

# LO SUYO DEL OTRO EN EL MATRIMONIO: UN ANÁLISIS IUS FILOSÓFICO DE LA JURIDICIDAD DEL MATRIMONIO Y LOS FINES ESTRATÉGICOS DE LA FAMILIA HETEROSEXUAL

ANA ORTELLI

## I. Introducción

Decía Juan Vázquez de Mella que “no puede existir una sociedad sin un orden de principios morales y jurídicos inmutables e inviolables que sirva de frontera a la libertad humana, individual o colectiva. La inviolabilidad de los principios o de las instituciones que los representan tiene que estar en alguna parte; porque si todo es variable y violable, no existe más que el imperio de la fuerza y el derecho es un proscripto. Y una sociedad que no esté unida por el derecho será una congregación de fieras, pero no será una sociedad de personas”<sup>1</sup>.

Ese orden de principios morales y jurídicos está dado en la naturaleza misma de las cosas.

Por ello, para acceder a la raíz de las instituciones y estructuras jurídicas resulta necesario estudiar sus causas, partiendo de la propia naturaleza de las cosas y en el tema que nos ocupa; específicamente del estudio de la naturaleza humana. En este sentido sostenía Cicerón que “la naturaleza del derecho hay que buscarla en la naturaleza del hombre”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Juan Vázquez de Mella, *Obras Completas. Discurso pronunciado en el teatro de Santiago el 29 de julio de 1902*, t. V, pág. 162. Citado por Bernardino Montejano, *Curso de Derecho Natural*, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 13.

<sup>2</sup> Marco Tulio Cicerón, *Tratado de las leyes*, libro I. Citado por Rodolfo L. Vigo (h), *Las causas del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

Dado que el tema en análisis –el matrimonio– es una institución que responde a la naturaleza misma del ser humano –inclinación natural al otro sexo– la estructura jurídica ha de estar determinada por la propia naturaleza humana.

Por tal motivo el presente trabajo analiza el vínculo matrimonial y sus características esenciales, partiendo de la realidad óptica del hombre a fin de establecer la juridicidad de la relación conyugal a la luz de la escuela clásica del derecho natural y su esencial necesidad para el cumplimiento de los fines estratégicos de la sociedad.

La concepción antropológica que fundamenta al presente trabajo considera al hombre como un ser creado con una estructura óptica determinada. Un ser dotado de inteligencia y voluntad, capaz de descubrir la verdad a través de la realidad de las cosas, un ser libre, y por ende, responsable.

Una de las características de la estructura del ser humano es su dimensión sexual y su ordenación a la integración del varón y la mujer en una unión que logra su grado máximo de comunicación e intimidad en el matrimonio. El matrimonio responde pues a la propia naturaleza del hombre. De ahí el interés en analizar la estructura del ser humano para poder luego estudiar las características del vínculo matrimonial, su juridicidad y su función social.

## **II. Antropología de la sexualidad humana-varón-mujer-unidad dual<sup>3</sup>**

La naturaleza humana se manifiesta en una doble realidad existencial, como varón o mujer; este es un dato de la realidad sensible que no necesita demostración.

Esta dualidad varón-mujer hace que ambos, aún teniendo características semejantes por poseer una misma naturaleza, esto es, una misma esencia, tengan modalidades diferentes, es decir, características accidentales que los distinguen. Son pues, semejantes pero no iguales. Esas estructuras accidentales se llaman virilidad (características peculiares del varón) y feminidad (características peculiares de la mujer).

<sup>3</sup> Se deja constancia que el presente trabajo es producto de los estudios realizados entre la suscripta y el doctor Cristian Conen, Profesor de Derecho de Familia.

Podría sostenerse entonces que el concepto de “hombre”<sup>4</sup> es un concepto bipolar<sup>5</sup>, varón-mujer, ambos ordenados el uno al otro. Las diferencias entre ambos polos no se reducen únicamente a diversidad física, sino que comprenden toda la dimensión personal (dinamismo físico; dinamismo psíquico-afectivo; dinamismo racional - espiritual).

La antropología actual sostiene que la distinción entre los sexos es real, pero no tan diferenciada como se creía antes. Lo femenino y lo masculino no son dimensiones exclusivas de la mujer o del varón. Ambas están presentes de alguna manera en cada persona. Así lo afirma el filósofo J. Guitton<sup>6</sup>, quien sostiene: “Creemos que existe un halo femenino en todo ser masculino, como una presencia, una virtualidad viril en toda mujer”.

