

Título: [La corte italiana declara la inconstitucionalidad de las normas que impiden el casamiento a las personas del mismo sexo](#)

Autor: [Medina, Graciela](#)

Publicado en: [DFyP 2010 \(julio\), 01/07/2010, 53](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/4739/2010](#)

Sumario: 1. Introducción. 2. El deber del estado de garantizar el libre desarrollo de las parejas homosexuales puede ser cumplido mediante cualquier legislación integral de los derechos y deberes de sus miembros, no sólo mediante el estatuto matrimonial previsto para las parejas heterosexuales. 3. La aceptación de la familia como concepto evolutivo no permite sostener que a todo grupo familiar se le debe dar estado matrimonial. 4. El derecho a contraer matrimonio previsto en la carta de Niza es el "derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer". 5. La no obligatoriedad del precedente que permite a los transexuales el derecho a casarse, porque los homosexuales son ontológicamente diferentes a los transexuales. 6. Conclusiones.

#### 1. Introducción

La sentencia de la Corte Constitucional Italiana dictada el 15 de abril del 2010 resuelve con agudeza y respeto a la división de poderes, la constitucionalidad de la ley que establece que el matrimonio debe ser celebrado entre personas de diferente sexo.

Los fundamentos que la nutren aplican el corpus iuris internacional de los derechos humanos en las condiciones de su vigencia.

Los cinco argumentos más importantes del fallo del Alto Tribunal Italiano son:

1) El reconocimiento de los derechos humanos de las parejas homosexuales puede ser realizado de diferentes maneras jurídicas, no solamente a través de la aplicación del estatuto matrimonial, como lo demuestran las distintas respuestas legislativas dadas por los diferentes Estados de Europa. De allí, el tribunal deduce que corresponde al Parlamento la elección del sistema más adecuado para la plena realización individual de las personas que tienen preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo.

2) Una sentencia judicial no puede realizar la adecuación de todo el ordenamiento jurídico para dar cabida en el matrimonio heterosexual a una realidad ontológicamente diferente. Ello requiere de una labor legislativa que escapa a las funciones de un tribunal de justicia.

3) El derecho a contraer matrimonio previsto en los tratados internacionales es el "derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer". Al reglamentar este derecho limitado a las uniones heterosexuales, el Código Civil italiano no resulta inconstitucional, porque adecua la ley a la concepción matrimonial heterosexual que tiene en mira la Constitución. Si se decide ampliar los efectos derivados del matrimonio a otras uniones como pueden ser las homo afectivas, se debe realizar una reforma legislativa integral.

4) La sentencia de la Corte de Derechos Humanos dictada en el caso Godwin que permite el matrimonio entre transexuales, no obliga al Estado Español a dar estatus matrimonial a las parejas de personas homosexuales, ya que los transexuales difieren antológicamente de los homosexuales.

5) El Código Civil italiano, en tanto regula el matrimonio heterosexual, no es contrario a los tratados de derechos humanos que obligan a la protección de la familia, la cual ha evolucionado sociológicamente, porque al adherir a ellos los Estados se reservan el derecho de regular los alcances del matrimonio y la aceptación de la evolución sociológica del concepto de familia, no permite otorgar a toda organización familiar y afectiva al estado matrimonial.

2. El deber del estado de garantizar el libre desarrollo de las parejas homosexuales puede ser cumplido mediante cualquier legislación integral de los derechos y deberes de sus miembros, no sólo mediante el estatuto matrimonial previsto para las parejas heterosexuales

El Alto Tribunal italiano reconoció que la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, debe ser reconocida por el Estado para que sus miembros puedan ejercer el derecho fundamental de vivir libremente su condición de pareja, con los conexos derechos y deberes.

La Corte Italiana advirtió con agudeza que el eje del problema radica en determinar cuál es el deber que tiene el Estado frente a los miembros de las uniones gay. En tal sentido, determinó que el deber estatal consiste en brindarles una protección integral para que puedan lograr en plenitud el desarrollo de su personalidad.

De allí que el Estado está obligado a otorgar a las parejas homoafectivas un estatuto integral que regule sus derechos para cumplir con los tratados de derechos humanos, pero no está obligado a otorgar a los homosexuales el derecho a contraer matrimonio, aunque puede hacerlo porque el estatuto matrimonial brinda una protección general a los contrayentes.

