

# Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea

## *Marriage, Family and Same Sex Unions under the European Union Court Jurisprudence*

RECIBIDO: 2010-10-01 / ACEPTADO: 2010-10-14

**Jorge N. LAFFERRIERE**

Pontificia Universidad Católica (Buenos Aires)  
nicolas\_lafferriere@uca.edu.ar

**Ursula C. BASSET**

Pontificia Universidad Católica (Buenos Aires)  
ucbasset@yahoo.com

**Resumen:** El artículo analiza, a partir del fallo "Case of Schalk and Kopf v. Austria" del 24/6/2010 referido al matrimonio y las uniones de personas del mismo sexo, la evolución jurisprudencial de la Corte Europea de derechos humanos respecto de los conceptos de "vida familiar" y matrimonio. La Corte redefine vida familiar para incluir a las parejas de personas del mismo sexo. Decide, sin embargo, que la definición heterosexual de matrimonio no es discriminatoria. Sin embargo, la argumentación de los votos parece desmentir el fallo en este punto, despertando dudas sobre la posibilidad de que esta jurisprudencia se sostenga. Un análisis de los precedentes al caso "Schalk" exhibe una tendencia a deconstruir el matrimonio y a tornar a la familia un concepto diluido. Al analizar la jurisprudencia respecto de los principales tópicos del derecho de familia, puede advertirse la misma progresión. El artículo cierra con una comparación con el sistema americano de derechos humanos, en especial a partir de la ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo como matrimonio en Argentina.

**Palabras clave:** Vida familiar, matrimonio, hombres y mujeres, discriminación, víctima, respeto por la vida privada, agotamiento de recursos internos, margen de apreciación, homosexualidad, matrimonio de personas del mismo sexo, derechos de los niños, protección del vulnerable.

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN; 2. PLAN DEL COMENTARIO; 3. EL CASO Y EL FALLO; 4. UN FOCO SOBRE LA ARGUMENTACIÓN DE LA MAYORÍA Y LA MINORÍA; 5. LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO CONSIDERADAS COMO "FAMILIA"; 6. TÓPICOS PRINCIPALES DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DOCTRINA EVOLUTIVA DEL TEDH: UN TELÓN DE FONDO DEL FALLO; 7. OTROS TÓPICOS JURÍDICOS EMERGENTES DEL FALLO "SCHALK AND KOPF V. AUSTRIA"; 8. ALGUNAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS EUROPEO Y AMERICANO A PARTIR DEL DEBATE EN ARGENTINA; 9. COROLARIO.

**Abstract:** This article deals with the evolution of the concepts of "family life" and marriage in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. Its genre is a case note of *Re Schalk and Kopf* (24/6/2010). The Court redefines family life to include that of same sex couples. It holds nonetheless, that the definition of marriage as a heterosexual institution is not discriminatory. However, the argumentation of the votes is a contradictory one, raising doubts about the possibility of upholding this ruling in the near future. An analysis on the precedents of the Court concerning family issues exposes a trend to deconstruct the definition of marriage and turn family into a diluted concept. We observe a parallel progression in the rulings of the Courts involving the main topics of family law. The article ends with a small reference to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and a short notice about the legalization of same sex marriage in Argentina.

**Key words:** Starting a Family, Marry, Men and Women, Discrimination, Victim, Exhaustion of domestic remedies, Striking Out Applications, Respect for Private Life, Margin of Appreciation, Homosexuality, Same Sex Marriage, Children's Rights, Protection of the Vulnerable.

**Contents:** 1. INTRODUCTION; 2. ORDER OF COMMENTARY; 3. THE CASE AND THE SENTENCE; 4. A FOCUS ON MAJORITY AND MINORITY ARGUMENTS; 5. SAME SEX UNIONS CONSIDERED AS "FAMILIES"; 6. MAJOR TROPES RELATED TO FAMILY RIGHTS IN THE DEVELOPING DOCTRINE OF TEDH; 7. OTHER JUDICIAL TROPES SURFACING AS A RESULT OF THE SENTENCE ISSUED IN "SCHALK AND KOPF V. AUSTRIA"; 8. SOME SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN THE EUROPEAN AND AMERICAN SYSTEMS BORNE FROM THE DEBATE IN ARGENTINA; 9. COROLLARY

## 1. INTRODUCCIÓN

El caso “*Schalk and Kopf v. Austria*”<sup>1</sup> es una novedad significativa en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). La Corte ha establecido que no es discriminatorio requerir la diversidad de sexos como calificación necesaria para el acceso a la institución. Sin embargo, incorpora a las uniones de personas del mismo sexo en el concepto de “*vida familiar*”, según como está referido en la primera parte del Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH).

A pesar de que la sentencia parecería conservadora en torno al matrimonio, una lectura de sus fundamentos situada en el contexto de la evolución jurisprudencial del Tribunal parecería indicar lo contrario. El aparente concierto de la solución, que restablece la legitimidad del concepto tradicional de matrimonio como aquel contraído entre varón y mujer, exhibe, empero, grietas en sus fundamentos por las que se cuele una idea deconstructiva del matrimonio. Si el fundamento óptimo de la vida familiar es el matrimonio, el fallo por primera vez niega al matrimonio su carácter de analogado principal, al sostener que formas convivenciales que no tienen razón proporcional alguna con el matrimonio, podrían configurar una familia. Esta idea revolucionaria, ¿es acaso el principio de una implosión del matrimonio? ¿Es tal vez un intento de marginar el matrimonio de su centralidad histórica, como forma modélica de familia? ¿O, es apenas un paso, en un tránsito moderado y progresivo de reforma y aclimatación a la idea de la introducción de la modalidad relacional homosexual en el matrimonio?

En este trabajo nos proponemos esbozar algunas respuestas a estas preguntas, analizando el fallo, sus alcances y fundamentos, y cotejándolo con los tópicos en torno a la regulación de la familia que entran en juego en los debates sobre la pretensión de las uniones de personas del mismo sexo de alcanzar un estatuto jurídico.

Antes de comenzar con el desarrollo, quisiéramos señalar también algunos otros temas que recorren todo el comentario, y sobre los que conviene

---

<sup>1</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, “Case of Schalk and Kopf v. Austria”, Sentencia n° 30141/04 del 24 de junio de 2010.

advertir desde el principio. El fallo del Tribunal Europeo implica al menos cuatro temas adicionales:

- Una hermenéutica en torno a la compatibilización entre los dos cuerpos de derechos humanos europeos (v. gr. el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 –en adelante, CDF–),
- La incorporación de fuentes novedosas al derecho de familia,
- Reafirmar el rol del Tribunal como intérprete dinámico de los instrumentos europeos de derechos humanos,
- Insinuar una amenaza de responsabilidades internacionales (hipotéticamente determinables por la Corte Europea), nada menos que por omisión legislativa respecto de los nuevos derechos humanos (derivados de las hermenéuticas que la misma Corte se arroga el poder de producir).

El fallo condensa tendencias del derecho comunitario. Bajo apariencia de respetar la diversidad, centralizan y unifican criterios en torno a las legislaciones de los Estados-parte sobre tópicos sensibles de derecho privado. La Corte impacta, asimismo, en las esferas públicas nacionales y comunitarias al imponer estándares éticos e incluso religiosos.

Finalmente, en este artículo procuraremos mostrar cómo la Corte, con su jurisprudencia, fija una agenda de contenido político y no tanto jurídico. Por medio de ella, se corre el eje de la institución matrimonial de su intrínseca dinámica altruista y procreativa hacia una visión netamente adultocéntrica, que considera al niño como mera eventualidad.

El niño queda exiliado del discurso jurídico performativo sobre la familia. Se tejen así nuevas redes sociales de inequidad y exclusión, que vulnerarán invariablemente la sustentabilidad de la vida familiar europea.

El mayor padecimiento lo tendrán invariablemente los sectores más vulnerables: los niños y los que requieran una protección especial que sólo puede ser provista por sociedades intermedias altruistas estables, como lo fue hasta hoy, la familia fundada en el matrimonio.

Habrá que ver si Europa está dispuesta a alinearse detrás de estas propuestas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Es notable el apartamiento de Polonia del Tratado de Lisboa en materia de derechos humanos y familia.

## 2. PLAN DEL COMENTARIO

En este trabajo, como anunciamos en el título, el análisis se concentrará en la elaboración que hace la Corte de los conceptos de familia y matrimonio a partir de las pretensiones jurídicas de las uniones de personas del mismo sexo, con una mención tangencial de los asuntos colaterales enunciados en el punto anterior.

En primer lugar, se presenta la descripción sumaria del caso y el fallo “*Schalk and Kopf v. Austria*”. A continuación, se pone el foco en la diferencia de fundamentos que presentan el voto de la mayoría y el de la minoría respecto a la manera en que se articula la subsistencia de un concepto tradicional de matrimonio y la incorporación de las uniones de personas del mismo sexo al concepto de “vida familiar” en los términos del art. 8 del CEDH. Por su trascendencia, se analiza con detenimiento esta consideración de las uniones homosexuales como “familia”. Con estos elementos, nuestro artículo aborda luego algunas de las más importantes cuestiones del derecho de familia en la Corte Europea de Derechos Humanos, con particular referencia a la incidencia que tiene el caso “*Schalk and Kopf v. Austria*”. A modo de breve excursus y antes de cerrar el comentario, se analizan tres tópicos jurídicos emergentes del fallo: el asunto de las fuentes en el derecho comunitario, el problema de la interacción entre la hermenéutica evolutiva de la Corte, el texto de la Convención y la nueva incidencia de la CDF y la implícita insinuación de responsabilidad internacional por omisión legislativa, según los nuevos estándares interpretativos de la Corte. Ya finalizando, tratándose de un comentario hecho por argentinos, parece obligada una mención a modo de epílogo sobre la reciente legislación que incorpora la neutralidad de sexo de los contrayentes al matrimonio legislado en el Código Civil Argentino –Ley 26618, sancionada el 14 julio de 2010–, con particular mención del sistema americano de derechos humanos. Es de notar que el debate legislativo argentino fue simultáneo con la resolución de la Corte Europea de Derechos Humanos. Finalmente, la recapitulación y las conclusiones.

## 3. EL CASO Y EL FALLO

### 3.1. *El caso*

Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf fracasan en el intento de contraer matrimonio en 2002 ante la oficina de registro civil austríaca. A continua-

ción promueven diversos recursos administrativos y judiciales. Agotadas las instancias recurren al *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional Austríaca), que igualmente desestima el pedido de los pretendidos contrayentes. Ante ese resultado, demandan a la República de Austria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 5 de agosto de 2004.

En la legislación local, se precisa que está en juego el art. 44 del Código Civil de Austria que dispone: “*El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial dos personas de sexo opuesto declaran su voluntad legal de vivir juntas en matrimonio indisoluble, para procrear y criar a los hijos y la ayuda mutua*”<sup>3</sup>. Esta disposición no ha tenido cambios desde el 1 de enero de 1812.