De acuerdo a lo señalado precedentemente se puede sostener que entre varón y mujer no hay pues diferencias de calidad, sino de estructura. Esta diferencia estructural, encerradas en sí mismas, proyecta a ambos a una apertura y mutua acogida, una interrogación y respuesta que les permite realizarse en sus respectivas propiedades a lo largo de la historia.

En este planteo de reciprocidad<sup>7</sup> ambos descubren y alimentan la dimensión latente del otro, lo femenino en el varón y lo masculino en la mujer, para crecer plenamente como seres humanos.

El hombre además de caracterizarse por su estructura bipolar, es un ser viviente, activo, consciente de sí mismo y del mundo que lo ro-

<sup>4</sup> En este trabajo se reserva el término “hombre” para indicar lo que es común a varones y mujeres. Se emplea el término mujer para indicar el femenino de hombre y el término varón para indicar el masculino.

<sup>5</sup> Al hablar de polaridad no se hace referencia a complementariedad sino a orientación de uno hacia el otro para alcanzar la plenificación del ser en cuanto humano.

<sup>6</sup> J. Guitton, *Ensayo sobre el amor humano*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963, pág. 98.

<sup>7</sup> En igual sentido sostiene Hervada que “son complementarios porque virilidad y feminidad no son estructuras y valores absolutos y cerrados en sí mismo. La virilidad dice relación a la feminidad y la feminidad dice relación con la virilidad. Lo cual no significa que tengan necesariamente que unirse, y esto por una razón fundamental; varón y mujer son individuaciones completas de la naturaleza humana; lo que conlleva que la plena realización como personas humanas, individualmente consideradas, no exige la unión mutua”. El autor utiliza la palabra complementarios haciendo una muy interesante distinción ente completarse y complementarse. Javier Hervada, *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, pág. 119.

dea, inteligente y libre con una actitud relacional frente a los otros y a las cosas que lo rodean. Es un ser que a diferencia del resto de los seres creados, va tomando conciencia y disponiendo de sí mismo para irse desarrollando y autoconfigurando a lo largo de su existencia.<sup>8</sup> Esta capacidad de autodeterminación del hombre es una de las características que lo distingue del resto de los animales. El hombre puede autodeterminarse porque es libre y esta libertad es consecuencia de la propia naturaleza humana: “El hombre es libre porque es inteligente”<sup>9</sup>.

En esta peculiar tendencia a relacionarse con el mundo que lo rodea el hombre va creando vínculos con las cosas y con otros hombres. Esta forma de abrirse a lo otro se da por un movimiento del ser que en términos clásicos se denomina amor.

Como bien señala Pieper en su ensayo sobre el amor “hay razones más que suficientes que le sugieren a uno no ocuparse del tema amor”<sup>10</sup>, pues no cabe duda que esta palabra ha sido desvirtuada y vaciada de contenido por la literatura moderna, el periodismo, la televisión, etc.

Sin embargo es importante revalorar la palabra amor, colocarla en el contexto del realismo clásico para poder comprender qué relación existe entre amor y exigencia de justicia, entre amor y derecho.

Los clásicos, entre ellos Santo Tomás, definen al amor de un modo concreto y sumamente desconcertante para los hombres de nuestra época, acostumbrados a vivir en un mundo cargado de emotividad. Sostiene Santo Tomás que el amor es la *prim inmutatio appetitus*<sup>11</sup>

Cuando Santo Tomás habla de *prima* hace referencia al más profundo movimiento del ser en virtud del cual el hombre pasa a estar orientado, más aún, a estar inclinado a eso que se le presenta como bueno, al bien<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Señala Bernhard Welte: “la existencia humana muestra en todos los ejemplos observados un más allá de sí, una vida que, se expande constantemente como un círculo luminoso hacia lo otro; un incesante y multiforma relacionarse y saberse relacionado”. Es un viviente y claro relacionarse con lo otro, que se realiza a sí mismo, de tal manera, que este múltiple otro determina la propia vida del hombre. Bernhard Welte, *El hombre entre lo finito e infinito*, Buenos Aires, Guadalupe, 1973, pág. 14.

<sup>9</sup> Antonio Royo Marín, O.P., *Teología moral para seglares*, 5ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, pág. 6.

<sup>10</sup> Josef Pieper, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1976.

