*” [1998] 64 *Cal.App.4th* 1473, 1483-1484, 1487).

El pasado 4 de noviembre de 2008, un nuevo *referendum* ha confirmado la tendencia restrictiva de su homólogo del año 2000, resultado al que se sumaron –según recordamos más arriba-, los Estados de Arizona y Florida.

k) Como se vio en el acápite 2.2.A, Connecticut fue uno de los cuarenta y cinco Estados de la Unión que realizaron modificaciones estatutarias tendientes a mantener el componente heterosexual del matrimonio (*Connecticut General Statutes Ann.* §45a-727a).

Paralelamente, se adoptó allí el sistema de unión civil. Al hacerlo, se explicitó la política pública en el sentido de que la ley de derechos *gay* no debía tomarse “(1) para entender que el estado de Connecticut cohonestamente la homosexualidad o la bisexualidad o cualquier otro estilo de vida similar, (2) para autorizar la promoción de la homosexualidad o bisexualidad en las instituciones educativas o requerir su enseñanza como un aceptable estilo de vida, (3) para autorizar o permitir en la administración el uso de cuotas numéricas, u otro tipo de programas de acción positiva, con respecto a la homosexualidad o bisexualidad ..., (4) para autorizar el reconocimiento del derecho al matrimonio entre dos personas del mismo sexo, o (5) para establecer la orientación sexual como una específica clasificación cultural en la sociedad”.

El Procurador General de ese Estado, en la opinión legal emitida el 20 de septiembre de 2005, manifestó que la Asamblea General de Connecticut ha determinado específicamente que los matrimonios homosexuales son contrarios a la ley doméstica; con lo cual, los que se hubiesen llevado a cabo en Massachussets o en cualquier otro Estado, violan la política pública expresamente enunciada y no es preciso su reconocimiento en los términos de la cláusula federal de plena fe y crédito, sin perjuicio de que esas parejas se avengan a ingresar en la unión civil prevista por el régimen local. Estimó claro que Connecticut no admite aquella clase de matrimonio, porque la ley explícitamente lo define como “la unión de un hombre y una mujer” (P.A. 05-10, § 14). Transcribió lo expresado por el representante Lawlor al introducir el proyecto ante la legislatura:- “Esta ley tiene en mira y específicamente... reconoce la actual política pública de que el matrimonio tiene lugar entre un hombre y una mujer. Y si alguien quisiere en el futuro, algún miembro de la Suprema Corte o algún otro tribunal, saber qué piensa esta legislatura al sancionar la unión civil, estarán errados en concluir que fue nuestra intención, de algún modo, acceder a que las parejas del mismo sexo puedan casarse. Esa no es la intención de esta ley. Y yo espero que eso quede suficientemente claro” (48 Conn. H. R. Proc., pt. 7, 2005 Sess. 1875-1876; 13/4/2005; conf. asimismo intervención del Representante O’Neill [en las notas 45, 47, 48 y 50 del primer voto de “*Kerrigan*” puede verse algo sobre los discursos de los legisladores]).

En “*Rosengarten v. Downes*” (71 Conn. App. 372, 802 A.2d 170; Conn. App. Ct. 2002 [Conn. 2002]), la Corte Superior del Distrito de Stamford/Norwalk había decidido que no estaba revestida de plena jurisdicción para disolver una unión civil integrada en Vermont, al no tratarse de un asunto de relaciones familiares, por lo que desestimó *in limine* la demanda (4/3/02). La Corte de Apelaciones coincidió con ese temperamento (30/7/02) y la Suprema Corte local rechazó *sua sponte* el recurso interpuesto (31/12/02).

Poco tiempo ha, el máximo tribunal estatal se ha pronunciado expresamente en el caso de ocho parejas homosexuales “*Kerrigan Elizabeth v. Connecticut St. Of or Commissioner of Public Health*” (CV-04-4001813-S; SC 17716 [28/10/2008]). Tanto lo dividido del fallo como las nutridas citas jurisprudenciales que contiene, vuelven a hacer patente la disparidad de puntos de vista, no sólo sobre el fondo del asunto, sino también respecto de la metodología aplicable en la tarea hermenéutica (v. esp. puntos II a IV y notas 63 y 65 del voto en mayoría-), sobre la orientación sexual como categoría no incluida en la Constitución, sobre el peso de la evolución social en la lectura de las normas constitucionales, y sobre la incumbencia misma de la judicatura frente al legislativo.

El juez de primera instancia de *New Haven* había desestimado la demanda, haciendo pie

sustancialmente en que no existe agravio constitucional, dada la equiparación que comporta el mecanismo de la unión civil (*General Statutes* § 46b-38nn).

La Corte revocó ese fallo, por mayoría de cuatro votos contra tres. El juez Palmer (con el que concurrieron los jueces Norcott, Katz y Harper), admitió la cuestión constitucional en tanto el legislador ha separado a este grupo para ubicarlo dentro de un régimen especial, incidiendo en uno de los derechos esenciales de la persona, cual es el de contraer matrimonio. Adhirió a la idea de que la terminología no es inocua, y de que -a través del distingo legal- se ha relegado a un conjunto de individuos a un nivel inferior, negándoles el acceso a una designación histórica de gran significación cultural, y privando a la relación familiar oficial de las parejas del mismo sexo de la dignidad que se atribuye a las otras. Estimó por ello que la norma no puede eludir la revisión constitucional, bajo la doctrina conocida como “separados pero iguales”. Encontró que las condiciones de las parejas hétero y homosexuales tienen suficiente similitud como para investigar si las diferencias justifican el trato desigual; y -a la luz de la multitud de características en común que en su criterio están presentes-, concluyó que las condiciones de ambas son análogas.

La política gubernamental, dijo, “...que es inaudita frente a las variadas medidas antidiscriminatorias que se promulgaron, representa una desaprobación -con patrocinio estatal- de las relaciones homosexuales y, consecuentemente, sirve para socavar la legitimidad de esas relaciones, para perpetuar sentimientos de inferioridad personal e inadecuación entre las personas gay, y para disminuir el efecto de las leyes antidiscriminación. Ciertamente, la intencionada descripción de la homosexualidad como un ‘estilo de vida’ no asimilado por el Estado, estigmatiza a las personas gay e iguala su identidad con una conducta que es desfavorecida por el estado”.

Con cita de “*Hernandez v. Robles*” (7 N.Y.3d 394 y 395 [disidencia de Kaye, C. J.]); “*Goodridge v. Dept. of Public Health*” (440 Mass. 348 [voto concurrente de Greaney, J.]), “*Marriage Cases*” (49 Cal. Rptr. 3d 75), “*Bowers v. Hardwick*” (478 U.S. 210 [disidencia de Blackmun, J.]), “*Metropolitan Life Ins. Co. v. Ward*” (470 U.S. 869, 882 n.10, 105 S. Ct. 1676, 84 L. Ed. 2d 751 [1985]); “*Romer v. Evans*” (517 U.S.633), “*Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc*” ( 473 U.S. 447), “*Lawrence v. Texas*” (539 U.S. 577), y “*Palmore v. Sidot*” (466 U.S. 429, 433, 104 S), desestimó las motivaciones históricas o morales como sustento de un interés público valedero.