Durante el desarrollo del proceso ante la Corte Europea y antes del alegato del Gobierno austríaco ante el Tribunal, Austria promulga la ley de registro de uniones (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) que entró en vigencia el 1 de enero de 2010 y que regula la inscripción en un registro de las uniones de personas del mismo sexo. Estas uniones, explica el fallo, importan una cohabitación similar a la matrimonial, con algunas diferencias: se inscriben ante una autoridad administrativa y no ante el Registro del Estado de las Personas; no generan apellido familiar; no permiten la adopción ni el recurso a la inseminación artificial.

Los demandantes –según refleja el fallo– invocan el art. 12 del CEDH que establece: “*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*”. Ellos entienden que “*la procreación y educación de los hijos no es ya un elemento decisivo*”. Además, para los demandantes la referencia del art. 12 a la regulación del derecho a casarse por las leyes nacionales no podría significar que los Estados tuvieran poder discrecional ilimitado<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> “*Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzesmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten.*” (traducción de los autores)

<sup>4</sup> “*Schalk and Kopf v. Austria*”, n° 30141/04, Council of Europe: European Court of Human Rights (ECHR), 24/6/2010, n° 44. Consultado el 16/10/2010, 10:12 AM en la base de datos HUDOC, de la Corte Europea de Derechos Humanos: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?key=83432&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&portal=hbkm&action=html&source=external-click&highlight=&sessionId=60683124&skin=hudoc-en>>.

El Gobierno Austríaco, por su parte, “planteó dudas” en las instancias preliminares del pleito acerca de si el caso del reclamo de una pareja de personas del mismo sexo podía legítimamente encuadrarse en el art. 12 del CEDH. La Corte entendió que al no haber sostenido el Gobierno que el planteo era “inadmisibile *ratione materiae*”, esas dudas eran insuficientes para evitar la admisibilidad del caso<sup>5</sup>. En las audiencias, el Gobierno sostuvo también “*no hay consenso europeo*” para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otra parte, el Gobierno Austríaco sostiene que del texto del art. 9 de la CDF no puede inferirse una directiva a los Estados nacionales de regular como matrimonio la unión de personas del mismo sexo<sup>6</sup>. El art. 9 de la CDF dice: “*Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”.

La Corte, en su análisis, consideró relevantes para el caso los arts. 12, 14 y 8 del CEDH, el art. 9 de la CDF y su comentario respectivo<sup>7</sup>, y dos directivas sobre reunificación familiar<sup>8</sup>. La más reciente de ellas incorpora una definición de familia en la que no hay referencia a la diferenciación sexual de su pareja fundacional. También se tuvieron en cuenta diversos precedentes de la Corte<sup>9</sup>.

### 3.2 *El fallo*

En su contenido central, la Sección Primera de la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió que:

- En el estado actual de cosas, el art. 12 del CEDH no obliga al Estado a dar acceso al matrimonio a parejas de personas del mismo sexo.

La Corte concluye de *manera unánime* que la redacción del art. 12 no impone al Gobierno austríaco la obligación de garantizar a las parejas de per-

<sup>5</sup> “*Schalk and Kopf*”..., n° 40. *Ibid.*

<sup>6</sup> “*Schalk and Kopf*”..., n° 43. *Ibid.*

<sup>7</sup> “*Schalk and Kopf*”..., n° 25. *Ibid.*

<sup>8</sup> “*Schalk and Kopf*”..., n° 26. *Ibid.* European Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 y Directive 2004/38/EC of the European Parliament and Council of 29 April 2004.

<sup>9</sup> Ver § 6.

sonas del mismo sexo el acceso al matrimonio<sup>10</sup>. También de manera unánime sostiene que *no hay violación del art. 12 de la Convención*<sup>11</sup>.

- No hay discriminación respecto de la vida privada familiar por no franquear el acceso al matrimonio.

La Corte concluye que no es discriminatorio en los términos del art. 14 interpretado conjuntamente con el art. 8 del CEDH el negar el acceso al matrimonio a dos personas del mismo sexo. Funda su decisión en la doctrina del “margen de apreciación” de los Estados comunitarios, si se tomaron todas las medidas necesarias para garantizar los derechos a los actores por parte del Estado respectivo<sup>12</sup>. Esta segunda cuestión se resuelve por cuatro votos contra tres<sup>13</sup>.

- Las uniones de personas del mismo sexo configuran “vida familiar”.

Si bien no forma parte en sentido estricto de la decisión, en los considerandos 90 a 95, y dentro de la argumentación vinculada con la discriminación, la Corte estudia la cuestión referida a si las uniones de personas del mismo sexo configuran “*vida familiar*”, en los términos del art. 8 del CEDH, y decide, por primera vez en la historia de su jurisprudencia, incluir en su concepto de vida familiar a las parejas de personas del mismo sexo.

#### 4. UN FOCO SOBRE LA ARGUMENTACIÓN DE LA MAYORÍA Y LA MINORÍA

Por primera vez en la jurisprudencia de la Corte, las parejas de personas del mismo sexo son parte de la vida familiar. Sin embargo la Corte no considera discriminatorio que los Estados conserven una definición heterosexual del

<sup>10</sup> “In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage.”

<sup>11</sup> Los jueces Giorgio Malinverni y Anatoly Kovler fallan según sus fundamentos.

<sup>12</sup> Como es sabido, la Corte Europea tiene dicho que la aplicación del art. 14 es “parasitaria”, v. gr. debe ir asociada a otro derecho fundamental respecto del cuál existe discriminación.

<sup>13</sup> La minoría en disidencia está formada por Christos Rozakis, Dean Spielman y Sverre Erik Jebens.

matrimonio. Estas frases escuetas tienen un tratamiento muy diverso en el voto de la mayoría y en el de la minoría.

#### 4.1. *La posición del voto mayoritario y una puerta abierta*

Al interpretar el art. 12 en relación al caso, la Corte sostiene:

*“Mirado aisladamente, el texto del art. 12 puede ser interpretado como no excluyendo el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, por contraste, todos los otros artículos sustanciales de la Convención reconocen derechos y libertades a “todos” o establece que “nadie” debe ser sujeto de ciertos tipos de tratamientos prohibidos. La elección de palabras en el art. 12 debe de esta forma ser considerada como deliberada. Aún más, se debe tener en cuenta el contexto histórico en el cual la Convención fue adoptada. En los años 50 el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de ser una unión entre cónyuges de diferente sexo” (considerando 55).*

De esta forma, la Corte *conserva la bipartición sexual como regla razonable en relación al matrimonio y elemento estructural sustancial del matrimonio*, en el contexto hermenéutico original del CEDH.

No obstante, la Corte también considera que el CEDH es un *“instrumento vivo”*<sup>14</sup> y que ella tiene la potestad de actualizarlo. La vivificación del CEDH, empero, sólo procede cuando la Corte percibe una *“convergencia de estándares”*<sup>15</sup> entre los Estados partes. Es de resaltar que estas consideraciones se ejemplifican haciendo explícita mención del fallo *“Goodwin”*<sup>16</sup> –ver *infra*, § 6–. Éste último precedente supuso una pragmática del matrimonio que abandona notas otrora consideradas esenciales para su definición. Vale decir que la Corte está ya indicando que, de *“percibir”* la Corte *“convergencia de estándares”* en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo, podría variar su hermenéutica (todo ello, pese al escepticismo de numerosa doctrina reciente en torno a la admisión de las personas del mismo sexo al matrimonio por parte del Tribunal Europeo<sup>17</sup>).

<sup>14</sup> La Corte entiende que el CEDH es un *“living instrument”*, pero se atribuye a sí misma la facultad de actualizarlo por medio de su hermenéutica judicial. Cfr. *“Schalk and Kopf”*..., cit., n° 46.

<sup>15</sup> *“convergence of standards”*. *Loc. cit. supra*.

<sup>16</sup> *“Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom”*, no. 28957/95, del 11 de julio de 2002.

<sup>17</sup> Ver por todos, MCGLYNN, C., *Family and the European Union: Law, Pluralism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

En efecto, los actores argumentaron que este derecho a casarse se tiene que interpretar de manera dinámica, de acuerdo con las condiciones actuales. Al respecto, la Corte sostiene que “no hay consenso en Europa en lo que concierne al matrimonio homosexual”<sup>18</sup>. En contraste al precedente “Goodwin”, “no hay consenso como para modificar el concepto de matrimonio”<sup>19</sup> ni “hay convergencia de estándares en lo que se refiere a matrimonios de personas del mismo sexo”<sup>20</sup>. Todos estos giros insistentes vienen a reforzar la precariedad de la jurisprudencia sentada.

La Corte también interpreta que pese a la redacción neutral en punto al sexo que presenta el derecho a casarse en el art. 9 de la CDF, dicha redacción no conmueve ni modifica la redacción del art. 12 que exige la heterosexualidad para el matrimonio. Sin embargo, esta interpretación podría modificarse en el futuro si la Corte, intérprete vivificante de la Convención, adoptara una nueva jurisprudencia al respecto<sup>21</sup>.

En cuanto a la exclusión de la dimensión procreativa del matrimonio que alegan los actores, a partir de “Goodwin” –ver *infra* § 6– para la Corte el derecho al matrimonio no incluye necesariamente, como elemento estructural, la *potentia coeundi*.

En definitiva, la conclusión en torno al matrimonio es: “La Corte concluye que el art. 12 de la Convención no impone una obligación al Gobierno accionado de garantizar a una pareja del mismo sexo como la de los apelantes el acceso al matrimonio”.

En virtud de que no existen estándares de convergencia que habiliten la modificación del *statu quo* jurisprudencial, el Gobierno austríaco goza aún de su “margen de apreciación”. El reverso de la trama es que si la Corte “percibiera” nuevos “estándares de convergencia” en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo Austria perdería su margen de apreciación.

La Corte deja, pues, abierta la posibilidad de un cambio en virtud de lo dispuesto por la CDF en su art. 9. La insistencia de la Corte en su facultad de modificar sus criterios, según los estándares percibidos, suena a reivindicación

<sup>18</sup> “Schalk and Kopf”..., cit., n° 58.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibid.*, n° 46.

<sup>21</sup> De hecho es lo que sucedió con diversos precedentes, más notoriamente, el caso “Goodwin”, que la Corte cita expresamente como modelo de cambio jurisprudencial por cambio de estándares de convergencia.

de la potestad de expropiar el margen de apreciación de los Estados miembros de la Unión si percibiera la Corte que ella misma tiene margen para hacerlo. De hecho, en los considerandos 60-61 recurre al art. 9 de la CDF, que elimina la expresión “hombres y mujeres” al hablar del derecho a casarse. Entonces, el fallo afirma que *“la Corte no va a considerar en el futuro que el derecho a casarse consagrado en el art. 12 debe en todas las circunstancias ser limitado al matrimonio entre dos personas de sexo opuesto”*<sup>22</sup>.

