

# “UNO CON UNA” A DEBATE

## EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Juan Cianciardo<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

Señores senadores: quiero comenzar dándoles muy sinceramente las gracias por haberme permitido participar de esta discusión.

Como se ha dicho repetidamente con toda razón, estamos ante un tema difícil. Es difícil tanto por su importancia como por su complejidad. Por eso no puede llamar la atención que la discusión se torne, por momentos, apasionada, y que, como consecuencia, tengamos el interesante desafío retórico de respetarnos mutuamente al discutir.

1. El hecho de que el problema se debata aquí es un avance respecto de la situación en la que estábamos. Las diversas sentencias dictadas desde el 10 de noviembre pasado en adelante que habilitaron el matrimonio entre personas del mismo sexo sobre la base de una en mi opinión muy criticable interpretación de la Constitución padecieron de un serio déficit democrático. Estamos frente a un asunto que, al menos según algunas encuestas, divide a la sociedad en porciones muy similares. Se trata de un caso, además, que afecta a uno de los núcleos del régimen legal del matrimonio en el país. Estos asuntos corresponden típicamente al Congreso: es aquí —y no entre las cuatro paredes del despacho de un juez— donde las diversas opiniones existentes sobre el tema se encuentran representadas y pueden ser debatidas, punto de partida para dar con las razones necesarias para justificar una buena decisión.

---

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía del Derecho y Decano, Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Los epígrafes 2 a 11 de esta presentación fueron escritos en coautoría con la Prof. Dra. Pilar Zambrano (Universidad Austral-CONICET).

El jefe de gobierno de la Ciudad y algunos de los gobernadores en cuyas jurisdicciones se dieron estos casos profundizaron aun más este déficit de deliberación, porque las decisiones de no apelar las sentencias pueden hipotéticamente conducir —en caso de que no prosperen los recursos presentados por otras personas— a que lo decidido tampoco pueda ser debatido en el seno de los tribunales que tienen las más altas responsabilidades de la Ciudad, de las provincias y del país.

Por eso, en conclusión, que estemos aquí discutiendo esto es un avance evidente respecto de la situación precedente.

Dicho esto, corresponde pasar a la crítica de algunos de los aspectos del proyecto. Resalto esto último: me limitaré a señalar sólo algunas de las aristas que considero más débiles del proyecto que hoy se encuentra en estudio y que en mi opinión resultan suficientes para sustentar su rechazo. Dejaré para otros expositores el tratamiento de otros aspectos del tema. Intentaré responder, concretamente, tres preguntas: a) ¿existe un derecho constitucional a contraer matrimonio con personas del mismo sexo? Esta pregunta puede ser planteada de otro modo, parcialmente coincidente: ¿la ley de matrimonio actualmente vigente, viola la Constitución Nacional al no prever el matrimonio entre personas del mismo sexo?; b) si la respuesta a la pregunta anterior fuese negativa, ¿existen buenas razones para aprobar el proyecto de ley que hoy se debate?; c) ¿cuáles son los desafíos a los que se enfrenta el legislador contemporáneo en materia de matrimonio?

Comencemos entonces por lo primero.

## 2. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

2. El enfoque del derecho a la igualdad desde el que se suele argumentar respecto de este tema es algo simplista, y oscila entre dos extremos igualmente falsos (por parciales o unidimensionales). Son (parafraseando al Prof. Roberto Gargarella) concepciones “bobas” de la igualdad.

Por un lado, hay quienes se limitan a afirmar que la igualdad sólo exige que el legislador trate distinto lo distinto e igual lo igual. Si las cosas fuesen así, el legislador tendría vía libre para las violaciones de derechos más espantosas con el único argumento de que la violación se produce en igual grado para todos aquellos que son considerados por él iguales. Este concepto formal de la igualdad es una cáscara vacía si no se lo complementa con algún otro principio que nos permita comparar el trato debido por la ley no con el trato dado a otras personas sino con el trato que toda persona merece por el sólo hecho de ser persona.

3. Por otro lado, en el otro extremo, se sostiene que ninguna discriminación es admisible. Pero esto supone negar la posibilidad de legislar porque legislar es, de modo inevitable, distinguir o discriminar. El error de esta interpretación yace en una reducción de los sentidos posibles del concepto “igualdad”.

Cuando se dice que una ley debe respetar el principio de igualdad, se dice que debe “tratar igual a los casos iguales”. Pero lo “igual” no se predica en la misma medida del “trato debido” por la norma a los casos iguales, y de “los casos igualados” por la norma. En el caso del trato, lo igual equivale a “exacto”, “equivalente”, o mejor, “idéntico”. En cambio, la igualdad que se predica de los casos —a los que la ley debe tratar de modo idéntico— no es igualdad de identidad sino de analogía.