<sup>11</sup> Tomás de Aquino, *Tratado sobre el amor*, I q 20 a 1 y I-II, q 27 a 2.

<sup>12</sup> Idem ant. I-II q 26, a 2 ad 3.

Otros autores han señalado que el amor es la “primera impresión que produce en el alma un bien, despertando el impulso vital”.

El amor es entonces la primera reacción del ser humano frente a algo que se le presenta como bueno que lo inclina en forma radical a la obtención de ese bien.

Así el objeto impacta en el sujeto como bueno y pone en movimiento las potencias del hombre y a través de ellas procura la obtención del bien apetecido. Por eso se puede afirmar que todo amor verdadero se engendra en medio de una tarea inteligente ya que no es impulso intuitivo sino un acto humano y como tal debe ser asumido por la inteligencia y voluntad<sup>13</sup>.

Ahora bien, si el amor es el primer movimiento de la voluntad, el acto más profundo o primario de orientación al bien; es necesario que el ser que ama tenga de por sí la capacidad –potencia de amar–; por lo tanto es necesario que esté ordenado al bien. Debe pues, existir en el amante una disposición, una inclinación al objeto amado que se le presenta como bueno. Luego, si un varón y una mujer se aman es porque el ser varón está orientado por su propia naturaleza al ser de la mujer y el ser de la mujer está orientado al ser del varón.

Generalmente el amor varón-mujer, se produce inicialmente por un impacto en la afectividad provocado por las cualidades físicas y espirituales de una persona del sexo opuesto. Las causas de ese impacto, tiene un aro de misterio que en muchos casos resulta difícil de explicar.

Es así que la inclinación –atracción– que existe entre varones y mujeres en general, se concreta en una persona determinada, y se suspende cuando eso ocurre la tendencia a la conquista que existe entre ambos sexos<sup>14</sup>.

En la dimensión instintiva, el amor varón-mujer se manifiesta como una atracción de manera indeterminada. En el “eros” el amor varón-mujer abarca los aspectos sensibles que captan los sentidos, de

<sup>13</sup> Un mayor desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en Roger Verneau, *Filosofía del hombre*, 10 edición, Barcelona, Herder, 1988, cap. XIV, pág. 151.

<sup>14</sup> “El enamoramiento se produce con el encuentro personal de dos predispuestos entre los que existe una sintonía física y espiritual. Si bien lo primero que atrae son cualidades o propiedades de la persona, el verdadero encuentro se produce cuando amamos esas cualidades presentes en esta persona”. Cristian Conen, *Como ser feliz en familia*, Buenos Aires, Colección Ánimo, Areté Editora, 2000.

la virilidad o feminidad del amado, generando los sentimientos. En el ágape, se captan los aspectos suprasensibles, los aspectos personales de ese varón y esa mujer. Puede sostenerse pues, que la realidad integral del amor varón-mujer debe comprender de manera integrada los tres grados o dimensiones de ese amor: el físico, el sensitivo y el espiritual.

Ahora bien, lo propio del amor conyugal, lo que distingue el amor conyugal de cualquier otro amor entre personas, es su específico carácter de orientación sexual<sup>15</sup>. A la persona del otro se la ama a través de su virilidad o su feminidad, en tanto es del otro sexo y precisamente por serlo; la virilidad y la feminidad es el bien a través del cual se ama a la entera persona del otro. El amor conyugal es pues el amor personal ente varón y mujer, por ser precisamente varón y mujer.

### **III. Breve aproximación al concepto de matrimonio**

Hasta aquí hemos analizado el fundamento antropológico del matrimonio. Esta institución es la forma más íntima y natural de relación interpersonal. La plenitud personal de los cónyuges y el desarrollo de la sociedad están estrechamente ligados a la estabilidad matrimonial y familiar.

Sin embargo, para el hombre de derecho, el matrimonio es una de las instituciones más difíciles de comprender en toda su profundidad, aunque todos los hombres tienen un conocimiento suficiente que les permite contraerlo y vivirlo sin necesidad de preparación científica alguna. Esto es así pues es una institución connatural al hombre - le es debida en virtud de su propia naturaleza humana, por tanto, pertenece al derecho natural<sup>16</sup>. Dado que el derecho natural está fundado en la realidad metafísica de la persona humana, su regulación legal, histórica y cultural, no puede afectar al matrimonio más que en aspectos accidentales y secundarios. Los requisitos esenciales y

<sup>15</sup> Algunos autores prefieren hablar de complementariedad sexual. Ver Pedro Juan Viladrich, *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, EUNSA, 1989, pág. 80.