La Corte había citado previamente las partes relevantes del Comentario a la CDF, que explícitamente reconocen que *“...la provisión [del art. 9] es más amplia en su alcance que los artículos correspondientes en otros instrumentos internacionales. Desde que no hay una explícita referencia a “hombres y mujeres” como ocurre en otros instrumentos de derechos humanos, se puede sostener que no hay obstáculo para reconocer las relaciones del mismo sexo en el contexto del matrimonio. No hay, sin embargo, un explícito requerimiento para que las leyes nacionales faciliten tales matrimonios. Las Cortes Internacionales y los comités han vacilado en extender la aplicación del derecho a casarse a las parejas del mismo sexo”*<sup>23</sup>.

El lector atento del fallo no tarda en advertir que la lectura de los fundamentos del voto mayoritario parecen fundamentar más la futura admisibilidad de la neutralidad de sexos respecto del matrimonio, que sustentar la heterosexualidad de la definición. El único fundamento (y por cierto, débil y momentáneo) es la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en torno al matrimonio heterosexual. Por ahora, la Corte tiene la “percepción” de que no hay suficiente “consenso” o “convergencia” entre los Estados Contratantes, como para quitar el margen de apreciación de Austria. En sus argumentos, el voto mayoritario se ocupa de dejar bien en claro, que esto podría modificarse en el futuro si variaran las percepciones de los consensos<sup>24</sup>. En definitiva, un voto que pareciera conservar la definición heterosexual del matrimonio, explícitamente consagrada en el art. 12 del CEDH, termina por socavarlo y llevarlo a los umbrales de una posible modificación pretoriana.

<sup>22</sup> “Schalk and Kopf”..., cit., n° 61.

<sup>23</sup> *Ibid.*, n° 25.

<sup>24</sup> Y, no es ocioso recordar, que según la doctrina del caso *Christine Goodwin v. U.K.* (n. 28957/95, ECHR, 2/7/2002, § 85), la Corte no necesita la evidencia de que variaron los consensos, sino apenas la percepción de una “tendencia” a que ellos varíen hacia el “estándar de convergencia evolutivo”.

#### 4.2. *El voto minoritario y los límites de la interpretación<sup>25</sup> innovativa*

Esta singular interpretación que hace el voto mayoritario del art. 12 de la Convención, que termina desdibujando su contenido, es criticada en el voto de Giorgio Malinverni y Anatoly Kovler. Si bien estos jueces votan en el sentido de que no ha habido violación del art. 12 de la Convención, con fundamento en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969), señalan que discrepan de la opinión mayoritaria que interpreta que el art. 12, considerado de manera aislada, no excluye el matrimonio entre dos varones o entre dos mujeres. El argumento es sagaz y percibe la dificultad en su punto álgido.

Al respecto, Malinverni y Kovler destacan que el art. 31 de la Convención de Viena exige atenerse en la interpretación al significado ordinario de los términos del tratado y concluyen que, en el caso del art. 12, este significado “*no puede ser ningún otro que el reconocimiento de que un hombre y una mujer, es decir, personas de sexo opuesto, tienen el derecho a casarse*”. Tal es la conclusión a la que se llega también si se interpreta el artículo “a la luz de su objeto y propósito” como exige el mismo art. 31 citado. Además, sostienen que la interpretación literal constituye la regla general de interpretación y ello excluye la posibilidad de interpretar el art. 12 como confiriendo el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo.

No aceptan tampoco que se pueda sostener que, por aplicación del art. 9 de la CDF, se deba inferir alguna interpretación distinta del art. 12 de la Convención y que este art. 12 es inaplicable a las personas del mismo sexo, toda vez que consagra inequívocamente la diferencia de sexo.

En síntesis, los fundamentos de estos dos votos acuerdan con el voto de la mayoría en que el art. 12 de la Convención no impone una obligación a los Estados de garantizar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. No obstante, ponen al descubierto el revés de la trama del voto mayoritario. Para ellos, la pretensión de interpretar el art. 12 del CEDH, de tal manera de que quede casi expurgado, no tiene suficiente sustancia jurídica. El derecho a casarse sólo puede referirse a personas de sexo opuesto.

---

<sup>25</sup> Parafraseando la conocida compilación de Umberto ECO, ante los desbordes de la hermenéutica.

## 5. LAS UNIONES DE PERSONAS DEL MISMO SEXO CONSIDERADAS COMO “FAMILIA”

La Corte, además de dejar abierta una puerta interpretativa para revisar en el futuro su noción de matrimonio, establece un nuevo hito en la tendencia jurisprudencial que deconstruye el matrimonio y torna líquido el concepto de familia.

Al considerar si la exclusión de las uniones de personas del mismo sexo configura discriminación en los términos de los arts. 8 y 14 de la CEDH, señala que *“siendo indiscutido que la relación de la pareja del mismo sexo peticionante encuadra en la noción de “vida privada” del art. 8 del CEDH”, la Corte considera apropiado incorporar la cuestión de si tal relación constituye también “vida familiar”*<sup>26</sup>.

Así, afirma que la noción de familia *“no está limitada a las relaciones basadas en el matrimonio”* y también se aplica a otros vínculos de hecho familiares donde las partes *“viven juntas fuera del lecho matrimonial”*<sup>27</sup>. Al respecto, para la Corte, a partir de 2001, se ha verificado una *“rápida evolución de actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo en varios Estados miembro”*. Además, considera *“artificial”* mantener una distinción con las parejas de sexo opuesto, y por eso concluye que la relación de los peticionantes, *“una pareja del mismo sexo cobabitando en una unión estable de hecho”*<sup>28</sup>, queda comprendida en la noción tanto de *“vida privada”* como de *“vida familiar”*.

Cabe reiterar que aun cuando se admite a las uniones de personas del mismo sexo como familia en los términos del art. 8, el fallo considera que Austria no discrimina en los términos del art. 14 analizado junto con el art. 8 del CEDH cuando impide a las personas del mismo sexo acceder al matrimonio.

Esta doctrina innecesaria del fallo sobre la *“vida familiar”* (advírtase que es la Corte la que decide por propia iniciativa abordar esta cuestión), abona la idea de una notable discontinuidad entre la parte resolutoria y sus fundamentos.

Dado que el matrimonio ha sido históricamente la base privilegiada de la familia, e incluso el analogado principal (modelo, paradigma) de cualquier otra integración familiar, se esperaría que el análisis que se hace en el fallo

<sup>26</sup> *“Schalk and Kopf”*..., cit., n° 90.

<sup>27</sup> *Ibid.*, n° 91.

<sup>28</sup> *“A cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership”*, *Ibid.*, n° 94.

del concepto de matrimonio sea coherente con el concepto de familia<sup>29</sup>. Pues bien, la expectativa es errónea. El fallo consagra por primera vez un divorcio entre los términos “matrimonio” y “familia”.

En nuestra opinión, se trata de una novedad en la historia del derecho occidental. El matrimonio por primera vez es forzado a abdicar de su causación ejemplar y formal intrínseca de la familia. Esta novedad tiene consecuencias radicales en el derecho de familia, a poco que se analice. Supone un cambio profundo de paradigma social, que puede tener al menos tres implicaciones:

- Que el matrimonio deje de ser modelo óptimo performativo

Dejar de considerar al matrimonio como modelo óptimo performativo podría tener evidentes consecuencias sociales y políticas. Por nombrar algunas: más niños nacidos en uniones inestables, más promiscuidad en las relaciones, menos contención y solidaridad transgeneracional, menos tercerización o subsidiariedad en el sostenimiento económico de los sectores poblacionales vulnerables, etc.

- Que este sea el principio de deconstrucción por implosión de la institución matrimonial

Como es sabido, cambiar el nombre de las cosas no opera como una alquimia mágica que cambia su sustancia. El fallo implica que familia y matrimonio son dos conceptos sustancialmente divergentes (no comparten una razón de proporcionalidad común, no suponen un principio formal común). En todo caso, hay un nuevo principio formal que impone el nuevo género “familia”. Luego, ¿cuál es hoy realmente el principio especificante de la “familia”? ¿El hecho asociativo del afecto de los convivientes –con independencia de su sexo y de su apertura procreativa– en una relación de significación sexual? Se advierte rápidamente que ubicar al matrimonio como una parte subjetiva de ese género, como ya lo hace la CDF, es una deconstrucción radical no sólo de la familia, sino también del matrimonio. Si no es el matrimonio el que especifica y modela la familia, sino que es éste nuevo concepto de “familia” el que

---

<sup>29</sup> FRANCK, M.<sup>a</sup> I., “El pretense matrimonio homosexual y su influencia en la educación”, Diario Jurídico *El Derecho*, Buenos Aires (13/07/2010, n° 12.542).

opera como principio formal de la vida familiar, es evidente que el matrimonio se verá reformulado y redefinido por su género de pertenencia.

- Que se produzca una alteración simbólica profunda en la cultura europea en torno al significado del matrimonio y la familia

En tercer lugar, dijimos que las palabras no operan como alquimia que muda las sustancias y, sin embargo, las instituciones jurídicas tienen un carácter performativo. Lo dicho significa que causan ejemplarmente las conductas sociales, así como lo enunciamos en nuestra primera consideración. La redefinición de la familia implica también algo más profundo: supone una reingeniería simbólica del instituto del matrimonio a la luz de la sintaxis del nuevo concepto de familia. Esta reingeniería procede a partir de la ejemplaridad de la sentencia. No cabe duda que los sujetos de la ley o doctrina judicial (decimos sujetos y no sus protagonistas, porque estas modificaciones se producen en altas esferas de poder judicial o político, y nunca primeramente en la sensibilidad de las masas), operan de esta forma una alteración progresiva de valoración de bienes derivados de la institución matrimonial. Es previsible que se desarrolle así una creciente insensibilidad a la institución matrimonial y sus valores propios, más aún cuando el fallo contiene una amenaza velada de responsabilidad internacional a los Estados que se nieguen a redefinir el matrimonio según los estándares valorativos del set de valores del Tribunal Europeo.

## 6. TÓPICOS PRINCIPALES DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DOCTRINA EVOLUTIVA DEL TEDH: UN TELÓN DE FONDO DEL FALLO

El análisis del fallo en torno a la noción de matrimonio y uniones de personas del mismo sexo permite advertir no sólo la complejidad del tema, sino también la necesidad de considerar esta decisión en el marco de la evolución jurisprudencial de la Corte. El mismo Tribunal entronca su discurso con tres tipos de precedentes: los que se refieren a los límites de la doctrina del margen de apreciación en torno al matrimonio; los que se refieren al matrimonio en caso de reasignación de sexo; y los que se refieren al matrimonio preexistente y reasignación de sexo posterior.

En este apartado analizaremos algunas de las más importantes cuestiones del derecho de familia en la Corte Europea de Derechos Humanos, con particular referencia a la incidencia que tiene el caso “*Schalk and Kopf v. Austria*”.

### 6.1. *Los precedentes en los que la Corte quiere inscribir el caso “Schalk”*

Según preanunciamos, la Corte considera relevantes tres tipos de precedentes.