4. Los casos regidos por la ley no son ni pueden idénticos porque los “casos” son o bien personas singulares, o bien hechos singulares de personas singulares que la ley iguala incluyéndolos en una categoría conceptual general. Por ello, esta igualación de los casos no se justifica en virtud de una identidad previa entre los casos —que no existe—, sino en virtud de una analogía previa. Por lo mismo, lo que en verdad se predica de una ley cuando se la descalifica por su déficit de igualdad es que excluyó o incluyó demasiado en la categoría legal. En el primer supuesto, se dirá que la ley no atendió a semejanzas relevantes entre un caso o un grupo de casos y la categoría general conformada por la ley. En el segundo, que desconoció diferencias que serían, desde cierto punto de vista, más relevantes que las semejanzas.

5. Yendo a nuestro tema, si el régimen del matrimonio no significase negar a algunos lo que se confiere a otros directamente no existiría matrimonio. Siempre se discrimina o distingue. El problema no es, entonces, si el derecho a contraer matrimonio civil válido debe reconocerse a todo sujeto que lo solicite en cualquier circunstancia, sino más bien si el juicio de analogía por el cual el legislador distinguió algunas uniones entre personas de otras es un juicio justificado.

6. Llegados a este punto —y habiendo descartado las concepciones “bobas” de igualdad— se abren varios interrogantes de cuya respuesta depende en buena medida una correcta decisión del caso. Primero, ¿quién debe probar que el juicio legal de analogía implícito en la conformación de una categoría o clase legal es errado? Segundo, ¿con qué parámetro se juzga la corrección o la incorrección del juicio de analogía? Tercero, ¿qué nivel de incorrección en el juicio de analogía torna irrazonable y por tanto inconstitucional una norma?

7. La opinión según la cual competiría al representante del Estado demostrar la razonabilidad de una norma frente a una tacha de inconstitucionalidad por desigualdad es difícilmente conciliable con el principio interpretativo según el cual se presume que las normas son constitucionales o razonables. Salvo, claro está, que se asuma que toda discriminación legal es *prima facie* inconstitucional. Pero afirmar esto implicaría tornar inviable o gravemente deficiente el gobierno de la ley pues, como se señaló, legislar es en parte construir clases o

categorías, y la construcción de clases o categorías supone, por definición, discriminar o distinguir mediante un juicio de analogía.

Podría argüirse entonces que aunque el juicio de analogía que subyace a toda creación legal debe presumirse razonable, hay ciertos casos en los que debe presumirse lo contrario, y que sólo respecto de estos casos vale la inversión de la carga de la prueba. Esta propuesta más matizada parece acorde con la normativa ius-fundamental en materia de igualdad y con la práctica interpretativa de esta normativa. En efecto, cuando se reconoce el derecho a la igualdad se lo suele acompañar de una suerte de enumeración de los tipos de clasificaciones inadmisibles: “nadie podrá ser discriminado por razón de sexo, raza, religión...”.

La enumeración no es casual ni superflua. Recoge, en cambio, las “categorías sospechosas”, que no son otra cosa que las motivaciones aparentes, por infundadas o irrazonables, que en ocasiones son propuestas como justificación de la construcción de categorías legales. Desde este punto de vista, no parece errado circunscribir la inversión de la carga de la prueba a las clasificaciones legales que operan con estas categorías. Sin embargo, aun en este sentido limitado la regla parece precisar de alguna otra cualificación suplementaria para que sea compatible con la práctica constitucional vigente, puesto que la extensión de la regla a todas las normas que operan en conexión con las categorías sospechosas arrojaría resultados evidentemente absurdos (y contra-intuitivos): además de las reglas de discriminación positiva, serían *prima facie* inconstitucionales todas las reglas que regulan la política migratoria, o las políticas de salud dirigidas a prevenir o a curar enfermedades propias de uno u otro sexo, o el sistema de partidos políticos, por nombrar sólo algunos ejemplos.

8. Por esto último el hecho de que una norma recoja “categorías sospechosas” no la torna *prima facie* irrazonable por violación del derecho a la igualdad. La presunción de inconstitucionalidad debe fundarse, además, en la irrazonabilidad del vínculo que la ley establece entre la categoría sospechosa y la materia regulada. Parece aceptable establecer entonces una relación de proporción indirecta entre uno y otro extremo, de forma que cuanto menos evidente sea el vínculo entre la materia regulada y la categoría legal sospechosa, mayor la responsabilidad del representante del Estado de fundar explícitamente el juicio de analogía que subyace a la norma. *Viceversa*, cuanto mayor sea la notoriedad del vínculo o conexión entre la materia regulada y la categoría sospechosa regulada por la ley, mayor será la responsabilidad de ofrecer razones para quien pretenda cuestionar el juicio de analogía legal. Por ejemplo, si el legislador exigiese como requisito de acceso al empleo público que los empleados fuesen de una determinada raza, entonces la carga de la prueba de aquellas razones que justificarían la clasificación estaría en su cabeza, puesto que no se advierte qué conexión existe entre la categoría en juego y la materia regulada.