A partir de la premisa de que los estatutos creados *ad hoc* no satisfacen un trato igualitario, y de la historia de discriminación perniciosa enfrentada por gays y lesbianas, determinó que la segregación comporta un daño palpable. Concluyó que el esquema legal discrimina a las personas homosexuales en razón de su orientación sexual; y que el Estado no dio razones suficientes que justifiquen su exclusión de la institución matrimonial, por lo que dicha previsión es deficiente bajo un nivel intermedio de escrutinio constitucional.

Parfraseando a la Corte federal, los jueces apuntaron que “...’al estar comprometidos en la interpretación de nuestra constitución estatal más allá de su tiempo, debemos considerar las cambiantes necesidades y expectativas de los ciudadanos de nuestro estado’... Esta admonición se aplica a la garantía de igualdad consagrada en nuestra constitución no menos que a cualquier otra previsión constitucional. Si bien el derecho a casarse no está enumerado en nuestra constitución, hace mucho que viene considerándose un derecho civil básico... *Loving v. Virginia*, supra, 388 U.S. 12 ([el m]atrimonio es uno de los derechos civiles básicos del hombre ...); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541, 62 S. Ct. 1110, 86 L. Ed. 1655 [1942])... Aunque tradicionalmente hemos considerado ese derecho limitado a la unión entre un hombre y una mujer... [y] esa fue una vez la visión prevalente, nuestra comprensión convencional del matrimonio debe ceder a una apreciación más contemporánea de los derechos acreedores de protección constitucional...”.

I) En el conocido caso “*Goodridge*”, del 18 de noviembre de 2003 (“*Hillary Goodridge & others [FN1] v. Department of Public Health & another [FN 2]*”; SJC-08860 –*Cite as* 798 N.E.2d 941 [Mass. 2003] 440 Mass. 309), el máximo tribunal del Estado de Massachussets –otra vez, en fallo dividido-, revocó la sentencia del Juez Thomas E. Connolly (Corte Superior Departamental del Condado de Suffolk), e hizo lugar a la demanda instaurada por varias parejas del mismo sexo, a quienes se había negado la expedición de sendas licencias matrimoniales. En primera instancia, el juez Connolly había declarado que la Carta estatal no garantiza el derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo; y que la prohibición impugnada propende razonablemente a concretar el legítimo interés de la Legislatura, en salvaguardar del propósito primario del matrimonio, que es la procreación. Por ende, la ley puede razonablemente limitar el matrimonio a las parejas de sexos opuestos, por ser genéricamente capaces de procrear.

Llegado el expediente a la Corte, la juez Marshall prologó su voto como preopinante, valorando al matrimonio como institución social vital. “La cuestión ante nosotros [expuso] es si, en consistencia con la Constitución de Massachussets, el *Commonwealth* puede denegar la protección,

## “R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

beneficios y obligaciones conferidas por el matrimonio civil a dos individuos del mismo sexo que desean casarse”.

Al responder negativamente, como lo hizo, tuvo en cuenta que “[la] Constitución del Estado afirma la dignidad y la igualdad de todos los individuos. Prohíbe la creación de ciudadanos de segunda clase. Para llegar a nuestra conclusión hemos prestado suma atención a los argumentos presentados por el *Commonwealth*, pero éste ha fallado en identificar alguna razón constitucionalmente adecuada para [la exclusión]...”.

Hizo alusión a las convicciones religiosas, morales y éticas de unos y otros, pero entendió que ellas no contestan a la cuestión legal y, con cita de “*Lawrence v. Texas*” anunció que “[n]uestra obligación es definir la libertad de todos, no hacer valer nuestro propio código moral”.

Reconoció que la interpretación legal derivada del *common law* y admitida unánimemente desde antiguo, ubica al connubio como la unión legal de un hombre y una mujer. Pero la historia, arguyó, no puede ni debe clausurar la cuestión constitucional.

A los fines de ese análisis, adujo que el matrimonio civil disfruta de un estatus dual –en algún sentido, paradójico- toda vez que confiere beneficios con correlativas obligaciones, y conlleva un multifacético interés personal de importancia primordial. El derecho al matrimonio, dijo, “... es diferente de los derechos considerados ‘fundamentales’ a los efectos de las cláusulas *equal protection* y *due process*, porque el estado puede, en teoría, abolir todo el matrimonio civil...”. Admitió, asimismo, que esta institución está sujeta al poder de policía y que la potestad regulatoria del *Commonwealth* en este campo es amplia, como lo es su discrecionalidad para adjudicar beneficios públicos.

Rescató, no obstante, los aspectos personales del matrimonio, que hacen que “... la decisión de si y con quién casarse, esté entre los más trascendentes actos de autodefinición de la vida...”. En ese orden, insistió luego con que esa determinación, junto con las que hacen a “... cómo expresar la intimidad sexual, si y cómo establecer una familia, se cuentan entre las más básicas de todas las libertades individuales y derechos al debido proceso asegurados por la Constitución...”.

Prosiguió exponiendo que, al ser el matrimonio “... central para las vidas de los individuos y el bienestar de la comunidad, asiduamente las leyes protegen el derecho de los individuos a casarse contra la incursión gubernamental indebida; las leyes no deben interferir directa y sustancialmente con este derecho”. Y apreció que “[e]l derecho a casarse, o a elegir casarse, es el núcleo de la privacidad y autonomía personales, que reside en el individuo antes que en la pareja...”.

Ponderó que la Constitución local protege celosamente los asuntos de libertad personal contra la intromisión estatal. Ella resguarda, señaló, tanto la “libertad contra” la injustificada intrusión estatal en las esferas tuteladas de la vida, como la “libertad para” participar en los beneficios creados por el estado para el bien común.

Declaró que resulta central para la libertad personal, garantizada constitucionalmente, la seguridad de que las leyes serán aplicadas igualitariamente a las personas en situaciones similares. En ese sentido, indicó que se “... requiere -como mínimo- que el ejercicio de la autoridad regulatoria no sea arbitraria o caprichosa; sólo otorga poder para sancionar aquellas órdenes, leyes, estatutos, y ordenanzas edificantes y razonables, que no sean repugnantes o contrarias a la Constitución...”.

“... Bajo ambas garantías (igualdad y libertad), la autoridad regulatoria debe, al menos, servir a un propósito legítimo, de un modo razonable; el estatuto debe guardar una relación razonable con una finalidad legislativa permisible...”.

Del *test* en orden a la igualdad, postuló que es necesario que un legislador imparcial pueda creer lógicamente que la clasificación contenida en la ley, sirve a un legítimo propósito público, que ha de resultar más trascendente que el daño causado a los miembros de la clase en desventaja.

Siguiendo con el análisis de racionalidad, entendió que el interés estatal en proveer una estructura favorable para la procreación aparece como inadecuado, desde que –entre otras cosas-, las parejas heterosexuales no son requeridas acerca de su habilidad o intención en ese sentido, ni se condicionan las nupcias a la aptitud generativa, ni se permite el divorcio por infertilidad. El elemento *sine qua non* del matrimonio –aseveró-, pasa por el exclusivo y permanente compromiso de los cónyuges entre sí y no por la existencia de hijos; ni el bienestar de éstos, depende del estatus matrimonial o de la orientación sexual de sus padres.

Descartó también que se haya probado un interés en preservar recursos públicos escasos, pues no se demostró que —en esa área— las parejas homosexuales obedezcan a diferentes patrones; ni son requisitos para contraer matrimonio la recepción de beneficios financieros públicos o privados, o la dependencia económica mutua.