#### 6.1.1. Casos que limitan el margen de apreciación de los Estados

En primer lugar, se refiere a aquellos precedentes que establecieron límites a la doctrina del margen de apreciación del Estado. En ellos, la Corte resalta que el Estado no puede regular el matrimonio de tal forma que la identidad de la institución se vea dañada. El argumento podría traer reminiscencias a una idea de la naturaleza de las cosas en materia de matrimonio. Por el contrario, estos precedentes se inscriben en una tradición evolutiva que fragiliza presupuestos históricos de la institución.

La Corte trae a colación el caso “*B. and L. v. the United Kingdom*” (n. 36536/02, § 34, European Court of Human Rights –en adelante ECHR– 13/9/2005), que versaba sobre el impedimento matrimonial entre suegro y nuera. Como es sabido, dichas prohibiciones tienen relación con un remedo del incesto (incesto del segundo tipo) y por ello son recogidas por algunos Estados para conservar el orden del parentesco y la descendencia y en protección de los niños que pudieran nacer de dichas uniones. La Corte sostuvo al respecto que los Estados no deben restringir de tal manera el derecho a casarse que su esencia se vea dañada<sup>30</sup>.

El caso “*F. v. Switzerland*” (18/12/1987, § 32, ECHR, Series A n° 128)<sup>31</sup> consideró irrazonable el plazo de espera de tres años para volver a contraer matrimonio a un hombre que se había divorciado tres veces. Se consideró que la esencia del derecho a casarse se veía dañada si se obligaba a una persona mentalmente hábil a un plazo de reflexión en el que ésta no tenía interés.

En ambos casos, el estrechamiento de la doctrina del margen de apreciación de los Estados es en detrimento de resguardo de cualidades esenciales del matrimonio. En el primer caso, un remedo del impedimento de ligamen. En el segundo caso, un resguardo contra la propiedad de estabilidad de la unión matrimonial.

<sup>30</sup> “*Schalk and Kopf*”..., cit., n° 49.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

### 6.1.2. Casos en los que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo biológico, siempre y cuando una de ellas tenga una reasignación sexual por transexualismo

La Corte también consideró relevantes los casos referidos al matrimonio de personas con transexualidad. Especialmente, consideró importante el caso “*Goodwin v. United Kingdom*”(n. 28957/95,ECHR, 2/7/2002). Recordemos que el Sr. Goodwin, con identidad registral femenina, requiere que sean borrados a todo evento los efectos de su identidad biológica, incluso para contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo biológico. La Corte Europea hace lugar al reclamo, según la convergencia de estándares de los Estados Contratantes en torno a la identidad reasignada del transexual. El caso Goodwin es un importantísimo precedente respecto de la prevalencia de la decisión de la Corte sobre el margen de apreciación de los Estados.

En *Goodwin*, la Corte aborda el fraseado divergente entre el art. 9 de la CDF y el art. 12 del CEDH y entiende que la diferencia sexual ya no puede interpretarse exclusivamente en términos de diferencias biológicas. Para la Corte había una amplia aceptación del matrimonio entre personas con sexo reasignado y, en consecuencia, consideró admisible el matrimonio entre dos personas que –si bien biológicamente tienen el mismo sexo– desde el punto de vista social y jurídico son tratadas como de diferente sexo.

Este caso tiene una tremenda relevancia e importa una redefinición de la institución matrimonial. Es indudable que el fallo se deriva como una consecuencia coherente con la legislación de los Estados partes al admitir la reasignación de identidad bajo la ideología del género.

Sin embargo, el Reino Unido se resistía a desmentir del todo la identidad biológica y por eso no admitía ni el acceso al matrimonio, ni borrar de los registros estatales toda referencia a la identidad biológica del Sr. Goodwin. La identidad es otro concepto puesto en profunda crisis, como si hubiera estratos de ella que pudieran ser silenciados. Una identidad esquizoide, que aparentemente podría suprimir estratos armónicos e integrales de la personalidad humana, por alquimia jurídica. En el caso Goodwin, asistía, pues, la razón al Reino Unido. La identidad es integral. Aun cuando estuviera regulada a ciertos efectos la reasignación de identidad jurídica, no es lo mismo un hombre que asume la identidad de una mujer, que una mujer que tiene una identidad armónica y cabal.

Volveremos sobre las trascendentes consecuencias de “*Goodwin*” más abajo.

### 6.1.3. Casos de matrimonios heterosexuales preexistentes, con reasignación de sexo posterior a las nupcias, y la admisibilidad del margen de apreciación

Finalmente, la Corte considera relevantes para la resolución del caso “*Schalk and Kopf v. Austria*” los precedentes “*Parry v. the United Kingdom*”(n. 42971/05, ECHR-2006-XV), y “*R. and F. v. the United Kingdom*” (n. 35748/05, 28/11/2006)<sup>32</sup>. En ambos casos, los demandantes eran un matrimonio heterosexual. Uno de sus integrantes, en algún momento, por transexualismo, se sometió a diversas operaciones de mutación de caracteres sexuales secundarios, hasta adquirir un aspecto físico y una identidad social correspondiente al sexo opuesto. En ambos casos, el Reino Unido sostuvo que el matrimonio debía divorciarse para que su integrante transexual pudiera obtener la identidad jurídica del sexo opuesto.

La Corte entendió en esos casos que la regulación de los efectos de la reasignación de identidad por transexualismo en matrimonios preexistentes quedaba librado al margen de apreciación del Estado y que en el caso de que debieran divorciarse, tenían la posibilidad de integrar una unión civil registrada, sin que se altere la regla de proporcionalidad.

En este caso, la Corte autoriza al Estado a exigir el divorcio de un matrimonio heterosexual, contra la voluntad de los cónyuges, si uno de éstos desea mutar su apariencia y su identidad social y jurídica. No se trataría de un cónyuge que acusa al otro de injurias por tales operaciones, puesto que ambos cónyuges están dispuestos a seguir adelante con el matrimonio.

El desconcierto proviene de que en un caso (“*Goodwin*”), la Corte obliga al Estado a casar a personas del mismo sexo biológico con identidad jurídica diversa, mientras que en los otros (“*Parry v. the United Kingdom*” y “*R. and F. v. the United Kingdom*”) convalida la exigencia del divorcio para personas de sexo biológico diverso, pero identidad jurídica idéntica. El margen de apreciación es válido sobre la base de la identidad jurídica. La preeminencia de la “reasignación” (de la imposición del nombre jurídico a la identidad) por sobre la evidencia biológica, no deja de asombrar. Un divorcio de la superestructura jurídica de su estructura biológica y fáctica.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, n° 53.

## 6.2. Competencia de la Corte para definir el concepto europeo de familia

Si la década del '50 dio a luz fructíferas Declaraciones y Convenciones internacionales con referencias que no dejaban dudas sobre el perfil del matrimonio y su carácter de fundamento privilegiado de la familia, los últimos decenios del siglo pasado y sobre todo los primeros diez años de este nuevo milenio han sido testigos del sucesivo desmembramiento de aspectos considerados sustanciales en la definición de matrimonio. El protagonismo de la “interpretación vivificante”<sup>33</sup> de la Corte ha implicado, en la práctica y más de una vez, deconstruir progresivamente los supuestos teóricos explícitos e implícitos de los Tratados sobre derechos humanos que le dieron vida.

La Corte tiene un historial de jurisprudencia evolutiva<sup>34</sup> en torno a la articulación del matrimonio y la familia. Se ha dicho que se vio obligada a angostar la brecha entre la ley y la sociedad<sup>35</sup>. La Convención no es letra muerta, sino que debe ser releída a la luz de las nuevas circunstancias provocadoras de cambios<sup>36</sup>. Esta doctrina es un lugar común en los fallos que amplían el espectro de la vida familiar contenida en el art. 8.1. del CEDH. Así en “*Marckx v. Bélgica*”<sup>37</sup>. En “*Burghartz v. Suiza*”<sup>38</sup> agregó énfasis a esta modalidad hermenéutica cuando se produce la conjugación entre el art. 8.1. con el principio de no discriminación (Art. 14 CEDH).

La definición de familia es una cuestión en la cual la Corte se entiende competente, y no hay reglas generales a las que deba atenerse. Se decide caso por caso. En el caso “*Hokkamen v. Finlandia*” (n. 19823/92 ECHR 23/09/1994), la Corte decidió que “la existencia o no de vida familiar que caiga dentro del espectro del Art. 8 dependerá de un número de factores y circunstancias de cada caso

<sup>33</sup> *Tyrer v Reino Unido* (1978) Ser. A, No. 26, p. 31.

<sup>34</sup> MOWBRAY, A., “The creativity of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, 5 (1) (2005), pp. 57-79.

<sup>35</sup> “... narrow the gap between law and society”, cfr. el análisis de KLEIJKAMP, G., *Family Life and Family Interests*, Kluwer, Londres, 1999, p. 140.

<sup>36</sup> MCGLYNN, C., *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 15

<sup>37</sup> “Case of *Marckx v. Belgium*” (n. 6833/74, ECHR, 13/7/1979). En este fallo la Corte sostuvo: “The Court recalls that this Convention must be interpreted in the light of present days conditions”.

<sup>38</sup> “Case of *Burghartz v. Switzerland*” (n. 16213/90, ECHR, 22/7/1994). Allí se sostuvo que “The Convention must be interpreted in the light of present day conditions, especially the importance of the principle of non-discrimination”.

*particular*”<sup>39</sup>. Queda implícito que existe un derecho al reconocimiento de los lazos familiares, en los términos delineados por la jurisprudencia dinámica de la Corte<sup>40</sup>.

### 6.3. *Matrimonio, convivencia, familia: ¿convivencia?*

Respecto del matrimonio, desde los estratos más antiguos de legislación sobre su esencia, la convivencia o consorcio bajo un mismo techo fue un elemento definitorio. De ahí que fuera razonable en el imaginario social concebir a la familia como un núcleo de sujetos relacionados por vínculos jurídicos o relaciones de parentesco. Ahora bien, la Corte ha cuestionado el estándar “*under the same roof*”<sup>41</sup>. La explosión del divorcio en la segunda mitad del siglo pasado, a partir de la facilitación que incorporaron los procesos incausados, implicó un nuevo grupo poblacional: los divorciados<sup>42</sup>. Muchos de ellos compartían hijos en común. Este desafío llevó a preguntarse si debía entenderse como familia a la integrada por padres que viven bajo techos distintos. Hoy día, para la Corte, la *cobabitación no es definitoria de la vida familiar. La familia es un concepto líquido, que puede abarcar zonas o apenas algunos parentescos*. Por ejemplo, hay vida familiar si hay vínculo entre el padre y el hijo aunque no haya ninguna vinculación de ambos padres entre sí.

El caso “*Berrehab v. Netherlands*” (n. 10730/84, ECHR, 21/6/1988) resolvió el predicamento de un ciudadano marroquí al que le fue negada la renova-

---

<sup>39</sup> Como antes, la traducción es nuestra. Transcribimos en lengua original: “*The existence or not of family life falling within the scope of Art. 8 will depend on a number of factors and on the circumstances of each particular case*”.