<sup>16</sup> Cfr. Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, pág. 98 y ss.

nucleares del mismo, están dados por la propia naturaleza del hombre y por lo tanto son inmutables.<sup>17</sup>

La palabra matrimonio alude a dos realidades jurídicas distintas relacionadas entre sí como causa-efecto una de otra; ellas son el acto jurídico (casamiento o boda) y el vínculo jurídico que existencializa ese acto (el matrimonio).

En derecho positivo, se llama matrimonio al acto por el cual varón y mujer se entregan mutuamente como esposos - en sentido estricto debería denominarse pacto matrimonial o nupcias - es el acto jurídico constitutivo del estado de familia de cónyuges. Se denomina también matrimonio a la sociedad o comunidad formada por ambos esposos. Esta sociedad o comunidad es el matrimonio propiamente dicho<sup>18</sup>.

Ya en el derecho romano, Modestino sostenía que las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunión del derecho divino y humano ( nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio); y en las *Instituciones de Justiniano*, se expresa que las nupcias o matrimonio son la unión del hombre y de la mujer, que lleva consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible (virum et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens)<sup>19</sup>.

En igual sentido, en la exposición de motivos del *Código de Napoleón*, Portalis definía al matrimonio como “una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino ( société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider par des secours mutuels, á porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée)<sup>20</sup>.”

<sup>17</sup> Sobre naturaleza humana y condición histórica en relación a lo justo puede verse: Javier Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 98 y ss. También los teólogos y canonistas han sostenido en forma común y constante que el matrimonio tiene como núcleo normas de Derecho Natural que residen en la propia ontología de la persona humana. Véase A. Knetch, *Derecho matrimonial católico*, Madrid, Castellana, 1932, pág. 7.

<sup>18</sup> Pedro Juan Villadrich, *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona, EUNSA, 1984, pág. 140.

<sup>19</sup> Citado por Louis Josserand, *Derecho Civil*, t. I, Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 14.

<sup>20</sup> Citado por Augusto César Belluscio, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Depalma, 1988, t. I, pág. 142.

En la doctrina argentina, se han elaborado varias definiciones; ente ellas se pueden citar las siguientes: el matrimonio es la “unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida”<sup>21</sup>; y “el matrimonio es el vínculo jurídico que nace de la voluntad de los contrayentes expresada con las formalidades que la ley establezca, y que origina, imperativamente entre ellos el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas, ordenadas al establecimiento de una plena comunidad de vida y al cumplimiento de los fines propios de ella, según el orden natural”<sup>22</sup>.

De todo lo expuesto cabe sostener con Hervada, que “el matrimonio comporta necesariamente la unión de dos destinos, de dos vidas, de dos historias personales, tan fuertemente entrelazadas, que en muchos aspectos se hacen una sola”<sup>23</sup>.

El artículo 172 del código civil argentino, establece que “es indispensable para la existencia del matrimonio, el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer, ante la autoridad competente para celebrarlo”. La nueva disposición legal incorporada al código civil tras la sanción de la ley 23.515 (*El Derecho Legislación Argentina*, t. 1987-A, pág. 330) derogó la ley 2.393 que en su artículo 14 establecía: “es indispensable para la existencia del matrimonio el consentimiento de los contrayentes, expreso ante oficial público en cargo del Registro Civil”. Del análisis de ambos textos legales podrá sostenerse que no se han efectuado modificaciones sustanciales sino más bien formales, sin considerar el contenido real que ha de tener el consentimiento matrimonial, pero aclarando que los contrayentes han de ser varón y mujer.

#### **IV. Breve aproximación a la juridicidad del matrimonio**

La doctrina argentina es unánime al considerar al consentimiento matrimonial como causa eficiente del matrimonio. Sin embargo son pocos los autores que al definir el consentimiento matrimonial, hacen referencia al contenido y a la naturaleza jurídica del mismo.

<sup>21</sup> Guillermo A. Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Familia, t. V., Buenos Aires, Perrot, 1962, pág. 47.

<sup>22</sup> Jorge A. Mazzinghi, *Derecho de familia*, 3ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 1995 t. I, pág. 99.