Advirtió que su decisión marca un cambio significativo en la definición del matrimonio (pues lo concibió como la voluntaria unión de dos personas como esposos, con exclusión de cualquier otra), pero aseguró que dicho cambio no ha de ser un disturbio para el valor fundamental de esa institución en la sociedad norteamericana.

Posteriormente, frente a la opinión consultiva promovida por la Legislatura, respecto del proyecto prohibiendo el matrimonio homosexual e implementando la unión civil con iguales derechos y responsabilidades legales, la Corte respondió que no es posible sostener racionalmente la segregación de las uniones del mismo sexo de las de sexo opuesto para animar o preservar el objetivo gubernamental de alentar las relaciones estables entre adultos para el bien del individuo y de la comunidad, especialmente de sus niños (*Opinions of the Justices to the Senate*, 440 Mass. 1201, 802 N.E.2d 565 [Mass. Febrero de 2004]). Acatando esa indicación, en mayo de 2004 el Estado de Massachusetts comenzó a expedir licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo.

Finalmente, promovida la enmienda tendiente a que la Constitución local consagrara que “el *Commonwealth* y sus subdivisiones políticas definirán el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer”, ese máximo tribunal consideró que la propuesta del Procurador General era formalmente procedente, sin que la decisión jurisdiccional recaída en “*Goodridge*” comportara un valladar en ese sentido (“*Schulman Johanna v. Attorney General*” [SJC 09684; 4/5/06-10/7/06]). Con fecha 14 de junio de 2007, la Legislatura rechazó la petición de enmienda (vinculados a dicha iniciativa, v. asimismo casos “*Doyle v. Galvin*” y “*VoteonMarriage.org, et al. v. Di Masi, et al.*”).

### **3º) América Latina:**

**3.1.- Bolivia:** El Título V de la Constitución política de 1967 (Régimen Familiar), estatuye “Art. 193. Familia. El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado. Art. 194. Igualdad y matrimonio de hecho. El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas. Art. 195. ... Art. 196. Divorcio. En los casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Las convenciones que celebraren o las proposiciones que hicieren los padres pueden aceptarse por la autoridad judicial siempre que consulten dicho interés. Art. 197. Relaciones familiares. La autoridad del padre y de la madre, así como la tutela, se establecen en interés de los hijos, de los menores y de los inhabilitados, en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad. La adopción y las instituciones afines a ella se organizarán igualmente en beneficio de los menores. Un código especial regulará las relaciones familiares”.

A su turno, el Código de Familia (Ley N° 996/1988), adhiere claramente a la concepción heterosexual del matrimonio del que predica que “persigue la perpetuación de la especie y es base de la familia y ésta de la sociedad y el Estado”. Fulmina con la nulidad a los matrimonios que no han sido celebrados por el oficial público y a aquéllos en que resulte no haber diferencia de sexo entre los contrayentes (v. esp. arts. 55, 68 –incs. 3º y 4º y Anexo inc. 3º- y 78).

**3.2.- Brasil:** La Constitución de 1988 (Título VIII, Capítulo VII [De la familia, del niño, del adolescente y del anciano]), ubica a la familia en correspondencia con el vínculo intersexual: “Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. 1º) El matrimonio es civil y su celebración es gratuita. 2º)... 3º) A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. 4º)... 5º) Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal serán ejercidos con igualdad por el hombre y por la mujer...”.

Por su lado, el Código Civil designa expresamente al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer (arts. 1514 y 1535 de la Ley N° 10.406/2002). Con las leyes 8971/94 y 9278/96, se otorga efectos a la unión concubinaria, que es concebida como la convivencia duradera, pública y continua de un hombre y una mujer, establecida con el objetivo de constituir una familia (art. 1 ley 9278). Al igual que el matrimonio, este régimen impuso como exigencia la dualidad de sexos.



Desde el año 2001, en distintas localidades de ese país, se han venido dictando normas que hacen extensivos ciertos derechos, por ejemplo, para los empleados estatales convivientes con personas del mismo sexo (v. gr.: Pernambuco –Recife-, Río de Janeiro, Pelotas -Río Grande do Sul- y San Pablo). Mas tarde (año 2004), con la ley de Río Grande do Sul, comenzó a funcionar el sistema de parejas registradas en varios distritos; pero el proyecto de ley federal de *partenariato* presentado en 1995, no se ha votado.

En cuanto a la jurisprudencia, en un principio se ha denegado a este tipo de relaciones cualquier efecto vinculado al estado de familia, a punto tal que en estos asuntos sólo aisladamente comenzó a atribuirse la competencia a los tribunales especializados en la materia, a partir de las decisiones de jueces del distrito de Río Grande do Sul (AI 599.0750496).

No tenemos noticias de que el Tribunal Federal Supremo se haya pronunciado en este punto constitucional. Por su lado, el Supremo Tribunal de Justicia, ha intervenido en casos vinculados a las consecuencias de la llamada “relación homoafectiva” en el campo de la división patrimonial y de la seguridad social. Respecto del primer tema, el criterio que trasciende reiteradamente de sus sentencias es que “...la unión entre personas del mismo sexo configura una sociedad de hecho, cuya partición de bienes exige la prueba del esfuerzo común en la adquisición del patrimonio” (REsp. 648763/RS – 2004/0042337-7 del 7/12/2006) porque “... resultan inaplicables a la referida relación los efectos jurídicos, principalmente los patrimoniales, con contornos tales como los trazados en el art. 1° de la Ley N° 9278/96” (REsp. 773136/RJ – 2005/0131665-6 del 10/10/2006). En esa misma dirección, ha resuelto que “[l]a primera condición que se impone a la existencia de una unión estable es la dualidad de sexos. La unión entre homosexuales jurídicamente no existe ni para el casamiento, ni para la unión estable...” (REsp. 5025995/RN – 2002/0174503-5 del 26/4/2005).

Últimamente, frente al rechazo *in limine* de la acción que tendía al reconocimiento de una unión de hecho, el tribunal ha dispuesto –en un extenso fallo dividido- que debía dictarse sentencia de mérito en la causa, desde que -si bien la unión estable está prevista legalmente para los parejas de sexo opuesto-, la de las personas del mismo sexo no está prohibida, por lo que los magistrados no pueden negarse a juzgar sus consecuencias jurídicas sobre la base del vacío legal (REsp. 820475/RJ – 2006/0034525-4 del 2/9/2008).

**3.3.- Colombia:** La Constitución Política de 1991, proclama que “[l]a familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (art. 42). La ley 54/1990, también concibe a las uniones de hecho como las formadas “...entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho (art. 1°).

En 2007, se aprobó una iniciativa a nivel parlamentario regulando ciertos aspectos patrimoniales de la unión homosexual (v.gr.: derechos sucesorios).

En cuanto a la jurisprudencia, la unión homosexual ha merecido varias decisiones por parte de los más altos tribunales de la rama judicial colombiana (v.gr. Consejo de Estado [Sala Contencioso Administrativa], n° de radicación 2472, del 19/7/2000; Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Civil], n° de radicación 12; Corte Constitucional, sentencia 098/1996; íd. C-481/1998; C-814/2001; SU-623/2001; T-499/2003).