<sup>40</sup> En el caso *Kroon v. Países Bajos* (18.535/91, ECHR), fallado en el año 1994, se obligo al Estado a ser expeditivo en el reconocimiento legal de los lazos entre un padre y su hijo. En el caso, la Sra. Kroon, pretendía el reconocimiento de su hijo extramatrimonial con el Sr. Zerrouk. El hijo había nacido durante el matrimonio con otro hombre. El matrimonio se encontraba disuelto y el esposo había emigrado de los Países Bajos, sin conocerse su residencia actual. Ver ROBYN EMERTON, B., *Women's Human Rights, leading international and national cases*, Routledge Cavendish, Londres, 2005, p. 324.

<sup>41</sup> Parafraseando el ingenioso título de la obra editada por la profesora inglesa PROBERT, R., *Family Life and the Law: Under the same roof*, Ashgate, Hampshire, 2007, que juega con la idea de la creciente asociación de la vida familiar con la convivencia, la protección del techo común y la convivencia de la vida familiar con la ley.

<sup>42</sup> Sobre el particular, leer las interesantes contribuciones de la ex-profesora de Harvard y antigua embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede, la catedrática GLENDON, M. A., *Abortion and divorce in the western law*, Harvard University Press, Harvard, 1987; entre otros.

ción de su residencia en los Países Bajos luego de su divorcio. Tenía una hija matrimonial que seguiría viviendo con su madre en los Países Bajos luego de su deportación. Acudió a la Corte Europea invocando el art. 8 de la Convención. La Corte sostuvo: “*Se sigue del concepto de familia sobre el que el Art. 8 está basado que un niño nacido de una tal unión es ipso iure parte de una relación; luego, a partir del momento del nacimiento del niño y por ese solo hecho del nacimiento, existe entre ese niño y sus padres un vínculo familiar*”<sup>43</sup>. Es decir, que, en ese caso, el concepto de familia sería fluido. El niño tendría vida familiar con su padre, y vida familiar con su madre; pero padre y madre no serían familia entre sí.

En el mismo sentido, en “*Keegan v. Irlanda*” (n. 16969/90, ECHR, 26/5/1994), el padre y la madre se conocieron por dos años, cohabitaron un año, planearon el nacimiento de un hijo e incluso casarse. Pero rompieron antes del nacimiento del niño. La madre desde el embarazo comenzó gestiones para dar al niño en adopción, lo que ocurrió a los pocos días del nacimiento. El padre, que conoció a su hijo a los dos días de nacido, ignorando los trámites de adopción, reclamó por su derecho a oponerse a esa adopción y por la tenencia de su hijo. La Corte sostuvo que existe un derecho a la vida familiar del niño nacido, aún si al momento del nacimiento sus padres ya no convivían.

Paralelamente, se da una situación paradójica. La convivencia ilegítima históricamente no era fuente de derechos, toda vez que lo “ilegítimo” no puede ser fuente de “legitimidad subjetiva” o “derechos subjetivos”. Basta retrotraerse a las Partidas, en torno al tratamiento dispar que merecían el amancebamiento y la barraganía. Las barraganas eran tratadas con indulgencia, mientras que los amancebados eran sancionados con un régimen punitivo. La diferencia entre los primeros y los segundos consistía en que la convivencia en la barraganía no suponía la ilegitimidad de infringir un estado de vida público. Vale decir, ambos convivientes poseían aptitud nupcial y no agraviaban ni deberes conyugales (caso del adúltero) ni votos religiosos. El amancebado infringía los deberes emergentes del matrimonio y por ello se hacía susceptible de sanción.

El desdibujarse del matrimonio en la consideración del legislador ha llevado a postular que la ilegitimidad consistente en agraviar los deberes emergentes del matrimonio (libremente contraído por el infractor bajo el régimen

---

<sup>43</sup> “*It follows from the concept of family on which Art. 8 is based that a child born of such an union is ipso iure part of the relationship; hence, from the moment of the child’s birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to ‘family life’, even if the parents are not then living together. Subsequent events, of course, may break that tie, but this was not so in the instant of the case*”.

vigente) debe desaparecer de la faz del derecho, por arte de la interpretación evolutiva.

En “*Marckx v. Bélgica*” (6833/74, ECHR, 13/6/1979) la Corte Europea sostuvo que la vida familiar contenida en el art. 8 del CEDH se aplica tanto a la familia legítima como a la familia ilegítima:

“... a pesar de que el objeto del Art. 8 es esencialmente el de proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, ello no obliga al Estado a solo abstenerse de dicha interferencia: además de esta medida primariamente negativa, debe haber acciones positivas inherentes a un efectivo ‘respeto’ por la vida familiar”<sup>44</sup>.

Adviértase en todos los casos la *tensión subsistente entre el derecho nacional y el derecho internacional*. Si bien sostuvo la Corte que el principio del art. 8 dejaría un margen de apreciación amplio a cada Estado acerca de los medios para regular dicha vida familiar (“*margin of appreciation doctrine*”)<sup>45</sup>, lo cierto es que la Corte una y otra vez falla contra las regulaciones de los Estados que no se ajustaban a su interpretación dinámica del art. 8. El Estado queda obligado a realizar acciones positivas para proteger la “*vida familiar*” según la definición de la Corte.

En el caso “*Johnston v. Irlanda*” (9697/82, ECHR, 18/12/1986) se trataba de un niño nacido de una pareja ilegítima para la ley irlandesa. La Corte sostuvo que el “*respeto a la vida familiar implica la existencia en la legislación doméstica de salvaguardas que hagan posible desde el momento del nacimiento la integración del niño en su familia*”<sup>46</sup>. El padre era divorciado, y por lo tanto, según la ley no podía casarse con la madre de su hijo. Allí, el derecho a la vida familiar fue enunciado contra la legislación vigente en el país demandado. “*Johnston*” implicó una contracción del “*margen de apreciación*” de los Estados, según la definición de la Corte.

<sup>44</sup> La traducción es nuestra. El original dice: “[A]lthough the object of Art. 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life”.

<sup>45</sup> Ver p. ej. GREER, S., *Margin of appreciation doctrine: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2000, pp. 9 y ss. En *Marckx* el margen de apreciación abarca “the choice of the means calculated to allow everyone to lead a normal family life”.

<sup>46</sup> La traducción es nuestra. En el original dice: “[R]espect for family life implies the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family”.

#### 6.4. *Familia, hijos y los fines del matrimonio*

Como punto de partida, es necesario señalar que para la Corte la vida familiar *comienza con el nacimiento de los hijos*. Previo al nacimiento no hay filiación alguna: la Corte Europea se ha ocupado de dejar en claro que una mujer tiene derecho a abortar legítimamente, sin el consentimiento de su esposo<sup>47</sup>. Entre esa madre y ese hijo no median los deberes de cuidado emergentes de la autoridad parental. Entre ese padre y ese hijo parecería desdibujarse el vínculo mismo de parentesco. La jurisprudencia de la Corte necesita palpar la vida humana para crearla: salvo que al niño se le permita nacer, no accederá al estándar de protección.

La Corte Europea sostuvo que *el derecho a una familia* implica, sí, una apertura a la descendencia, pero no una garantía de tener una. Lo contrario supondría que los matrimonios que no pueden tener hijos, no constituirían familia<sup>48</sup>. En consecuencia, tampoco existe un derecho a adoptar, ni un derecho a procrear<sup>49</sup>. Se ha sostenido que el derecho a la vida no comprende el derecho a engendrar vida. Esto último se sostuvo en un fallo no publicado de 1961 (“*X v. Dinamarca*”), en dónde se sostuvo que la esterilización de una mujer sin el consentimiento de su marido podría implicar una ruptura respecto de la Convención<sup>50</sup>. Dudamos que hoy se mantengan estos criterios, aunque los compartimos plenamente. Sin embargo, para la Corte –según la jurisprudencia que desarrollamos en el apartado anterior–, *la existencia de hijos funda una familia*.

En este sentido, no sorprende en 2002, la ruptura en el orden de los fines del matrimonio, sobre todo por el caso “*Goodwin v. The United Kingdom*” que ya hemos mencionado más arriba (§ 6. a). En lo que podríamos denominar como

---

<sup>47</sup> *X v. United Kingdom* (8416/78), DR 19, 244, según la cita de SIEGHART, P., *The international law of the human rights*, Oxford University Press, reed. 2003 (1983), p. 203, notas 9 y 10. En esos casos, la Corte se limitó a confirmar la decisión previa del Reino Unido. Sin embargo, sostuvo que el derecho a la vida familiar del padre, no podía interpretarse de manera tan amplia, que vulnerara el derecho de la madre a su salud psíquica y mental (alegada por ella), para provocar el aborto. Ver VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G., *Theory and Practice of the European Convention*, Martinus Nijhoff, 1998, p. 499. La misma tesis se sostuvo en el fallo *Hercz v. Noruega* 17.994/90 (1992) p. 155. La legitimación activa está siempre en cabeza de los padres del niño abortado o por abortar.

<sup>48</sup> En referencia a la CEDH, SIEGHART, P., cit., p. 203

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Nota n° 10, de VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G., *Theory and Practice of the European Convention*, MartinusNijhoff, 1998, p. 302.

un “efecto colateral” de *Goodwin*, la decisión de la Corte implica que *la inhabilidad para concebir ya no pueda ser considerada por sí misma como un impedimento del derecho a casarse*. No se modificó la definición de matrimonio (aparentemente), porque el Reino Unido casaría, llegado el caso, a un hombre –en sentido jurídico– con una mujer. Estrictamente hablando, se habilitaba el matrimonio entre dos personas del mismo sexo biológico. Aparentemente sin quererlo el matrimonio fue redefinido del mismo golpe: desde ese momento en adelante, la proyección altruista y de futuro de la institución matrimonial, expresada en la habilidad procreativa potencial del acto unitivo, había quedado suprimida.

En realidad, cesan conjuntamente el objeto y los fines del matrimonio. Con la nueva definición los esposos son inhábiles para realizar el *consortium omnis vitae*. Se excluye además la dimensión procreativa. De este modo, se modificaría el eje del matrimonio. Si hasta aquí el matrimonio era una institución altruista, cuyo peso se inclinaba hacia el cuidado de los esposos y las generaciones futuras, el nuevo matrimonio (v. gr. el que ya nació con el caso *Goodwin*), está más relacionado con la satisfacción hedonista de los cónyuges que con su impronta de solidaridad transgeneracional.

La Corte, en su carácter de intérprete actualizador del texto del CEDH, podría seguir deconstruyendo y reformulando la esencia del matrimonio, para “angostar la brecha” entre las prácticas sociales y el texto de 1950. Cabe preguntarse cuánta reinterpretación soporta el texto en su sentido literal. En el fallo “*Schalk and Kopf v. Austria*” que analizamos, la Corte en su voto mayoritario ha alzado el índice para advertir que no se considera obligada a mantener inalterada la sustancia heterosexual del art. 12 del CEDH.