<sup>23</sup> Javier Hervada, *Diálogo sobre el amor y el matrimonio*, 3ª edición, Pamplona, EUNSA, 1987, pág. 201.

Mazzinghi sostiene que “el consentimiento es la coincidencia de dos voluntades en un punto predeterminado, que es el contenido del matrimonio”<sup>24</sup>. Sambrizzi por su parte, opina que el consentimiento matrimonial “consiste en el acto de la voluntad expresado por hombre y mujer, por el cual ambos se unen en matrimonio de conformidad a las normas legales”<sup>25</sup>, en tanto Belluscio lo define como “la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal”<sup>26</sup>.

De las definiciones transcriptas se advierte que los autores coinciden en establecer como requisito para la celebración del matrimonio la necesidad de un acuerdo de voluntades entre un hombre y una mujer, para la constitución del mismo. Ninguno de ellos hace referencia a la entrega personal de los contrayentes en tanto varón y mujer, que es la causa material del matrimonio.

Entre los autores que se aproximan a un análisis más profundo del contenido del consentimiento matrimonial - en tanto incluyen la entrega personal y no meramente un acuerdo de voluntades - podemos citar a María Josefa Méndez Costa quien afirma que “el consentimiento matrimonial es la convergencia de dos voluntades internas y manifestadas, en la entrega y aceptación mutua de hombre y mujer para generar el consorcio vital que es el matrimonio”<sup>27</sup>; y a César Astigueta quien sostiene que “el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual varón y mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”<sup>28</sup>. Cabe resaltar, sin embargo, que estos autores tampoco analizan suficientemente la causa material del matrimonio, es decir la especificidad sexuada de la entrega personal.

<sup>24</sup> Jorge Mazzinghi, *Derecho de Familia*, t. I, 2ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 1983, pág. 181.

<sup>25</sup> Eduardo A. Sambrizzi, *El consentimiento matrimonial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 10.

<sup>26</sup> Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, t. I, 5ª edición. Buenos Aires, 1991, pág. 187.

<sup>27</sup> María Josefa Méndez Costa, y Daniel H. D'Antonio, *Derecho de Familia*, t. I, Santa Fe, 1990, pág. 137.

<sup>28</sup> César Astigueta, “Consentimiento matrimonial. Modalidades. Análisis de la nueva ley que regula el matrimonio civil”, en *Nuevo Régimen de Matrimonio civil, Ley 23.515*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pág. 69.

Si se analizan las consideraciones efectuadas al estudiar los fundamentos antropológicos del matrimonio y las definiciones del mismo, parecería que el mutuo entregarse y aceptarse totalmente en tanto varón o mujer hacen a la esencia del consentimiento matrimonial.

El matrimonio es pues el resultado de una elección a través de la cual la voluntad asume la inclinación natural hacia el otro sexo mediante la entrega dirigida a una persona determinada en tanto varón y mujer. Así la opción (e-lectio) de otra persona como esposa - esposo se convierte en “dilectio” esto es en elección comprometida.

Es importante destacar una vez más que el amor en su esencia es un movimiento de la voluntad más que - de los sentimientos o de la efectividad –los que actúan como motivación de la voluntad–. Más aún, “amor coningalis” no es un sentimiento, sino más bien una entrega a otra persona. En eso se distingue de cualquier otra forma de amor que puede llevar consigo un ansia o deseo, pero no comporta compromiso alguno (amor amicitiae, amor sensualis). Una vez que, a través del consentimiento, se hace y acepta el compromiso, el amor se convierte en debido a otro.

Mario F. Pompedda ofrece una clara síntesis del tema al sostener que “el amor en el matrimonio puede considerarse esencial en la medida en que es donación y aceptación de dos personas, que ha de entenderse por tanto en sentido no afectivo sino efectivo”<sup>29</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la juridicidad del matrimonio no debe confundirse con la legalidad matrimonial, es decir, con el régimen legal positivo del matrimonio que se encuentra regulado en el código civil o en las leyes especiales. Esta legalidad no constituye ni crea el matrimonio sólo es el reconocimiento y regulación por parte de la norma positiva de una juridicidad preexistente originada por los contrayentes.