Aplicado todo esto al supuesto que aquí nos ocupa caben al menos dos observaciones. La primera, que la orientación sexual no es una categoría sospechosa, como ha demostrado en varios trabajos, sobre la base de su tesis doctoral, la profesora santafesina María Marta Didier (en mi opinión, de modo contundente). La segunda, que, teniendo en cuenta lo dicho, incluso si por vía de hipótesis se considerase que aquí está en juego el sexo (que sí es una categoría legal sospechosa) y no la orientación sexual, la inversión de la carga de la prueba no se justificaría de modo automático. Habría que examinar si el vínculo establecido por la ley entre el sexo de los contrayentes (categoría sospechosa) y el matrimonio (materia regulada por la ley) es notablemente irrazonable (o no). Una respuesta negativa se impone, al menos luego de más de cien años de convivencia pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia entre la garantía de la igualdad y el requisito esencial de la disparidad de sexo entre los contrayentes (que es, dicho sea de paso, uno de los requisitos, no el único). Entonces, en el caso (hipotético, por lo ya dicho) que estamos considerando (es decir, si se considere que en los hechos que se debaten está en juego el sexo y no la orientación sexual), la carga de probar la irrazonabilidad de la clasificación se encuentra en cabeza de quien cuestiona la norma.

### 3. PORQUÉ EL MATRIMONIO

9. Queda por resolver la cuestión de fondo acerca de si las razones para circunscribir el matrimonio a (un tipo de) uniones entre personas de distinto sexo son o no constitucionalmente aceptables. Más específicamente, y desde la perspectiva de la igualdad desde la que se ha planteado el caso, lo que se discute es si el juicio de analogía plasmado en la ley actual, que igualó un tipo especial de uniones heterosexuales y las distinguió de otro tipo de uniones afectivas —entre las cuales están las uniones homosexuales—, es un juicio compatible con el respeto debido a la dignidad de las personas involucradas. La pregunta podría desglosarse así: centrar la mirada en las diferencias y no en las semejanzas entre una y otra clase de uniones, ¿supone valorar menos unas uniones que otras? Y valorar menos unas uniones que otras, ¿supone valorar menos unas personas que otras?

10. La ley de matrimonio valora más un tipo de unión que otro tipo de uniones (integrado, este último, por un amplio abanico de uniones heterosexuales y por las uniones homosexuales). Esa mayor valoración se traduce en una mayor tutela y promoción, sin que se deje de reconocer y tutelar de distintos modos y con acentos también diferentes (no con el “paraguas” del régimen matrimonial) al segundo grupo de uniones. Sin embargo, esto no supone una discriminación —en el sentido inconstitucional del término— entre personas. Hay por lo menos tres razones que justifican una valoración especial del tipo de unión heterosexual al que se reconoce como matrimonio: la complementariedad entre varón y mujer (que

favorece la estabilidad afectiva de la unión heterosexual); la apertura a la procreación; la optimización de la educación en la afectividad de los hijos, que según diversos estudios psicológicos se favorece con una vivencia personal y próxima de la femineidad y la masculinidad.

11. Puede cuestionarse que estas tres razones justifiquen un tratamiento jurídico distinto entre un tipo de uniones heterosexuales y otro tipo de uniones (repetimos, heterosexuales que no reúnen otros de los requisitos que se exigen al matrimonio, y homosexuales). Dicho de otro modo, puede ponerse en duda el carácter valioso de los valores que la ley actual persigue. Sin embargo: a) no parece haber buenas razones para negar la razonabilidad (al menos *prima facie*) de esos valores, salvo que se apele a un punto de vista antropológico y moral radicalmente distinto al que subyace a la legislación y a la tradición jurídica actual; b) si bien el debate acerca de si conviene o no desprender al Derecho de la cosmovisión moral y antropológica que lo inspira y que lo ha tornado inteligible y razonable hasta nuestros días es un debate posible, debe tenerse presente que no es estrictamente un debate jurídico sino moral y político.