En cuanto a la filiación, es necesario comprender que la evolución del matrimonio incide directamente en la concepción de la filiación. La interdependencia de matrimonio-filiación (y familia) es inescindible. Tal vez nunca como hoy se evidencia que la operación sobre la pragmática del término “matrimonio” repercutirá invariablemente en los analogados de la familia y en el marco existencial en el que se proyecta la crianza y desenvolvimiento de la vida de los niños. Recién analizábamos el vuelco en torno a los fines: los hijos ya no interesan al matrimonio. La sociedad ha corrido el eje de la institución matrimonial y prioriza la visión adultocéntrica, en la que el niño es exiliado del discurso jurídico. La escena es acaparada por el placer de los compañeros adultos (en el que cada partenaire es para el otro un objeto de placer y no él un sujeto con el que se comparte una misión que los trasciende a ambos). La causa final de la institución se deslíe y con ella también el fundamento de su interés público.

### 6.5. *La vida familiar y las técnicas de procreación artificial*

El tema de las técnicas aplicadas a la procreación artificial también entra en la interpretación de la Corte de los alcances de la noción de vida familiar. Así, en “*Dickson v. the United Kingdom*” consideró que la negativa a brindar servicios de inseminación artificial a un prisionero y su mujer constituía una violación del art. 8 del CEDH, interpretando que la protección de la vida privada y familiar incluye el derecho a respetar su decisión de convertirse en padres genéticos (n. 44362/04, § 66, ECHR, 2007-XIII).

En “*Case of S.H. and Others v. Austria*” (n. 57813/00, ECHR, 1/4/2010), la Corte ratificó el criterio de que el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistidas para el mismo fin se encuentra en el ámbito del art. 8 y, en relación a las técnicas que utilizan gametos donados por terceros, consideró que la regulación austríaca que admitía la donación de semen en la inseminación artificial, pero negaba la ovodonación o la donación de semen en técnicas extracorpóreas, no tenía una justificación razonable y constituía discriminación en los términos de los arts. 8 y 14. Vale aclarar que, a pesar de ciertas interpretaciones en tal sentido, el fallo no consagra aquí un derecho a la donación de gametos como parte de las técnicas de procreación artificial y de la noción de vida familiar, sino que considera irrazonable la distinción formulada por la ley austríaca. La distinción tiene decisiva importancia, por ejemplo, para la legislación italiana que prohíbe en todos los casos la donación de gametos y que no quedó comprendida en el caso analizado.

Por supuesto, este recurso a las técnicas de procreación artificial constituye un paso más en el abandono de la lógica de gratuidad y donación propias del matrimonio en la transmisión de la vida y un avance de la autonomía de la voluntad en lo que configura un singular abuso biotecnológico. A su vez, cabe señalar que a la admisión de las uniones de personas del mismo sexo como vida familiar puede seguir, en el futuro, una pretensión de tener descendencia por estas técnicas de procreación, con los consiguientes desarreglos filiatorios y los daños sobre la identidad de los niños.

### 6.6. *La filiación adoptiva*

Es necesario que ahora viemos la vista hacia dos precedentes que se refieren a la filiación adoptiva. Al recapitularlos, entroncaremos con la reflexión que venimos trayendo.

La Corte también ha sostenido que *la vida familiar se refiere a una familia preexistente, pero no se puede discriminar al postulante de adopción solamente por su orientación sexual. El interés del niño puede implicar opciones de exclusión de una persona soltera*. En la jurisprudencia implicada en la reciente referencia, la Corte habría apuntado a que la vida familiar, para ser tutelada por el art. 8, debe ser preexistente y no futura. En “*Fretté v. France*” (36515/9, 26/2/2002, ECHR, 2002-I), la Corte apunta al interés superior del niño. Apoyándose en la falta de evidencia de los estudios sobre la crianza de los niños en hogares homoparentales, convalida la decisión del Estado francés de negar la adopción a una persona soltera que manifiesta su orientación homosexual. Sin embargo, en “*E. B. v. Francia*” (43546/02, ECHR, 22/01/2008) dicho criterio parece revertirse. Allí la Corte articula los arts. 8 y 14, para argumentar que una mujer no puede ser discriminada por su orientación sexual en su intento para calificar como adoptante. Si bien la Corte es cuidadosa en afirmar que se trata de una plataforma fáctica y jurídica distinta en uno y otro caso, se parece más a un pequeño vuelco de la jurisprudencia. El argumento para sostener la armonía entre ambos casos consiste en que en el primero no había certeza de la cualificación del Sr. Fretté para ser adoptante, mientras que en E. B. el Estado Francés reconoce la cualificación de la postulante, pero discrimina por razón de orientación sexual<sup>51</sup>.

Hasta aquí hemos desarrollado aspectos relativos a la filiación y la familia. Vimos que la Corte considera que la vida familiar comienza con el nacimiento. Que la filiación por adopción rompiera el molde de semejanza o analogía con la filiación natural, es un notable signo. Además, irrumpe la procreación artificial como parte de la vida familiar y se vislumbra que, en el futuro, se discutirá la disociación de paternidad genética y voluntad procreacional. Todo ello no puede menos que situarse en paralelo con la supresión del peso teleológico de los niños en el matrimonio. La familia comienza a girar en torno a un paradigma adultocéntrico, egocéntrico.

Recordemos que el paradigma jurídico de todo el sistema de derecho de familia era la familia fundada en el matrimonio, de la que nacían los vástagos legítimos. En función de ese paradigma (el modelo óptimo para los niños, los padres y la sociedad), se establecían analogías que merecían tutelas análo-

---

<sup>51</sup> RAPTIS, J. L., “Diskriminierung von Homosexuellen in Adoptionsrecht”, *Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht*, Manz, Viena, 2008, pp. 55 y ss.

gas. La filiación por adopción tenía como modelo al adoptante casado, ya que para un niño que había padecido el abandono de sus padres, era conveniente proveerle una familia estable. El hecho de que los pretendidos adoptantes se hallaran unidos en matrimonio, era una expresión de un compromiso respecto de un propósito de vida común institucionalizado. Habilitar, contra el derecho nacional francés, que una mujer explícitamente lesbiana prive intencionalmente al niño adoptado de la paternidad, implica una ruptura simbólica muy profunda (no sólo subjetivamente, para el niño o para la sociedad sino para la estructura jurídica europea positiva de las relaciones familiares).

### 6.7. *Desinstitucionalización del matrimonio, institucionalización de la convivencia*

El profesor chileno Hernán Corral Talciani había sostenido hace un tiempo que el derecho de familia asistía a una metamorfosis<sup>52</sup>. Antes, el concubinato emulaba al matrimonio y el matrimonio era el paradigma del derecho. Ahora, el matrimonio se asemeja al concubinato, que comienza a ocupar conceptualmente el centro de la escena. El fallo “*Karner v. Austria*” (n. 40016/98, ECHR, 24/7/2003), sin encuadrarla como familia, trata el hecho de la convivencia (¿puede decirse “concubinaria”?) de dos personas del mismo sexo como relevante en orden a generar efectos jurídicos. Si bien la Corte no se atreve a denominar “*vida familiar*” a tal convivencia, roza el art. 8 con su argumentación. Este fallo funciona de antecedente explícito del fallo “*Schalk and Kopf v. Austria*”.

En *Karner*, la Corte Europea sostuvo que la idea de “*life companion*” (compañero de vida) incluía a las parejas de personas del mismo sexo en el marco del derecho al respeto de la propia casa. La Corte admite no calificar como familia a las uniones entre personas del mismo sexo, porque sostiene que la protección de la familia debe entenderse en sentido tradicional y que dicha protección es una poderosa y legítima razón para justificar la diferencia de tratamiento en virtud de la orientación sexual. No obstante, *Karner* es probablemente el gozne entre la jurisprudencia anterior que excluía por desemejanza a las parejas del mismo sexo del concepto de vida familiar y la jurisprudencia de

<sup>52</sup> CORRAL TALCIANI, H., “Claves para entender el derecho de familia contemporáneo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n° 21 (2002), pp. 25 y ss.

“*Schalk and Kopf v. Austria*”. La Corte no sólo realiza el rol del compañero de vida, sino que además establece el antecedente de que para discriminar por razones de orientación sexual, son necesarias poderosas razones que justifiquen dicho tratamiento diferenciado.

#### 6.8. *¿Paralelismo o espejo roto entre matrimonio y familia?*

En general, el concepto de familia llevó una línea paralela con el de matrimonio. “*Las relaciones familiares –según señala CLARE MCGLYNN– son examinadas por su cercanía y semejanza con lo que es percibido como la norma del matrimonio tradicional (a pesar de la desemejanza que los diversos matrimonios puedan tener)*”<sup>53</sup>.

No obstante, la mentada autora señala con agudeza que la causa de este fenómeno de dispersión de las formas familiares es la erosión del matrimonio: la disgregación o expansión del concepto de familia deriva de la carencia de un paradigma unificador. Vale decir, la deconstrucción jurisprudencial en etapas del concepto de matrimonio necesariamente debía incidir en la familia.

Con todo, en el caso “*Schalk and Kopf v. Austria*” se da el fenómeno de que la familia se distancia radicalmente del matrimonio. Para configurar familia basta cualquier tipo de ayuntamiento. Para configurar matrimonio basta un ayuntamiento de varón y mujer, aunque, como vimos, sin necesario peso teleológico transgeneracional. No existe una razonabilidad entre ambos fenómenos. En todo caso, parece claro que hoy día será necesario clarificar mejor qué es familia y qué es matrimonio en sentido jurídico, porque no se advierte nítidamente una diferencia con conceptos tales como amistad, mera convivencia, relaciones ocasionales, o incluso instituciones sociales de diversa índole (asociaciones, sociedades, etc.).

### 7. OTROS TÓPICOS JURÍDICOS EMERGENTES DEL FALLO “SCHALK AND KOPF V. AUSTRIA”

#### 7.1. *La crisis de fuentes en el derecho comunitario*

En el fallo “*Schalk and Kopf v. Austria*” se asoma una vertiginosa crisis de fuentes del derecho comunitario. Cómo puede observarse de las divergencias entre

<sup>53</sup> MCGLYNN, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, cit.

las interpretaciones de Malinverni y Kovler y el voto mayoritario, hay una tendencia que oscurece la vigencia de los derechos humanos de origen convencional y asoma la prevalencia de una interpretación dinámica en dónde los jueces (en tanto organismos de aplicación) se arrojan dar vida al “*living instrument*” del CEDH. El derecho pierde sus quicios en reglas generales, y –con la consecuente pérdida de seguridad jurídica–, la regla del caso por caso decide los derechos fundamentales de Europa. Europa se perfila así como caso testigo del ocaso de la universalidad de los derechos humanos y como vástago de un nuevo particularismo en los derechos fundamentales. En cambio, los principios del derecho común, y la calidad jurígena del dato (*ex facto, ius oritur*) se desvanecen.