En la precitada sentencia C-098 de 1996, la Corte Suprema había estimado –en orden a las uniones maritales de hecho-, que el tratamiento distinto a las parejas conformadas por un hombre y una mujer y a las uniones homosexuales, no era inconstitucional en razón de las diferencias entre una y otra. Al propio tiempo, entendió que correspondía al legislador adoptar las medidas necesarias para superar la discriminación que la ausencia de protección patrimonial podría implicar para las parejas homosexuales. Y, en la sentencia SU-623 de 2001, expresó que “... a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.”

Posteriormente, retomando la consideración del tema, ahora con específica referencia al régimen patrimonial de compañeros permanentes (sentencia C-075/07 del 7 de febrero de 2007 [expediente D-6362]), la Sala Plena de la Corte Constitucional, por mayoría, matizó la perspectiva jurídica.

Allí manifestó que la jurisprudencia constitucional colombiana “...en esta materia se ha

desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente...”.

Perfiló el contexto social y jurídico que –en su parecer- permitía detectar un avance en el proceso de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo (entre ellos, la integración del bloque constitucional con los pactos internacionales sobre derechos humanos), y estimó que “...no obstante que en razón de las diferencias que puedan predicarse, no resulta imperativo que el mismo régimen se aplique a ambos tipos de pareja, la ausencia de regulación sí puede considerarse como una imperfección -susceptible de censura constitucional- de un régimen legal que al disponer sobre los efectos patrimoniales de la vida en pareja decide hacerlo exclusivamente en relación con las parejas heterosexuales y omite hacerlo con otro tipo de pareja que tiene presencia en la realidad social y cuya conformación goza de amparo constitucional, a la luz de las normas superiores que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual...”.

“... En la Sentencia C-507 de 2004 la Corte puso de presente que los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos” y que la “... cuestión de determinar el tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido. Por eso, al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales...” .

“...En la situación que ahora es objeto de consideración por la Corte se tiene que la ley, al regular la denominada “unión marital de hecho”, establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas...”.

Concluyó que el régimen patrimonial impugnado “...en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado...”.

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla, adhirieron a la postura mayoritaria en el entendimiento de que ella no modifica la jurisprudencia de esa Corte, en cuanto a que -conforme al art. 42 de la Constitución, y con fundamento en el estudio de los antecedentes históricos que llevaron a la adopción de dicha norma superior-, la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual.

En cambio, el juez Jaime Araujo Rentarías, en su voto disidente, estimó necesario realizar una audiencia de debate público dentro del proceso. Asimismo, tuvo por erróneo que la equiparación se reduzca a los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho -con la consiguiente reducción de la expresión “efectos civiles” contenida en la Ley 54 de 1990-, por entender que la discriminación a las parejas no heterosexuales constituye una violación del principio de la dignidad humana, y -por ende- del derecho a la igualdad y a la libertad. Defendió la tesis del reconocimiento pleno y total de derechos, entendiendo que el legislador no tiene libertad en la configuración de regímenes diversificados.

Por último, el ministro Jaime Córdoba Triviño, precisó que la Corte ha dado un paso más en la dirección marcada por decisiones anteriores y en virtud de las cuales se ha resaltado que el régimen constitucional colombiano proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual. Por otro lado -atento a que se ha señalado que corresponde al legislador adoptar medidas de protección diversas y graduales, y que si eventualmente entrañan una diversidad de trato, ellas deben obedecer a un principio de

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

razón suficiente-, también aclaró que el pronunciamiento no avala ni censura, desde la óptica constitucional, esas futuras previsiones del legislador, cuyo examen deberá hacerse en su oportunidad.

Según el resumen que hizo la propia Corte, el Procurador General había opinado que “... al tenor del artículo 13 de la Constitución Política, y con observancia de los tratados y pronunciamientos jurisprudenciales de carácter internacional, es posible concluir que están proscritas todas aquellas conductas que resulten discriminatorias con motivo de la orientación sexual de las personas. Sin embargo, después de una exposición sobre el fundamento de la dignidad humana y sobre la necesidad de que se garantice la libre elección de las opciones vitales, entre las cuales se cuenta la de la alternativa sexual, que forma parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, concluye que, en el caso objeto de estudio, no se encuentra que las normas acusadas desconozcan los derechos de dignidad humana y de libre asociación, ni tampoco que se vea afectado el mínimo vital de las parejas homosexuales, toda vez que, si bien la Ley 54 de 1990 tiene aplicación restrictiva respecto las personas heterosexuales, esta circunstancia responde a la finalidad que la misma buscaba: La protección de la familia natural que compone el núcleo fundamental de la sociedad...”.

“... la Corte Constitucional ha protegido la autodeterminación sexual para que cada individuo pueda elegir las inclinaciones que desee y así se desarrolle libremente como persona, pero “(...) no por ello el legislador está obligado a efectuar una misma regulación para supuestos de hecho diferentes, como son los de la pareja homosexual y la pareja heterosexual” ... Es decir que, en la medida en que la relación heterosexual goza de características diferenciadas, entre ellas la conformación de familia, se presenta como un fenómeno distinto de la unión homosexual, que debe tener un tratamiento propio, especial y diferenciado, sin que por ello se transgreda el ordenamiento constitucional...”.

“... los impactos negativos que han sufrido las parejas homosexuales no son producto del contenido del articulado acusado, sino de la falta de una regulación específica respecto a la libre opción sexual y las relaciones entre personas del mismo sexo...”.

“...De esta manera, concluye el señor Procurador, que si bien cabría hacer un exhorto al Congreso de la República para que expidiera una ley que eliminara las injusticias y discriminaciones existentes en relación con los derechos reconocidos constitucionalmente a las personas y parejas homosexuales, como quiera que en la fecha cursa en el Congreso un proyecto de ley referente a la protección social de las parejas del mismo sexo, lo que corresponde es *“... solicitar a la Corte Constitucional que: mientras se dicten las leyes que remedien las discriminaciones a que se encuentran sometidas las personas y parejas homosexuales, y con el fin de garantizar y restaurar los derechos constitucionales que les han sido conculcados, se declare la exequibilidad de los artículos 1° y 2° literal a) de la Ley 54 de 1990, modificado por la Ley 979 de 2005, acusadas, pero bajo la condición que no podrán aplicarse como referentes para limitar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución a las personas homosexuales y a las parejas del mismo sexo ...”*.

En el mismo sentido del precedente antes comentado, han ido los fallos C-811/2007 (exped. D-6749), del 3 de octubre de 2007; y C-336/2008 (exped. D-6947), del 16 de abril de 2008, en materia de cobertura de seguridad social (salud y pensión, respectivamente).

**3.4.- Costa Rica:** El Título V de la Constitución de 1949 (Derechos y Garantías Sociales [Capítulo Único]), dispone: “*Artículo 51.-* La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido. *Artículo 52.-* El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. *Artículo 53.-* Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él...”.

La ley prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 14, inc. 6°, del Código de Familia) e, incluso, contempla su celebración como delito (art. 176 del Código Penal); preceptos éstos cuya constitucionalidad fue objeto de revisión por parte de la respectiva Sala de su máximo tribunal (resolución N° 2006007262, del 23 de mayo de 2006).