Quisiera, por eso, finalizar mi intervención profundizando las referencias que hice a los aspectos morales y políticos del asunto, que intentaré plantear a modo de desafíos a ustedes, como legisladores de este siglo XXI por el que vamos avanzando.

#### 4. LOS DESAFÍOS

12. La palabra compromiso es políticamente incorrecta y ha sido progresivamente expulsada de nuestro discurso cotidiano. Un buen reflejo de esto último lo podemos encontrar en el arte. En el cine es ya un lugar común de los guiones hollywoodenses de consumo masivo que el personaje central sea un aventurero con buena estampa de entre treinta y cinco y cuarenta años acompañado por una joven de muy buen ver que es potencialmente su novia. En algún momento de la película, entre tiros y corridas de autos, el héroe se cruzará con un antiguo compañero de colegio o de universidad. Este segundo personaje está siempre notoriamente excedido de peso y tiene una cara de agotamiento evidente, que lo hace parecer mucho mayor que el protagonista. La “explicación” (entre comillas) de una y otra cosa se encuentra a su alrededor: una mujer (su mujer) gritona y descuidada, y un par de hijos que exigen una dedicación inhumana. El error vital que lo ha conducido a una realidad tan poco convocante para el espectador fue el de formar una familia. Si no se hubiera comprometido con alguien podría también ahora, como había hecho en su adolescencia, acompañar a la estrella en su raid aventurero y amoroso.

13. Un reflejo semejante se puede encontrar en la literatura. Si bien en este campo es infrecuente que la oposición entre modelos sea tan burda como en el cine, lo cierto es que también aquí la formación de vínculos estables es presentada de modo negativo, con herramientas más dúctiles y, por eso, con consecuencias más hondas. Por tomar un ejemplo, Juan Ranz, el protagonista de la novela “Corazón tan blanco”, de Javier Marías, nos confiesa lo siguiente:

“(…) cuando me casé, durante el mismo viaje de bodas (fuimos a Miami, a Nueva Orleans y a México, y luego a La Habana), tuve dos sensaciones desagradables, y aún me pregunto si la segunda fue y es sólo una fantasía, inventada o hallada para paliar la primera, o para combatirla. Ese primer malestar es el que ya he mencionado, el que, por lo que uno oye, y por el tipo de bromas que se gastan a los que van a casarse, y por los muchos refranes negativistas que al respecto hay en mi lengua, debe ser común a todos los desposados (sobre todo a los hombres) en ese inicio de algo que incomprensiblemente se ve y se vive como el fin de ese algo. Ese malestar se resume en una frase muy aterradora, e ignoro qué harán los demás para sobreponerse a ella: ‘¿y ahora qué?’. Ese *cambio de estado*, como la enfermedad, es incalculable y lo interrumpe todo, o al menos no permite que nada siga como hasta entonces (...).”

Es posible encontrar en el arte, en definitiva, reflejos contundentes y nítidos de un aspecto de la época que transitamos, consistente en la identificación de todo compromiso con los demás con la represión de impulsos vitales legítimos; repitiendo lo que Marías hace decir a su personaje, la asunción de responsabilidades con los otros no es presentada como una “enfermedad” trágica, de diagnóstico complejo y terapéutica incierta. Vitalidad y autenticidad son asimiladas con la mera posibilidad de elegir, posibilidad que es percibida como un fin en sí misma. Cualquier elección es presentada como frustración porque lo único que tiene verdaderamente sentido es —sólo y siempre— ser elector. Poseer la capacidad de elegir es lo mejor que puede ocurrirle a alguien, con la única condición de que nunca elija nada.

14. Este deterioro de la idea de compromiso —la licitud de cualquier cambio de la voluntad, cualquiera sea su contenido, la inocencia del devenir—, se manifiesta paradigmáticamente en el pensamiento de Nietzsche. Como afirma el pensador español Jesús Ballesteros, su insistencia en la primacía del arte frente a la verdad, y, como consecuencia de ello, su propuesta de una ética del “olvido y del juego”, que encarna en lo que él llama simbólicamente “el niño”, lo conduce a proponer la exaltación de todo lo que hasta entonces había sido según él más aborrecido y temido: lo fugaz, lo transitorio, lo instantáneo, lo no duradero. “Por ello ve precisamente en la creación del hombre como un ser capaz de prometer, la mayor de las represiones, el fruto de la única verdadera violencia”.