### 7.2. *La proyección de la virtualidad de la norma neutral del art. 9 de la CDF*

Otro asunto dilemático, que ya había sido anticipado con la aprobación de la CDF en el año 2000, es la colisión de techos ideológicos entre el CEDH de 1950 y la CDF. Se había sostenido que el art. 9 de la CDF, que propugnaba la norma andrógina en torno al matrimonio, tenía simplemente una referencia neutral, para habilitar la doctrina del margen de apreciación del Estado. No obstante, el fallo desvela pujas hermenéuticas en torno a la prevalencia de la neutralidad de género. Será necesario estar atentos a las evoluciones futuras, particularmente en relación a la conjugación del art. 9 con el 21 de la CDF, que prohíbe la discriminación por orientación sexual.

### 7.3. *La presunta responsabilidad internacional por omisión legislativa*

La Corte analiza la posibilidad de que se generara responsabilidad internacional porque Austria omitió legislar en 2002 las uniones entre parejas del mismo sexo. Para considerar obligatoria dicha legislación, la Corte aplica el estándar del consenso que actualmente existe en Europa en torno a las parejas del mismo sexo. Entendemos que la Corte ha sido arbitraria al realizar este análisis, puesto que sólo menciona los países que reconocen derechos y no los muchos países que en el último tiempo han legislado en el sentido de excluir la posibilidad de redefinir el matrimonio al modo de las relaciones entre personas del

mismo sexo<sup>54</sup>. Pero, además, dicho análisis no cabía siquiera ser pensado, porque supone la aplicación retroactiva de un estándar de consenso. La sola insinuación, bien que descartada dicha responsabilidad por la Corte, supone un nuevo estrechamiento del margen de autonomía legislativa de los Estados comunitarios.

#### 8. ALGUNAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS EUROPEO Y AMERICANO A PARTIR DEL DEBATE EN ARGENTINA

La Corte Europea, al tratar la redacción del art. 9 de la CDF, ha tenido ante la vista una formulación normativa muy parecida a la que los legisladores aprobaron en Argentina en 2010 con la ley 26618 de matrimonio de personas del mismo sexo. Por tanto, para finalizar este trabajo proponemos una somera comparación de la situación europea con el sistema americano de derechos humanos, marco aplicable a la ley argentina.

El derecho convencional en América y Europa tiene generaciones de instrumentos internacionales con universos culturales de nacimiento análogos, que han formulado el matrimonio como un derecho de “varones y mujeres”. Mientras que la Corte Europea se plantea el modo de aplicar el art. 12 del CEDH, el legislador argentino interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que gozan de rango constitucional en Argentina<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Al 19 de junio de 2009: 19% de los países (192, reconocidos por Naciones Unidas) tenía provisiones explícitas o implícitas definiendo el matrimonio como aquel contraído entre un hombre y una mujer. 83 naciones, tenían provisiones sustanciales protegiendo el “matrimonio”. 145 protegían la “familia”. 185 naciones de 192 no aprueban el matrimonio entre personas del mismo sexo. 172 naciones de 192 no admiten tampoco uniones semejantes al matrimonio. Cfr. WARDLE, L. D., “Gender neutrality and jurisprudence of marriage”, publicado en FITZGIBBON, S., WADLE, L. D., LOVELESS, A. S. (eds.), *The jurisprudence of marriage and other intimate relationships*; Wm. S. Hein & Co. 2010. Allí pueden verse también las naciones europeas. El caso más saliente es el reciente de Lituania.

<sup>55</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 23, inc. 2º, dice: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a formar una familia si tienen edad para ello”. En el mismo sentido: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17 inc. 2; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 16, a.

En este sentido, deben señalarse algunas semejanzas y diferencias entre el panorama jurisprudencial europeo y el ordenamiento jurídico argentino.

8.1. *Semejanzas. La actualidad de la hermenéutica del TEDH en punto a la interpretación según la letra y la intención del legislador del texto antiguo: definir el matrimonio como el contraído entre varón y mujer no es discriminatorio.*

Toda vez que el TEDH analiza una norma con texto análogo a los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Latinoamérica, análogamente puede aplicarse la interpretación de “Schalk” respecto de que al derecho fundamental de contraer matrimonio está circunscripto a hombre y mujer. Por eso, la decisión europea<sup>56</sup> referida a que no existe una obligación de garantizar a las uniones de personas del mismo sexo un acceso al matrimonio y que no hay violación de las normas sobre discriminación, es concordante con la interpretación que corresponde hacer en el caso de las normas en el sistema latinoamericano de derechos humanos. En este sentido, respecto del caso argentino, son válidas las clarísimas palabras de uno de los más reconocidos constitucionalistas argentinos (GERMÁN BIDART CAMPOS):

*“Si bien al emplear afirmaciones tales como la del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio no especifican que dicha forma significa casarse entre sí, parece cierto que no están imaginando el casamiento como derecho de un varón ni de una mujer con otra mujer; sería bastante rebuscado buscarle otro sentido”<sup>57</sup>.*

<sup>56</sup> Dejamos aclarado que esta semejanza se refiere a lo decidido en sentido estricto, sin considerar los cuestionamientos señalados a lo largo del artículo a los fundamentos del voto de la mayoría en “Schalk and Kopf v. Austria”.

<sup>57</sup> BIDART CAMPOS, G. J., “Matrimonio y unión de personas del mismo sexo”, *Revista Jurídica El Derecho*, Buenos Aires, Tomo 164-718. En esta misma tesitura los siguientes autores argentinos: CHECHILE, A. M., “Homosexualidad y matrimonio”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Tomo 2000-II-1090; SAMBRIZZI, E. A., “No puede haber matrimonio entre dos personas del mismo sexo”, *Diario Jurídico La Ley*, Thomson Reuters, Buenos Aires, ejemplar del 11/11/2009; LAFFERRIERE, J. N., “Los proyectos de ley de modificación del Código Civil y legalización de las uniones de personas del mismo sexo”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, ejemplar del 29/3/2010; BASSET, U. C., “Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil”, *Diario Jurídico La Ley*, Thomson Reuters, Buenos Aires, Suplemento Actualidad del 1/12/2009; ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., “Cuestión de resguardo del orden público. La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer. El trato homosexual no

8.2. *Diferencias: Mientras el TEDH acaba de incorporar a las parejas del mismo sexo en la definición de vida familiar, el sistema americano de derechos humanos no tiene una decisión vinculatoria que asocie familia con parejas del mismo sexo. Más aún, no hay siquiera una referencia directamente vinculante para la Argentina en materia de discriminación por orientación sexual*

A diferencia de la cultura Europea, la cultura americana de derechos humanos conserva evidentemente una idea menos desleída de familia. *No existen en nuestro sistema jurídico, ni opiniones consultivas, ni comentarios a los Tratados, ni textos supraleales que permitan colegir algún tipo de obligatoriedad de legislar garantizando el derecho a casarse en la legislación nacional latinoamericana (v. gr. especialmente en la Argentina) a parejas del mismo sexo*<sup>58</sup>.

8.3. *Semejanzas y diferencias: Familia y matrimonio en el sistema europeo de derechos humanos y en la cultura americana de derechos humanos*

El matrimonio en el viejo continente (así como su derivación analógica en la familia) en muchos casos parece un concepto envejecido e infértil. El envejecimiento de la pirámide poblacional, la falta de generaciones de recambio y la difusión de estilos de vida más individualistas han llevado a un desinterés progresivo en la institución familiar y matrimonial. De allí que la idea de familia desborde al matrimonio sin contornos precisos.

En cambio, la familia tiene otro carácter simbólico y vivencial en América Latina que el que presenta en el viejo continente. América Latina está recorrida por la diversidad de culturas ancestrales con sus propios valores y configuraciones familiares fundamentalmente heterosexuales. Las tradiciones

---

constituye matrimonio ni funda una familia”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, ejemplar del 15/12/2009, n° 12.401; LIMODIO, G. F., “El proyecto de ley de legalización de las uniones de personas del mismo sexo”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, ejemplar del 18/06/2010, n° 12.527. PASTORE, A. G., “Incidencia de la dualidad y complementariedad sexual parental en la consecución del mayor bienestar de los niños”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, ejemplar del 13/07/2010, n° 12.542.

<sup>58</sup> Sobre el carácter vinculante de fallos como *Atala v. Chile* o las recomendaciones de la Comisión en punto a orientación sexual, *ver punto d)* sobre la interpretación que hace la CSJN sobre el particular.

culturales llevan a una trascendencia de la institución familiar generalmente asociada a una similitud o analogía con el matrimonio entre varón y mujer. De allí que proponer con visos de universalidad propia de los derechos humanos un derecho que responde a un modelo relacional particular altera el equilibrio de las culturas locales.

Familia, en la cultura interamericana de derechos humanos, sigue siendo un bien aplicable a varón y mujer, en analogía con la institución matrimonial<sup>59</sup>. Esta regla se aplica aún al caso argentino, aunque Argentina haya redefinido el matrimonio, en contradicción con el texto expreso de los instrumentos vinculantes del sistema interamericano de derechos humanos.

#### 8.4. *Responsabilidad internacional en el TEDH y en el sistema interamericano por falta de legalización de efectos en torno a las parejas del mismo sexo*

Como hemos dicho, la Corte Europea insinúa la posibilidad de una responsabilidad internacional fundada en la omisión del deber de legislar para proteger la vida familiar, y evitar la discriminación. El sistema americano de derechos humanos, como señalábamos más arriba, está imbuido de una idea más fresca y vital de familia. Se trata de una idea valorada y compartida por todos los Estados americanos y cuya noción es heterosexual (y no heterosexista o heteronormativa, porque ni es discriminatoria, ni se trata de un concepto jurídico: es una vivencia social de la familia).

*Ninguna opinión consultiva de la Corte Interamericana de Justicia se refiere al deber de legislar otorgando derechos semejantes al matrimonio (como uniones) o el mismo matrimonio. Ese tema jamás ha sido tratado por ninguna opinión consultiva. Es importante dejar esto en claro, para no caer en errores. En América no hay*

---

<sup>59</sup> No es el lugar para hacerlo aquí, pero bastaría un paneo sobre las constituciones latinoamericanas que de algún modo definen familia. Todas ellas refieren sustancialmente al varón y a la mujer como modelo básico de familia. Latinoamérica ha recogido los fenómenos convivenciales estables con frecuencia entre las formas de vida familiar, en virtud de elementos culturales que recoge la legislación. Sin embargo, el paradigma es el matrimonio. se ha reconocido jurídicamente a diversas comunidades semejantes a la familia matrimonial, con diversas denominaciones, tales como: uniones estables (Brasil, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y Perú), no matrimoniales (Venezuela, El Salvador), de hecho (Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú), concubinarias (Brasil, Uruguay), libres (Bolivia), maritales de hecho (Colombia), concubinato (Paraguay, Uruguay), hogares de hecho (Ecuador, Perú) y otros nombres semejantes. Los caracteres de dichas uniones no son uniformes.