En esa oportunidad, la Corte costarricense opinó que las parejas heterosexuales y homosexuales no implican realidades homogéneas; como así que la ley tuvo el fin legítimo de proteger el tipo de matrimonio adoptado por el constituyente originario. Desechó la concurrencia de discriminación, y tuvo a la distinción legal como objetiva y razonable. Examinó la Constitución y los pactos de derechos humanos, llegando a la conclusión de que, en todos ellos, la institución está reservada al matrimonio heterosexual monogámico, modelo al que obedecen los desarrollos en toda la normativa de las relaciones familiares. Estimó también que esa forma no coarta la libertad individual, puesto que no se afecta a la convivencia homosexual en la esfera privada. Encontró que el derecho fundamental a casarse, reconocido como tal en los

pactos internacionales, fue concebido únicamente para la relación intrínseca entre hombre y mujer, por lo que la interdicción cuestionada no violenta dicha garantía. Advirtió, en fin, que la tarea de establecer un sistema especial para este tipo de parejas -para las cuales rechazó la aplicación del marco jurídico que el constituyente derivado destinó a las parejas heterosexuales-, corresponde al legislador.

**3.5.- Cuba:** En su capítulo IV, la Constitución cubana (t.o.1992), con el epígrafe "Familia" dice: "art. 35.- El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones".

"art. 36.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que este resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos. La ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan".

A su vez, el Código de Familia de 1975 estructura al matrimonio como "...la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común" (art. 2), encontrándose "autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad..." (art. 3).

En 2007 se gestó un proyecto promoviendo la legalización de las uniones homosexuales.

**3.6.- Chile:** La ley de matrimonio civil promulgada en el año 2004 mantiene como presupuesto constitutivo la diferencia de sexos, tal como lo hacía la definición del art. 102 del Código Civil ("el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen...con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente" [v. arts. 18 y 80]).

En lo que hace a la jurisprudencia, varios años ha, la Corte de ese país consideró al matrimonio homosexual, como "...contrario al orden público, vulneratorio de la esencia de la institución y factor desquiciante en la constitución de la familia, dentro de la concepción judeocristiana que inspira nuestra legislación en la materia" (sentencia del 12/12/1992, Fallo n° 490).

Durante el año 2007, se presentó en la Cámara de Diputados un proyecto para sustituir el citado artículo 102, redefiniendo el concepto de matrimonio. El punto 3 de la nota de elevación ("Ideas Matrices"), dice: "El objeto del presente proyecto de ley consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos rasgos o características del precepto vigente. En efecto, la idea matriz es eliminar, por una parte, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y por otra, la finalidad de procreación del matrimonio. A lo anteriormente expuesto, debe agregarse que el actual concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de una cantidad importante de habitantes de nuestra República, quienes pretenden celebrar el matrimonio pero con personas del mismo sexo. A su vez, estimamos oportuno excluir la procreación como uno de los objetivos del matrimonio, por cuanto, en la actualidad un porcentaje importantes de los matrimonios, especialmente los más jóvenes, no celebran el matrimonio con el objeto de procrear, sino solamente de vivir en pareja y contraer las obligaciones y ejercer los derechos que provienen de la celebración del matrimonio". En ese orden, el proyecto consta de un único artículo que reza: "Modifíquese el artículo 102 del Código Civil en el siguiente sentido: a) suprimase la expresión *un hombre y una mujer* por *dos personas*. b) elimínese la frase *de procrear*" (N° Boletín: 5780-18; Título: Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio; Fecha de Ingreso: Jueves 20 de Marzo, 2008; Iniciativa: Moción; Tipo de proyecto: Proyecto de ley; Cámara de origen: C. Diputados; Urgencia actual: Sin urgencia; Etapa: Primer trámite constitucional; Subetapa: Primer informe de Comisión de Familia).

**3.7.- México:** La Constitución Política establece que "...el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos" (art. 4°). La organización de lo relativo al estado civil, se defiende a la ley (art. 130 *in fine*).

Los Códigos civiles consultados, han atenuado en varios aspectos su impronta originaria, pero mantienen la estructura heterosexual para este consorcio humano. Así, el art. 146 del Código del Distrito Federal (t.o. año 2000), lo define como "...la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada". El Código del Estado de Morelos, acentúa esos rasgos al aludir a "...la unión voluntaria de un hombre y una mujer sancionada por el Estado, para perpetuar la especie y

“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta”.

Crecen, en cambio, las regulaciones *ad hoc*, como la sancionada por la Ciudad de México (Ley de Sociedades de Convivencia -año 2006-), o el Pacto Civil de Solidaridad de Coahuila (año 2007).

**3.8.- El Salvador:** La Constitución salvadoreña del año 2000, dispone que “[l]a ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos... Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer” (art. 33).

Más recientemente (año 2006), se celebró un Acuerdo Constitucional en orden a la reforma del art. 32 de dicha Constitución, en los siguientes términos: “Se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado... El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Serán hábiles para contraer matrimonio entre ellos, únicamente, un hombre y una mujer así nacidos, es decir, que tengan la calidad de tales naturalmente, y que cumplan con las demás condiciones que establezca la ley. El Salvador no reconocerá los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países...”.

**3.9.- Honduras:** La Constitución Política del año 2005, estatuye que tanto el matrimonio como las uniones de hecho, sólo pueden celebrarse y darse entre personas de ambos sexos. Por esta vía, las uniones homosexuales en dicho país no podrán acceder al estatus matrimonial, ni a mecanismos similares, aunque medien intervenciones de “cambio de sexo” o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de legislaciones extranjeras. Transcribo el texto que nos interesa: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente, a contraer matrimonio entre sí, así como la igualdad jurídica de los cónyuges. Sólo es válido el matrimonio civil celebrado ante funcionario competente y con las condiciones requeridas por la ley. Se reconoce la unión de hecho entre las personas igualmente capaces para contraer matrimonio. La ley señalará las condiciones para que surta efecto el matrimonio. Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras” (art. 112).

**3.10.- Paraguay:** Su Constitución de 1992 contempla una unión integrada sólo por varón y mujer, y enfatiza su calidad de componente fundamental de la formación de la familia, como sigue: “Artículo 49. De la protección a la familia. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes. Artículo 50. Del derecho a constituir familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones. Artículo 51. Del matrimonio y de los efectos de las uniones de hecho. La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges. Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley. Artículo 52. De la unión en matrimonio. La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”.

La impronta del Código Civil, ha seguido igualmente el criterio heterosexual (conf. art. 140 inc. g); v. asimismo arts. 4 y 83 ref. 25/6/92, Ley 1183/85).

**3.11.- Perú:** La Constitución Política de 1993, determina que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley (art. 4°). Dice también que “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (art. 5°).

Por su lado, el art. 234 del Código Civil (1984), reza: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

En el caso José Antonio Álvarez Rojas (exp. N.º 2868-2004-AA/TC), con fecha 24/11/2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ordenó la reincorporación de un efectivo policial que había sido

separado del cuerpo en base a dos motivos: uno, la celebración de su enlace sin contar con autorización previa; otro, la falta cometida en razón de que su pareja era una persona que había pasado por una cirugía genital y modificado su nombre de masculino a femenino.

Al solo efecto de evaluar la adecuación constitucional de la norma que impone la autorización policial previa a la celebración de nupcias por parte de los miembros del organismo, es que el Tribunal se ocupó del *ius connubii*, expresando que en el sistema peruano no existe un derecho al matrimonio, sino un instituto jurídico (matrimonio) constitucionalmente garantizado. Declaró que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, está comprendido en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución, que garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desenvolvimiento de la personalidad. “Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”. No abordó, sin embargo, el tópico del género en la institución matrimonial, pues la solución en este aspecto, pasó por un aspecto fáctico (el desconocimiento del recurrente -sancionado en este punto por ofensa al decoro-, de la condición sexual de su pareja).