Visto esto mismo desde la perspectiva que proporciona la relación del ser humano con el tiempo, con su condición de mortal, la actitud típicamente contemporánea es el instanteísmo: el hombre de hoy no se encuentra obligado con su pasado ni con su futuro, se considera libre respecto de todo lo que no sea el instante presente. Esto producirá diversas consecuencias:

desprecio radical de todo el pensamiento anterior; despreocupación por el futuro del mundo; uso abusivo de la naturaleza. Y sobre todo, será una de las claves para comprender la tristeza profunda del hombre moderno, porque la realización humana implica la fortificación de los lazos que unen al pasado con el presente y con el porvenir. Un hombre que vive apegado al presente es un hombre desorientado (porque prescinde de la orientación que proviene del pasado, carece de memoria) y sin expectativas, sin proyectos (porque su cerrazón al futuro le impide toda conexión con su connatural trascendencia).

En mi opinión, también en la pintura se refleja esta situación. Por un lado, se expresa la perplejidad que genera en nosotros la contemporánea deconstrucción de nuestra identidad, que disocia hasta tornar incomprendible individualidad y sociabilidad, como se observa en el acrílico "Rompecabezas" (1968), de Jorge de la Vega, y, por otro lado, manifiesta la desolación que se sigue de ello, como creo adivinar en una de las tres versiones de la serie "Siete últimas canciones" (1986), de Guillermo Kuitca. En el primero de los cuadros mencionados se muestran cuatro rostros desesperados que miran hacia lugares distintos, como buscándose sin encontrarse, separados los unos de los otros por líneas gruesas que obstruyen esa comunicación que parecen anhelar. En la obra de Kuitca, en cambio, asoma un hombre solitario en el desamparo de una habitación inmensa, con los brazos caídos, transmitiendo al observador una angustia densa y aterradora, portando sobre sus hombros la desgracia de no tener otra cosa que la riqueza material que lo rodea.

Se ponen de manifiesto de este modo otros de los efectos del planteamiento vital que vengo criticando. La anulación de todo compromiso conduce a que rija lo que Freud ha denominado —desde su obra *Más allá del principio del placer*— "imperio del principio de autodestrucción". Es que el hombre sólo se plenifica en el tiempo, mediante un despliegue progresivo de todas sus potencias. Apegado al presente y desligado de todo compromiso pierde la perspectiva de la realidad y, así, se torna incapaz de comprenderla y, más aun, de amarla. Esto también fue puesto de relieve por Kierkegaard, que por eso propuso como modelo de persona al hombre casado, frente al Don Juan, que encarna el esteticismo. En su filosofía, temporalidad es fidelidad: "tú debes amar. Solamente cuando amar sea un deber estará el amor eternamente protegido contra todo cambio; eternamente liberado en su feliz independencia; dichosamente asegurado, por toda la eternidad, contra la desesperación".

15. Para salir de esta situación debemos afrontar y sortear un desafío: el de aprender a amar. Porque como ha señalado Pedro Serna, se trata, en el fondo, de eso: no hemos aprendido a amar, a buscar la autorrealización, la propia felicidad, a través de la entrega de sí, de la apertura al otro, que dejaría entonces de ser simplemente otro para transformarse ante todo en un tú. Aunque nuestra voluntad se encuentre incómoda en el amor de donación, en el sacrificio, aunque prefiera el cálculo, el *do ut des*, lo cierto es que sólo el amor incondicionado puede superar la soledad, proporcionar la seguridad, la conciencia de ser querido por uno



mismo, sin cláusulas de revisión, cualesquiera que sean las circunstancias. Lo único que puede devolvernos el paraíso perdido que los hombres de comienzos de siglo andamos buscando dramáticamente es el amor incondicional, el amor que no rehúye el sacrificio, que se refuerza justo en los momentos de debilidad, en las dificultades, y que se mira a sí mismo en el horizonte de la vida y de la muerte. (Un amor que no aspire a proyectarse sobre la muerte misma es necesariamente un amor auto-condicionado, es decir, un amor que busca en el otro el cumplimiento de alguna aspiración o la satisfacción de una necesidad, física, material o psicológica).

Señores senadores: ustedes tienen mucho trabajo por delante con relación a todo esto. Una responsabilidad enorme (no menor que la de los profesores, pienso yo). Detenerse sobre estas ideas debería conducirlos, en mi opinión, a rechazar el proyecto presentado, y a generar nuevos proyectos tendientes a promover el matrimonio y la familia.

La forma arquetípica de ese amor que precisamos rescatar y promover es la de un compromiso de entrega y donación plena y total entre el varón y la mujer, es decir, un matrimonio. Un matrimonio que funda una familia. Siguiendo nuevamente a Serna, "sólo una familia así fundada puede enseñar al hombre a amar de veras. Esa familia y ese modo de entender el matrimonio coinciden con la milenaria propuesta cristiana que veía en ellos el lugar natural del hombre, el mejor lugar para nacer y para morir". Muchas gracias.