Creemos que el deber del Estado de reconocer a la unión homoafectiva mediante acciones positivas no admite ningún tipo de discusión, porque es imposible pensar que estas se puedan desarrollar integralmente con el simple acuerdo de sus miembros, en un Estado abstencionista que se limite a omitir interferencias en la vida privada de los ciudadanos, ya que tanto frente al derecho público como al privado, la pareja homosexual requiere de regulación. [\(1\)](#)

Adviértase que sin un reconocimiento del Estado, los miembros de la unión homosexual en conjunto, no pueden acceder al régimen de la seguridad social, ni al de la inmigración, ni a la protección del derecho a la salud, ni al acceso en común a los planes sociales familiares, ni obtener el reconocimiento de derechos como sucesores ab intestato. Esto demuestra que el acuerdo entre sus integrantes solo vale para reglar sus relaciones particulares, pero no para obtener el acceso a los derechos sociales derivados de su unión.

La cuestión radica en determinar si la única forma de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja homosexual se encuentra en reconocerle el derecho a contraer matrimonio.

A esta cuestión la Corte italiana responde con una rotunda negativa, señalando que, se debe excluir que la aspiración a tal reconocimiento —que necesariamente postula una reglamentación de carácter general, con la finalidad de regular derechos y deberes de los componentes de la pareja— pueda ser realizada sólo a través de una equiparación de las uniones homosexuales con el matrimonio.

Coincidimos plenamente con lo sostenido por el más Alto Tribunal de Justicia de Italia, y creemos que al decirlo, la Corte hace una adecuada interpretación del corpus iuris de los derechos humanos en las condiciones de su vigencia.

En efecto, a diez años de comenzado el siglo XXI no se puede admitir la postura reduccionista que solo admite que el libre desarrollo de las personas homosexuales en su vida de relación se obtiene únicamente con la celebración del matrimonio. Esta es una de las formas, pero no la única.

Los diferentes países europeos en particular y los que integran la comunidad de las Naciones Unidas en general, han aceptado disímiles sistemas de regulación integral de las parejas homoafectivas, que han permitido cumplir el mandato ineludible de facilitar a sus miembros el desarrollo de sus derechos humanos. Y nadie puede dudar que lo hayan logrado con regímenes distintos al matrimonial.

En orden a clasificar, podemos dividir los sistemas en aquellos que regulan una unión civil con equiparación al matrimonio y sin equiparación al matrimonio, los que aceptan el matrimonio homosexual y los que regulan integralmente la situación a través de pactos de solidaridad.

Así por ejemplo: Inglaterra tiene una ley de Unión Civil, la cual a partir de diciembre del año 2006 les reconoce a sus miembros el derecho de adopción; mientras que Alemania regula la cuestión mediante el instituto de la unión de hecho homosexual y otorga a las parejas registradas iguales derechos que al matrimonio. Francia, por su parte, regula el PAC o Pacto Social de Solidaridad, que es básicamente un contrato, mediante el cual se accede a un sistema autónomo, integral y diferente al matrimonio, que permite a las personas que prefieren unirse sexualmente con las de su mismo sexo un acabado ejercicio de sus derechos humanos, sin que otorgue un estado civil, ni se equipare al matrimonio. En Suiza se acepta el partenariato, que se asemeja al matrimonio pero no lo iguala integralmente y que mediante otro modelo organizativo también asegura a los integrantes de una pareja del mismo sexo el ejercicio de sus derechos familiares.

Este breve repaso de algunas de las soluciones jurídicas de países de la Unión Europea, tanto del sistema continental Europeo como del common law, nos permite concluir que el Tribunal constitucional italiano acierta al decir que extender el régimen del matrimonio heterosexual a las uniones de personas de idéntico sexo no es la única forma de protegerles integralmente sus derechos a la vida familiar y al desarrollo de su personalidad. Sostener lo contrario sería tanto como decir que todos los países que no permiten el matrimonio homosexual violan las convenciones de derechos humanos porque impiden el libre ejercicio del derecho a la personalidad, lo que es objetivamente falso.