**3.12.- Uruguay:** El sistema jurídico de este país sólo reconoce la unión concubitaria homosexual (ley 18.246, del 27/12/2007), a la que aborda como “...la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimientes...”. A dicha situación se le atribuyen unos efectos parcialmente cercanos a los que generan las nupcias.

**3.13.- Venezuela:** El artículo 77 de la Constitución de 1999, reserva el matrimonio para la pareja heterosexual, como fruto de un acuerdo deliberado de los congresales, quienes establecieron: “Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.

A raíz de la solicitud de interpretación formulada por la Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela (N° 190 [exp. 03-2630]), el 28 de febrero de 2008, la Sala Constitucional de su Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que desde la reforma constitucional de 1999, la orientación sexual ha quedado comprendida entre los factores de eventual discriminación, cuando tal condición implique colocar a la persona en un plano de desigualdad respecto de aquellos aspectos en los que, por su condición de ser humano, es igual frente al resto de los individuos de la colectividad (así, en su calidad de trabajador, de ciudadano, y, en general, respecto del ejercicio de sus derechos individuales -civiles, políticos, sociales, culturales, educativos y económicos-). Al propio tiempo, declaró que dicho artículo 77 -al otorgar una protección reforzada a favor de determinada categoría de uniones- no es arbitrario, pues la mejora que concede distingue una situación jurídica frente a otras que no son iguales, lo cual no comporta una prohibición, desconocimiento o condena de otras formas de uniones entre personas –de distinto o igual sexo- cuya regulación corresponde al legislador.

Explicaron allí los jueces que “... el derecho a la igualdad implica tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales, y ... esa desigualdad dependerá de determinadas circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, que el legislador o, como sucede en este caso, el Constituyente considere relevantes, y que el juez deberá respetar porque es el ámbito de opcionalidad o arbitrio del Legislador o del Constituyente, siempre que no conculque o vacíe de contenido algún derecho fundamental del individuo...”.

“...La igualdad como equiparación rechaza... la discriminación fundada en criterios de diferenciación considerados irrelevantes. El anotado rechazo se funda mayormente en criterios razonables, formados a través del tiempo y asumidos como tales por la ética pública en un momento determinado... En cambio, la igualdad como diferenciación toma en cuenta las diferencias que existen entre hechos aparentemente similares, para -en función igualadora-, dar un trato diferenciado. Aquí no se aplican criterios abstractos, como en el caso anterior, sino que se imponen criterios valorativos o de razonabilidad, con el fin de ponderar si las diferencias advertidas justifican el trato desigual...” .

“...Sin embargo, la determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares ... corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad -no de arbitrariedad-, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido...” .

“...Al juez, por otra parte, desde la premisa de que el legislador es el primer intérprete de la

Constitución –de allí que le esté vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas-, le corresponde ponderar si la definición o calificación que el legislador haga de las situaciones de hecho o las relaciones de vida que deben ser tratadas de forma igual o desigual, no vacíe de contenido el derecho fundamental que se denuncie como conculcado...y ello supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es tolerable por el ordenamiento constitucional. Luego, cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, en un caso concreto, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa...”.

Remataron su discurso destacando “... que la norma constitucional no prohíbe ni condena las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que encuentran cobertura constitucional en el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad; simplemente no les otorga protección reforzada, lo cual no constituye un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual de la persona ... Así, es pertinente poner de relieve que no niega ningún derecho a la unión de personas de igual sexo; cosa distinta es, se insiste, que no les garantice ninguna protección especial o extra que haya de vincular al legislador, como tampoco lo hace respecto de uniones de hecho entre heterosexuales que no sean equiparables al matrimonio –el cual sí se define como unión entre hombre y mujer-...” .

#### 4°) Oceanía:

##### 4.1.- Australia:

La subsección 5(1) de la Ley de Matrimonio, estructura a este instituto como “...la unión de un hombre y una mujer con exclusión de cualquier otro, asumida voluntariamente...”. En función de ello, las instrucciones del Procurador General de ese país al transmitir las pautas del *Australian Marriage Celebrants Program*, indican que, conforme a la ley australiana, no es posible contraer enlace entre personas del mismo sexo; como así que las uniones de ese tipo celebradas en extraña jurisdicción, no son reconocidas. Se aclara también que no es ilegal realizar una ceremonia de compromiso, mas ese acto no ha de tomarse como un matrimonio legal.

Por otro lado, puede constatarse un aumento en el nivel de reconocimiento en otros aspectos, por ejemplo, a través de la llamada *domestic relationship* (New South Wales –NSW- *Domestic Relationships Act* [1994]); de ciertos beneficios a nivel laboral (Queensland - *Industrial Relations Act* [1994]); del derecho sucesorio (territorio de la capital australiana); del derecho de daños (NSW, *Victims Compensation Act* [1996]); del derecho procesal (NSW, *Criminal Procedure Act* [1986]); o del derecho migratorio (plano en el que, desde 1995, se habilita el patrocinio de la pareja del mismo sexo a esos fines {*Migration Regulation – Commonwealth*} [1993]).

Hacia esos mismos años, comienzan a aparecer fallos referidos a las repercusiones jurídicas de la relación homosexual (v.gr.: en 1996, la Suprema Corte de Nueva Gales del Sur, admite a estas uniones con miras al derecho alimentario de los niños nacidos mediante concepción asistida [*W. v. G.*; 1996, 20 Fam. LR 49]).

En el digesto parlamentario N° 155/2003-04, preparado para el debate de la ley de emienda a la legislación matrimonial consagrando expresamente la reserva heterosexual (Bill 2004), se evalúa que los jueces oscilan entre adherirse estrictamente a la definición del *common law* (según la tradicional noción de Lord Penzance en “*Hyde v. Hyde*”) o dejarla librada a la prescripción legislativa (v. esp. p 7 y 8 y sus notas 11 a 17).

En 2006, el Parlamento australiano elaboró una ley que habilitaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero -en uso de sus facultades constitucionales-, el Gobernador General del país la vetó, arguyendo centralmente la incompatibilidad con la norma del año 2004, que reafirmó la definición de matrimonio como la unión de un varón con una mujer.

En cuanto a los *leading cases* originados por denuncias contra este país ante la ONU, véase el cuerpo principal de este dictamen, en su punto IV.

**4.2.- Nueva Zelanda:** En este país, mientras que el matrimonio se reserva a la pareja heterosexual, en el año 2003 se ha introducido la ley de unión civil, con un sistema de registro. Esta norma fue precedida por el otorgamiento de beneficios específicos a las parejas del mismo sexo (v.gr., las leyes de propiedad, violencia en el hogar, acoso, seguro de accidentes, electricidad o reestructuración de la vivienda). La Carta de Derechos neozelandesa de 1990 (BORA) y la Ley de Derechos Humanos de 1993 (enmendada en 2001), aluden -en diferentes rangos- a la discriminación en base a la orientación sexual.