*ninguna opinión consultiva que trate el asunto del matrimonio entre personas del mismo sexo. Más aún, existen opiniones consultivas que han tratado el asunto del matrimonio y la discriminación, y sin embargo no han abordado, pudiendo hacerlo, la discriminación en el acceso al matrimonio por orientación sexual*<sup>60</sup>.

Sí hay opiniones consultivas que se refieren a evitar la discriminación por orientación sexual. Pero estas opiniones *no se refieren al tema del matrimonio*.

También hay que decir que el 18 de diciembre de 2008, la Argentina firmó un proyecto de declaración que defendió el embajador argentino Jorge Vasallo Argüello ante la ONU, que llamaba a incluir entre las categorías de discriminación prohibida, la de orientación sexual. Pero aquí también es necesario despejar toda duda, toda vez que en los debates antecedentes a la aprobación destacados juristas dieron a entender equívocos en torno a este asunto. Dicho proyecto de declaración no tuvo éxito. Fracásó por falta de quórum y la ONU jamás lo adoptó. Está de más decir que un proyecto de texto que jamás fue adoptado por el organismo internacional en cuestión por falta de quórum no es vinculante.

## 9. COROLARIO

El recorrido por los diversos tópicos de este comentario desemboca en un pantano de perplejidades. De una parte, el pujante activismo científico, jurídico y político que busca introducir una redefinición del matrimonio argumenta en clave de igualdad, democracia, equidad, protagonismo de las minorías (art. 2, CDF), todo ello fundado en los cuerpos positivados de derechos humanos.

Para las Declaraciones, Pactos y Tratados que siguieron a la posguerra el siglo pasado, la igualdad matrimonial consiste en que varón y mujer tengan el mismo derecho a casarse (*ius ad nuptias*), los mismos derechos en el pacto nupcial que instrumenta el consentimiento prestado y los mismos derechos derivados de la institución matrimonial una vez contraído el matrimonio. De ninguna manera suponen que es equitativo que el matrimonio pueda ser contraído además por dos hombres o dos mujeres. Por otra parte, los cuerpos internacionales que obligan universalmente, reconocen explícitamente a la familia matrimonial como la célula básica de la sociedad. Particularmente, el

---

<sup>60</sup> Debemos estos datos al Dr. Siro de Martini (h), quien ha tenido la benevolencia, en su carácter de becario de la Corte Interamericana de Justicia, de orientarnos en esta materia.

matrimonio entre varón y mujer es presentado como el corazón de la familia en el derecho comunitario (art. 12, CEDH). Ergo, los cuerpos de derechos internacionales han legislado específicamente sobre matrimonio y familia y, en *ese mismo contexto*, han legislado también sobre discriminación como vulneración a la igualdad debida a todos los hombres. Es verdad que Europa está enfrentando probablemente la más visible colisión de ideologías jurídicas en materia de derechos humanos que hasta ahora hayan debido enfrentarse. Quienes positivaron los derechos humanos en 1950 tenían una agenda bien distinta de los autores de la CDF.

La noción de matrimonio, históricamente, se ha gestado con el protagonismo de las fuerzas sociales<sup>61</sup>. El matrimonio antecede como institución natural a la potestad legisferante del Estado. En buena medida por el hecho histórico de que el Estado recogió costumbres sociales en torno al matrimonio para regularlas<sup>62</sup>. Las nuevas tendencias suponen más bien una regresión: las respuestas que da el derecho sobre la familia son invariablemente una avanzada de la legislación o de las instancias jurisdiccionales sobre el protagonismo de las nacionalidades y de las asociaciones espontáneas de vida familiar que gesta la sociedad. El nuevo derecho europeo (y argentino) respecto de la familia es más una iniciativa de legisladores y jurisdicentes (de arriba hacia abajo), que un reconocimiento de las estructuras fundacionales de la sociedad.

En cuanto a las banderas de igualdad y equidad, también nos suscitan perplejidad. Como sostuvo hace años ya el jurista francés PHILIPPE MALAURIE:

*“La aparente dulzura muelle de estas tendencias abiertas respecto de la familia, tienen en realidad una dureza inflexible. La ‘libre competencia de las familias’ es in-*

<sup>61</sup> Como puede comprobarse entre otros sitios, en los estudios del conocido romanista argentino Alfredo Di Pietro. Ver, p. ej. “Fines del matrimonio”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1992, T. II, pp. 421 y ss.

<sup>62</sup> Esto se plasma claramente en el derecho argentino, a partir de la visión de nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sársfield, quien en su nota al título respectivo, escribe: “Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas...”. Sobre la dialéctica entre costumbres sociales, buenas costumbres y derecho en la codificación argentina, es de ineludible consulta MOISSET DE ESPANÉS, L., “Las Costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield”, *Revista Notarial de La Plata*, n° 831 (1977), pp. 315 y ss. De acuerdo con las interesantes sugerencias y citas de WARDLE, L. D., “Matrimonio entre personas del mismo sexo”, de próxima aparición en *Cuadernos de Derecho de Familia*, octubre/2010.

*misericorde con los niños, con los débiles, con los que no tienen acceso a la educación, con los que se equivocan, con los que sufren y con aquellos a los que ni el origen social ni la suerte les ha sonreído. (...) Toda civilización forma un todo: Cada vez que retrocede el derecho, la ética desaparece*<sup>63</sup>.

El nuevo derecho favorece insólitamente a minorías fuertes. ¿Qué consecuencias tendrá para el creciente número de niños nacidos y crecidos fuera del matrimonio, bajo la sombra de uniones inestables, o sin jamás conocer a su padre-donante-de-gametos, o intencionalmente concebidos para ser criados sin poder pronunciar la palabra “madre”? Sombríos porvenires de una igualdad académica y de laboratorio, adultocéntrica, implacable con las generaciones venideras.

Después del trágico saldo de dos guerras mundiales transcurridas en apenas medio siglo forzó al derecho a reconocer la existencia de derechos indisponibles: entre ellos el matrimonio contraído por varón y mujer y la familia<sup>64</sup>. El legislador de la década del '50 advirtió su rol indispensable en la vida social<sup>65</sup>. Un fenómeno histórico y jurídico semejante al que dio origen al reconocimiento de la familia como fundación de la sociedad en los Tratados, se advierte en el período de gestación del Código Civil francés: precisamente ante las crisis sociales más profundas, el derecho ha comprendido que debe responder vigorizando las raíces de la vida social<sup>66</sup>.

Considerando la decadencia demográfica y social por la que se encuentra atezada la sociedad europea, cabe preguntarse cuál sea el sentido de la

<sup>63</sup> MALAURIE, P., FULCHIRON, H., *La famille*, Paris, 2006, Défrenois, p. 29: “*Ce ‘désengagement’ a, sous sa molle douceur apparente, une dureté inflexible. La ‘libre concurrence des familles’ est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l’origine sociale ni la chance n’ont souri (...) Tout civilisation forme un tout: chaque fois que le droit recule, la morale (l’etique) s’efface*”.

<sup>64</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., “La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, en *Diario Jurídico La Ley*, Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, Suplemento Actualidad del 18/12/2009.

<sup>65</sup> Sobre esto: GLENDON, M. A., *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration on Human Rights*, Random House, Nueva York, 2002.

<sup>66</sup> MARTIN, X., “Le droit privé révolutionnaire: essai de synthèse.” Conferencia brindada en la Corte de Casación francesa, y publicada en <[http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention\\_xavier\\_martin.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_xavier_martin.pdf)> (26/9/2010, 15:05). Para un mayor desarrollo: MARTIN, X., *Human nature and the French revolution*, Bergham, Oxford, 2001. Ver también del mismo autor: “Fundamentos políticos del Código Civil”, en *La Codificación: sus raíces y prospectiva*, Educa, Buenos Aires, 2003, T. I, pp. 157 y ss.

mutación del derecho comunitario europeo. Argentina, por su parte, lidera el movimiento progresista latinoamericano: ha conseguido ser el primer país de nuestro continente en redefinir al matrimonio, con una ley tan desprolija como apresurada<sup>67</sup>, tan disolvente como lo es de irrazonable<sup>68</sup>.

La reformulación del perfil jurídico propio y específico del matrimonio (entre varón y mujer), como institución-modelo de la vida familiar es una tarea vasta y compleja. Es necesario advertir que la actividad jurisprudencial<sup>69</sup> de los órganos comunitarios no se reduce a un mero pronunciamiento puntual y neutro: tiene un impacto social alto en el que las víctimas serán siempre los sujetos más vulnerables y las generaciones venideras.

---

<sup>67</sup> Sobre las irregularidades y la premura en el proceso de aprobación de la ley, hemos escrito BASSET, Ú. C., “Ley 26.618 de matrimonio *gender neutral*”, *Diario Jurídico Doctrina judicial*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, ejemplar del 8/9/2010.

<sup>68</sup> Las innumerables contradicciones de la ley argentina, han sido señaladas una y otra vez por la doctrina. El hecho de que no se haya modificado el objeto del consentimiento matrimonial, lo torna de cumplimiento imposible para las personas del mismo sexo. Las presunciones matrimoniales, basadas en la *potentiacoecundi* que se presume en la heterosexualidad, resultan imposibles de aplicar en los matrimonios de personas del mismo sexo, y así podría seguirse. Sobre la imposibilidad del objeto, ver nuestro trabajo BASSET, U. C., “Estudio sobre la ley 26.618”, *Revista Jurídica Abeledo Perrot*, Buenos Aires, ejemplar del 30/10/2010. Antes de la aprobación de la ley: GOWLAND, A. J., “Matrimonio imposible”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, ejemplar del 30/10/2007 o SAMBRIZZI, E. A., “Los inexistentes matrimonios de Massachusetts”, *Diario Jurídico El Derecho*, Buenos Aires, n° 208-621 entre otros muchos. Sobre las presunciones de filiación y otras incongruencias de la ley: MEDINA, G., “El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio”, *Diario Jurídico La Ley*, Thomson Reuters, Buenos Aires, ejemplar del 24/06/2010.

<sup>69</sup> Según el elocuente voto del Juez MARVIN BAXTER, en *in re marriages*, Suprema Corte de California, 20 de abril de 2008, sostuvo: “*However, I cannot join the majority’s holding that the California Constitution gives same-sex couples a right to marry. In reaching this decision, I believe, the majority violates the separation of powers, and thereby commits profound error*”. Y sostuvo también que: “*But a bare majority of this Court, not satisfied with the pace of democratic change, now abruptly forestalls that process and substitutes, by judicial fiat, its own social policy views for those expressed by the People themselves*”. Ver BASSET, U. C., “El derecho a casarse no incluye sustancialmente el derecho a denominarse matrimonio”, *Revista Jurídica La Ley*, 2008-F-20, Thomson Reuters, Buenos Aires. Rondan sobre este giro los artículos doctrinales de MEDINA, G., “Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio”, *La Ley*, ídem, 2010-A, 1233 y MAZZINGHI, J. A., “Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. A la sombra de Lucrecia”, *Revista Jurídica La Ley*, Thomson Reuters, Suplemento Actualidad, ejemplar del 12/8/2010.