

"Uno con una" a debate.

El matrimonio y las uniones entre personas del mismo sexo

por PILAR ZAMBRANO⁽¹⁾ y JUAN CIANCARDI⁽²⁾

1. La sentencia dictada el 10 de noviembre de 2009 en la causa "F. A. c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABY)" es sin duda polémica. En este comentario queremos señalar solamente algunas de sus aristas que consideramos más débiles. Otras serían abordadas, seguramente, en los diferentes comentarios que componen este número de "El Derecho". Damos por hecho que, en este contexto, el lector conoce los hechos del caso, y la parte resolutiva y los fundamentos de la sentencia.

2. Lo que salta a primera vista como un defecto importante es el déficit democrático del fallo. 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 allí —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.

3. El jefe de gobierno de la Ciudad ha profundizado aun más este déficit de deliberación, porque su decisión de no apelar puede 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 y del país.

4. 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.

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 tratado a otras personas sino con el trato que toda persona merece por el solo hecho de ser persona.

5. 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". Predica en la norma a los casos iguales, y de "los casos iguales" 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.

6. Los casos regidos por la ley no son ni pueden ser idénticos porque los "casos" son o bien personas singulares, o bien hechos singulares de personas singulares que la ley ignora incluyendo-

los 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.

7. 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.

8. Llegados a este punto —y habiendo descartado las concepciones "bóhas" (parafraseando a Roberto Gargarella) 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 toma irrazonable y por tanto inconstitucional una norma?

9. La opinión según la cual cumpliría 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 tomar 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 de-

be 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 inmigratoria, 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.

10. Por esto último el hecho de que una norma recoja "categorías sospechosas" no la toma *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

(1) Profesora de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

(2) Profesor de Filosofía del Derecho y Decano, Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

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 justificarian la clasificación estaria 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 demuestra María María Didier (en nuestra opinión, de modo contundente) en este mismo tomo, pág. 909. 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 justificaria 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 considera 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.

11. 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 del legislador, 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?

12. 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.

13. 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, no es un debate jurídico sino moral y político, que como tal (y volvemos al comentario) corresponde llevar a cabo en el Congreso.

VOCES: MATRIMONIO - PERSONA - BIOÉTICA - SENTENCIA - CIUDAD DE BUENOS AIRES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - DERECHOS HUMANOS - DISCAPACITADOS - MENORES - FILIACIÓN