En cuanto a la jurisprudencia, en “*Quilter and Ors v. Attorney General*” (Corte de

Apelaciones [1998, 200/96, 1NZLR 523]), los cinco integrantes del tribunal fueron contestes con el preopinante, juez Tipping, en que el sentido estatutario de la ley es patente y no permite interpretar que en ella pueda caber el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La mayoría (jueces Keith, Richardson y Gault), avalando el fallo de la instancia anterior, ha entendido que la denegatoria de la licencia matrimonial a parejas homosexuales no transgrede el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni el derecho a la no discriminación, en los términos de la sección 19 de la BORA.

La sentencia llamó la atención sobre la naturaleza de dicho principio, particularmente en lo referido a que no todas las distinciones son discriminatorias; y dijo que -para evitar que la igualdad devenga en un concepto vacío-, se requiere efectuar una aplicación contextual. Ubicó a la Carta de Derechos en su marco histórico e internacional, concluyendo que la intención del legislador no ha sido efectuar, por esta vía indirecta, un cambio notable en una institución -social, religiosa, pública y legalmente fundamental-, ni en el vasto panorama de consecuentes que surgen del matrimonio.

El juez Keith agregó que el caso “*Toonen*” no resulta determinante, ya que el juicio formulado en ese entonces, giró alrededor de leyes que criminalizaban la relación sexual consensuada entre adultos, situación que el Comité de Derechos Humanos tildó como una irrazonable interferencia en el *right of privacy*. Además de la jurisprudencia del Comité, analizó el plan y la redacción del PIDCP, así como los trabajos preparatorios, sin encontrar ningún aspecto que llevara a pensar que la configuración del matrimonio como heterosexual comportase una violación de ese instrumento internacional. En cuanto a la doctrina especializada, citó a Harris-Joseph: “*The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*”, U.K., *Oxford University Press*, 1995, pág. 507 (“Parece claro que quienes redactaron el texto no previeron los matrimonios homosexuales en las disposiciones del párrafo 2 del artículo 23”).

La minoría (jueces Tipping y Thomas), estimó que si el acto objetado tiene por efecto distinguir sobre una de las bases prohibidas por la Carta de Derechos, entonces, debe considerarse *prima facie* (Tipping) o abiertamente (Thomas) discriminatorio. Arguyó que el Parlamento ha encargado a los tribunales, la defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, incluido el derecho a la no discriminación. Aunque -aseveró el juez Thomas-, cualquier cambio en la ley debe dejarse al legislador, sería un serio error no proclamar una violación, si y cuando se encuentre que esa violación existe.

En el reporte anual de la Corte correspondiente al año 1997 (marzo de 1998), se resalta expresamente que las visiones divergentes en punto a la discriminación, son indicativas de la complejidad del tema que subyace en el caso (pág. 10).

Este litigio fue llevado ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que -según hemos visto en el punto IV-, mantuvo el criterio del Estado neozelandés (caso “*Joslin v New Zealand*”).

##### **5°) Africa:**

En este continente, se conoce especialmente la experiencia de Sudáfrica, donde las uniones homosexuales no sólo eran excluidas de toda forma de protección legal, sino que resultaban punibles penalmente.

En el terreno civil, el *common law* tenía al matrimonio como “...la unión de un hombre y una mujer con exclusión de otros mientras dure” (*Marriage Act* de 1961 sección 30 [1]).

Con el advenimiento de la democracia, entró en vigencia la Constitución de 1994, cuya Sección 9 (1) y (3) proclama “[t]odos son iguales ante la ley y tienen el derecho a igual protección y beneficios de la ley” y “[e]l Estado no puede discriminar a nadie injustamente, directa o indirectamente, sobre una o más bases, incluyendo raza, género, sexo, embarazo, estado marital, origen social o étnico, color, orientación sexual, discapacidad, religión, conciencia, creencias, cultura, lenguaje y nacimiento”.

Desde ese entonces, el Parlamento comenzó a elaborar normas regulando distintos efectos de la convivencia homosexual. Y, en ese contexto, con fecha 14 de diciembre de 2006, vino a consagrar la posibilidad de que el matrimonio se contraiga entre dos personas, cualquiera sea su género.

La reforma fue también el producto de una intervención jurisdiccional (CCT 60/04; “*Minister of Home Affairs v. Marié Adriana Fourie & Cecelia Johanna Bonthuys*”). En ese caso, el tribunal de primera instancia había atribuido carácter perentorio a la fórmula legal que privilegia la diferencia sexual, afirmando que -al compeler al Estado a registrar un supuesto matrimonio homosexual-, se le impone un actuar ilegítimo. Hasta allí, no se había atacado debidamente la constitucionalidad de las previsiones legales, lo cual



“R., M. de la C. c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas”

S.C. R. N° 90; L. XLIV

comportaba un obstáculo para la concesión del remedio buscado. Por todo ello, la demanda fue rechazada.

Al desestimar la intervención directa del más alto tribunal del país, además de otros puntos formales, se tuvo en mira la complejidad y relevancia de una revisión que pone en juego la conformidad constitucional del *common law* y las reglas legales que rigen al matrimonio. En ese sentido, se destacó la importancia del matrimonio en la esfera personal y familiar; y la trascendencia individual y social del diseño estatutario que lo rige. Devuelta la causa, la Suprema Corte de Apelaciones (SCA), expresó que los tribunales están obligados a interpretar la ley de acuerdo con el espíritu, significado y finalidades de la Declaración de Derechos; con lo cual, frente a cualquier deficiencia, deben darle el desarrollo apropiado, acorde a los valores de la Carta de Derechos. Entendió que, conforme a la estimativa contemporánea, y a la estructura constitucional adoptada por el pueblo –visionaria, inclusiva, garante de aceptación y justicia para todos, más allá de la diversidad-, la concepción conyugal del *common law*, discrimina injustamente a las parejas del mismo sexo. Dijo que, a través de los pasados diez años, gran parte de los sudafricanos y sus representantes han aceptado decisiones de avanzada en temas de orientación sexual y otros derechos constitucionales; con lo que puede presumirse que aceptarán también la ampliación del *common law* que la Constitución requiere en este caso. Se hizo eco de los criterios jurisprudenciales acuñados en esa década, a saber: a) que la minoría homosexual sufre el impacto severo de la discriminación, atentatorio contra su dignidad, personalidad e identidad, en muchos niveles; b) que la familia, tal como es contemplada por la Constitución, puede realizarse de diferentes modos, como así que la concepción legal de la familia y de qué constituye vida familiar, debe variar como las prácticas sociales y las tradiciones cambian; c) que las parejas homosexuales estables están legitimadas para fundar sus relaciones acorde con su orientación sexual, y dichas relaciones no podrán ser objeto de discriminación injusta; d) que los miembros de una pareja homosexual son capaces, como los esposos heterosexuales, de expresar y compartir amor en sus múltiples formas. Aún en ese marco, la mayoría sostuvo que –a pesar de que la noción de matrimonio debería interpretarse extensivamente para hacerla comprensiva de esta nueva realidad-, la respectiva ley (*Marriage Act*) no podía leerse en un sentido tal que las incluya. Por lo tanto, al no haberse impugnado la constitucionalidad de la norma, el único modo de que las partes pudiesen contraer matrimonio sería bajo los auspicios de una organización religiosa que reconociera dichos matrimonios, si la fórmula utilizada en los esponsales estuviese aprobada por el Ministerio de Asuntos Domésticos. El derecho de aquellas parejas a celebrar un matrimonio secular, tendría que aguardar a que se impugne la Ley de Matrimonio. Por su lado, la minoría postuló que la Ley de Matrimonio podía y debía ser leída de un modo que permitiese a las parejas del mismo sexo pronunciar sus votos. Sin embargo, desde esa visión, la solución adoptada debería suspenderse por dos años para habilitar la promulgación de la legislación pertinente por parte del Parlamento. En apoyo de esa suspensión, puntualizó que la *South African Law Reform Commission (SALRC - Discussion Paper 104)*, había indicado posibles respuestas legislativas a la inconstitucionalidad y, según el punto de vista de los jueces, la consagración de alguna de ellas, correspondía al Parlamento y no a la jurisdicción.