La juridicidad del matrimonio tampoco es efecto de la inscripción del trámite administrativo celebrado ante oficial público encargado del Registro Civil. El bien jurídico protegido por este trámite es la

<sup>29</sup> “Eaternus amor in matrimonio essentialis dicitu, quatemus est traditio – acceptatio duarum peronarum, ataque ideo non affectivus sed affectivus intellegi debet”. Mario F. Pompedda, “Incapacitas resumendi obligationes matrimondi essentielles”, *Periódicas* 75, 1986, pág. 144.

seguridad jurídica al otorgar publicidad y certeza al acto jurídico realizado por los contrayentes esto hace a la legalidad del vínculo, no a la juridicidad.

Cabe preguntarse entonces de donde surge la juridicidad matrimonial. Para ello debemos analizar primero qué es lo jurídico.

El derecho para el realismo clásico es un término análogo donde el primero y principal analogado es la misma cosa justa adecuada a otro según una cierta relación de igualdad. La juridicidad de otras realidades es adquirida por su vinculación con aquel analogado principal<sup>30</sup>.

Para Santo Tomás el Derecho es lo justo, lo igual. Ahora bien, para hablar de igualdad se requieren por lo menos dos realidades, por lo tanto lo justo será un término medio e igual relativo a alguno o algunos. En este punto es importante destacar la interpretación que hace Kalinowski de los textos clásicos: “importa subrayar que tanto para Aristóteles como para Tomás de Aquino, lo justo es obra (opus) en el sentido de una acción... hablando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás piensan no en una cosa, en un objeto considerado en sí mismo sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro hombre. Es esta acción –concluye el filósofo polaco– la que iguala una cierta medida y es por eso justa o injusta”<sup>31</sup>.

Kalinowski sostiene que “el derecho no es un reglar (...) el derecho es lo que fue para Aristóteles *to dikaión* y para Santo Tomás *ius* sirve *iustum*”. Ahora bien, Santo Tomás veía en el derecho el objeto de la justicia, porque lo consideraba como “una cierta obra adecuada a otro según cierto modo de igualdad (II-II, q 57, a 1 y 2). El derecho es una obra “recta”, “adecuada”; es un acto no en el sentido de un *actio* sino más bien de un *actum*”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II, II, q 57

<sup>31</sup> G. Kalinowski, “Sur l’emploi métonymique du terme “*ius*” ut sur la muabilité du droit naturel selon Aristotele”, *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1973, n° 18, págs. 334 y 335. Citado por Carlos Massini Correas, *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pág. 51.

<sup>32</sup> G. Kalinowski, “Lex y *ius*”, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, traducción de Carlos I. Massini Correas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pág. 19. Citado por Carlos I. Massini Correas, Ídem nota 46, pág. 52.

Ahora bien, si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, esto es, darle su derecho, es menester que las cosas - entendiendo por cosas tanto los bienes materiales como los inmateriales - estén atribuidas a un sujeto de donde surge su cualidad de debidas. La justicia no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que éstas ya están atribuidas por un acto que la precede<sup>33</sup>.

La causa de esa atribución puede ser de origen muy variado, la naturaleza humana, un acto jurídico privado (contrato) o público (sentencia).

En el tema específico que nos ocupa podemos reconocer una doble atribución, por un lado varón y mujer están atribuidos el uno al otro por su propia naturaleza pues ambos están orientados recíprocamente. Y además esa atribución natural, se especifica en un ser concreto a través del amor esponsal que se hace debido por el consentimiento matrimonial.

Al entregarse al otro a través del consentimiento matrimonial, la persona se atribuye a ese otro y por tanto es “debido a otro”. El amor conyugal adquiere pues, juridicidad en ese acto de entrega.

La estructura jurídica del matrimonio no es pues otra que la del amor conyugal comprometido, esto es, atribuido a otro. Es esta atribución comprometida en tanto varón y mujer la que genera la juridicidad del matrimonio.

Por tanto la entrega personal que se concreta a través del consentimiento matrimonial, es al mismo tiempo un acto de amor –darse al otro– y un acto jurídico, la juridicidad surge de atribuirse comprometiéndose a otro, esto es deberse a otro.

En otras palabras, casarse es dar respuesta y concretar en un solo instante –el que dura las palabras del consentimiento– la propuesta de la naturaleza humana de la sexualidad y la afectividad, a una unión exclusiva y permanente, abierta a la vida y al bien del otro.