Introducida la cuestión constitucional (CCT 10/05), la Corte Suprema aceptó avocarse al conocimiento del planteo, juntamente con el relativo a los alcances de la definición legal de matrimonio.

En la sentencia, dictada el 1° de diciembre de 2005, en su voto como preopinante, el juez Sachs consideró los profundos cambios sociales operados en el país, así como su peculiaridad histórica respecto de la discriminación (v. esp. consid. 52, 57, 59, 60 y 151). Hizo mérito de lo que llamó “derecho a ser diferente”, expresando que una sociedad democrática, universalista, solidaria y con anhelo de igualdad, abraza a todos y acepta a las personas por quienes ellas son (considerando 59 a 61). Enunció que, penalizar personas por ser quienes son y lo que son, es profundamente irrespetuoso de la personalidad humana y violatorio de la igualdad.

Igualdad, dijo, significa igual interés y respeto más allá de las diferencias; lo cual no presupone la eliminación o supresión de la diferencia, pues el respeto por los derechos humanos requiere la afirmación de lo que se es, no su negación. Siguió explicando que la igualdad tampoco implica nivelar u homogeneizar el comportamiento o ensalzar una forma como suprema y otra como inferior, sino un reconocimiento y aceptación de la diferencia. “En realidad [sostuvo] ella afirma que esa diferencia no debe ser la base para la exclusión, marginación o estigma. Más aún, ella celebra la vitalidad que tal diferencia brinda a cualquier sociedad”. Y remarcó la necesidad de afirmar el verdadero carácter de la sociedad sudafricana, basada en la tolerancia y el respeto mutuo.

Aseveró que la norma aplicable, ignora la realidad de estas personas, aunque la Constitución resguarda no sólo el derecho a “dejarlas estar solas” con respecto al poder público, sino a ser reconocidas como iguales en dignidad por la ley (considerando 77).

Desechó los cuatro argumentos principales expuestos por el Estado y los *amici curiae*, en torno al fin procreativo (considerando 85 a 87), a la necesidad de respetar el contenido religioso (considerando 88 a 98), al reconocimiento del matrimonio heterosexual en el Derecho internacional (considerando 99 a 105), y al pluralismo

consagrado constitucionalmente, en la consideración de distintos tipos de configuración familiar (consid.106 a 109).

Ponderó la importancia personal, social, institucional y cultural del matrimonio (consid. 63, 64, 70); por lo que evaluó a la imposibilidad de elección como una severa *deprivación* (consid. 72). Calificó a dicha restricción, como una negación -basada en un prejuicio histórico-, del derecho a igual protección legal (consid. 75 y ss). Tuvo por discriminatoria a cualquier regulación que pueda hacerse fuera de la Ley de Matrimonio Civil, asimilándola al repudio de las uniones interraciales (consid. 80 a 84). La *Marriage Act*, sentenció, al excluir de su ámbito a las parejas del mismo sexo y negarles protección igualitaria, las sujeta a una discriminación injusta (consid. 120).

Con cita del caso "*Hoffmann v. South African Airways*" (2001 [1] SA 1 [CC]; 2000 [11] BCLR 1211 [CC]), dijo que "[e]l prejuicio nunca puede justificar la discriminación injusta. Este país acaba de emerger del prejuicio institucionalizado. Nuestros reportes legales están repletos de casos en los cuales el prejuicio fue tomado en consideración para denegar los derechos que nosotros tenemos ahora por garantizados. Nuestra democracia constitucional se ha introducido en una nueva era, ésta es una era caracterizada por el respeto a la dignidad de todos los seres humanos. En esta era, el prejuicio y el estereotipo no tienen lugar. Si verdaderamente como nación queremos alcanzar el propósito de igualdad que hemos construido en nuestra Constitución, no debemos tolerar el prejuicio, sea directa o indirectamente".

Concluyó que la definición de matrimonio del *common-law*, es inconsistente con la Constitución e inválida, en cuanto no permite a las parejas del mismo sexo disfrutar del estatus y de los beneficios -así como de tomar las responsabilidades-, tal como se le acuerda a las parejas heterosexuales. También encontró inconstitucional la ausencia en la previsión legal de la opción "cónyuge", además de "marido" y "mujer".

No obstante, advirtió la profunda trascendencia pública y privada del asunto (v. esp. consid. 138 y 147) y aludió al largo proceso de debate público llevado a cabo, que dio como resultado lo sugerido por el SALRC en torno a posibles modalidades de regulación (v. esp. consid. 125, 131, 142 y 156). Sobre esa base, teniendo en cuenta la existencia de diversas alternativas, la importancia democrática y el rol legitimante de la legislatura, dado que el matrimonio consagra un estatus personal que requiere de la mayor estabilidad, y en orden a la separación de Poderes, estimó apropiado dejar que el Parlamento escogiera entre esos posibles cursos de acción o cualquier otro que pudiese ser constitucional (v. esp. consid. 124, 125, 136, 138, 139, 147 y 155). Como corolario, suspendió la declaración invalidatoria por doce meses, para permitir al Congreso salvar el defecto.

Este, señaló, "... es un asunto que toca profundamente sensibilidades públicas y privadas... La ley no puede eliminar automáticamente por sí misma el estereotipo y el perjuicio. Con todo, ella sirve como un gran maestro, estableciendo normas públicas que vendrán a asimilarse dentro de la vida cotidiana, protegiendo a gente vulnerable de la injusta marginación y abuso. Es necesario recordar que no sólo los tribunales son responsables de reivindicar los derechos jerarquizados en la Declaración de Derechos. La legislatura está en la primera línea a ese respecto. Una de sus principales funciones es asegurar que los valores de la Constitución... penetren toda área de la ley... Al mismo tiempo, a mi modo de ver, será mejor servir aquellos reclamos de igualdad respetando la separación de poderes y dando al Parlamento una oportunidad de tratar apropiadamente el problema...".

De los restantes ocho jueces, siete adhirieron al voto del preopinante. En cambio, el juez O'Regan -aunque coincidente en lo principal con el pensamiento de su colega- tomó como un deber de la Corte asegurar un desarrollo del *common-law* ajustado a los alcances atribuidos por el tribunal a la norma constitucional, sin perjuicio de las reformas que pudiesen darse a través de la intervención legislativa. No compartió, por ende, el temperamento adoptado respecto de la suspensión del decreto invalidante, pues si bien la doctrina de la separación de poderes es relevante en el esquema constitucional, no encontró que ella pueda utilizarse para sortear la obligación del tribunal de proveer un apropiado remedio, a los litigantes que han planteado con éxito una queja constitucional.

\_\_\_\_\_ o \_\_\_\_\_