Obsérvese con especial atención, que sólo existe un acto humano voluntario capaz de producir ese efecto, esa “medida” de atribución o

<sup>33</sup> Santo Tomás: Suma contra gentiles, libro II, cap. 28: “siendo el acto de justicia dar a cada uno lo suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien hace lo suyo a algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que le retribuyente se le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primariamente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia”.

entrega esencial y existencialmente total como varón y mujer, en un solo instante: ese acto humano es el compromiso (el sentido de la palabra alude a meterse en el futuro con el otro: con pro (preposición de futuro) – meter.

Al comprometerse, esto es, al darse o atribuirse al otro en una “medida” de entrega total en tanto varón y mujer, surge en los contrayentes un estado nuevo y distinto al que vivían de solteros: el estado de personas entregadas o atribuidas a otra –personas debidas a otro.

## **V. Las uniones de hecho y civiles y el principio de no discriminación del matrimonio**

En el derecho civil de familia actual advertimos una tendencia a igualar los derechos y deberes de las distintas uniones sexuales que desde su libertad deciden constituir los ciudadanos.

A título de ejemplo pueden mencionarse los distintos sistemas jurídicos que asignan los efectos jurídicos propios del matrimonio a relaciones concubinarias en las que sus protagonistas no han querido originalmente asumir ningún compromiso; o aquellas legislaciones que han regulado civilmente las uniones homosexual con igual nombre y derechos - deberes que el matrimonio.

Una sociedad democrática es una sociedad pluralista, no una sociedad uniforme. Por esta razón, el principio de igualdad y no discriminación de los ciudadanos ante la ley, lejos de conllevar la imposición coactiva de una uniformidad igualitarista en materia de uniones sexuales, debe armonizarse con el principio democrático de justicia, que significa tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual, dando a cada uno lo suyo, esto es su derecho.

La pluralidad de formas de relación sexual que los ciudadanos elijan constituir desde su libertad personal: matrimonio, uniones de hecho o uniones civiles, exige un planteo fundamental básico en el derecho de familia, planteo que requiere una actitud independiente de cualquier posición ideológica o creencia religiosa.

Ese planteo es el siguiente: ¿corresponde al legislador civil una actitud de neutralidad respecto de dicha pluralidad a la manera de un simple “registrador” de uniones, o por el contrario, es clave para el orden social que el derecho civil identifique la unión que tiene un interés público y la diferencie claramente en nombre y derechos de otros

tipos de unión que no revisten interés público aunque sean parte de la realidad social?

El derecho civil debe fundamentarse en la racionalidad del reconocimiento de las diferencias reales entre el matrimonio: unión de un hombre y una mujer con compromiso solemne hacia las funciones sociales estratégicas propias del matrimonio que son la procreación de las nuevas generaciones y la crianza, educación e integración social de esas nuevas generaciones; y otras formas de relación sexual basadas en el mero “hecho afectivo” mientras dure, sean heterosexuales u homosexuales. Es esta diferencia real la que hace que el matrimonio sea una institución de interés público y no lo sean en cambio las uniones de hecho o las uniones civiles.

El fundamento del carácter de orden público del matrimonio, en el derecho argentino, no radica en la consideración de los aspectos afectivos de la relación de los cónyuges como no es de interés público las relaciones afectivas de amistad que puedan entablar los ciudadanos en su vida privada. El matrimonio es una institución personalísima pero también de interés público por el compromiso jurídico de los contrayentes al desarrollo de las funciones sociales estratégicas antes citadas sin las cuales una sociedad no es viable.

En modo alguno se trata de discriminar las convivencias de hecho o las uniones civiles. De lo que se trata es de no discriminar al matrimonio, reconociendo sus concretas o reales contribuciones a cumplir aquellas funciones sociales estratégicas, y sus aportaciones estables, permanentes y responsables en derecho.

Si el matrimonio, las convivencias de hecho y las uniones meramente civiles sean heterosexuales u homosexuales no son iguales en sus compromisos, funciones y servicios estratégicos al bien común de la sociedad, no pueden ser iguales en nombre, ni en derechos. Es injusto y discriminatorio tratar lo desigual como igual o lo igual como desigual.

Sería un signo de dictadura ideológica, el hecho de que el derecho de familia, bajo el pretexto de pluralismo democrático otorgue un tratamiento jurídico indiferenciado, que discrimine a la familia matrimonial en relación con las convivencias de hecho y las uniones civiles heterosexuales y homosexuales, al margen de sus contribuciones reales al cumplimiento de las funciones sociales estratégicas que hacen al bien común de la sociedad y a la naturaleza misma del hombre.