Partiendo de la premisa de que el derecho de los miembros de las parejas homosexuales se puede regular de distintas maneras, la Corte Constitucional Italiana sostiene que es el Parlamento quien debe decidir identificar las formas de garantía y de reconocimiento para las ya mencionadas uniones, quedando reservada a la Corte Constitucional la posibilidad de intervenir en la tutela de situaciones específicas. [\(2\)](#)

3. La aceptación de la familia como concepto evolutivo no permite sostener que a todo grupo familiar se le debe dar estado matrimonial

La Corte Italiana acepta que el concepto de familia y de matrimonio no se pueden mantener "cristalizados".

Compartimos plenamente tal afirmación porque consideramos que no se pueden ignorar las rápidas

transformaciones de la sociedad y de las costumbres, la superación del monopolio detentado por el modelo de familia tradicional, ni el nacimiento espontáneo de formas diversas (aunque minoritarias) de convivencia, que requieren protección.

Pero la protección a estos nuevos modelos convivenciales no se puede lograr con una sentencia judicial, sino con una modificación integral del régimen matrimonial porque el casamiento es el acto de su celebración, y el estado civil de casados, del cual se derivan consecuencias que están impuestas en normas imperativas reguladas a partir de una concepción heterosexual, que requiere de una adecuación sistémica para dar cabida a las uniones homosexuales en el matrimonio que se pensó para la unión de un hombre y una mujer.

La Corte Italiana advierte claramente que el casamiento receptado en el Código de 1942 fue una institución pensada para un hombre y una mujer, y que la evolución de las costumbres sociales que muestran la existencia de parejas del mismo sexo no permite destruir este dato de la realidad jurídica. En este sentido, afirma que aun admitiendo que la constitución debe ser interpretada sociológicamente, esta interpretación no puede llegar hasta el punto de incidir sobre el núcleo de la norma, modificándola de manera tal que incluya en ella fenómenos y problemáticas no considerados de ningún modo cuando fue creada.

De allí que aunque los jueces permitieran la celebración del matrimonio a personas del mismo sexo, todos los efectos del matrimonio heterosexual no se pueden aplicar sin más a la unión homosexual. En efecto, no se pueden aplicar ni las presunciones de paternidad y maternidad, ni el régimen del reconocimiento de hijos extramatrimoniales, ni el régimen de la adopción, sin una reforma de estas instituciones. Es por tanto labor del legislador realizar una reforma integral, mientras que la labor de la Corte se limita a determinar si el Código Civil de 1942 contradice la Constitución cuando regula el matrimonio heterosexual.

4. El derecho a contraer matrimonio previsto en la carta de Niza es el "derecho a contraer matrimonio entre un hombre y una mujer"

En el reclamo a su derecho a casarse, los homosexuales buscan el fundamento último fuera de la legislación nacional positiva, pues ésta les niega el derecho a casarse, y ello obliga a los Tribunales de Justicia a controlar si la ley local se ajusta a los tratados de Derechos Humanos.

El Alto Tribunal de Justicia Italiano, analiza en particular la relación entre la ley interna y la Carta de Niza aceptada por el Tratado de Lisboa, que modifica tanto al Tratado sobre la Unión Europea, como al Tratado que instituye la Comunidad Europea, y que en su artículo 12 dispone que "Hombres y mujeres en edad marital tienen derecho a casarse y de formar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de tal derecho".

La Corte Constitucional Italiana sostiene que el derecho interno italiano no viola la Carta de Niza al impedir el matrimonio a las personas del mismo sexo porque interpreta que el derecho al matrimonio es otorgado a personas de sexo distinto, y que los Estados se reservan el derecho a reglamentarlo.

Por nuestra parte, agregamos que la mención de "hombre y mujer" en el derecho a contraer matrimonio en todas las Convenciones, sólo permite interpretar que este derecho es concebido como un derecho para ser ejercido entre dos personas de sexo diferente.

Tomamos por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 1º establece que "los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona". El artículo 11 dice "toda persona tiene derecho al respeto a su honra..."; el artículo 12 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad...", el artículo 13 dice "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento..."; el artículo 14 estatuye que "toda persona afectada por informaciones inexactas..."; el artículo 16 dice "todas las personas tienen derecho a asociarse", mientras que el artículo 17 abandona el término toda persona para decir "se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio". La referencia a toda persona hace innecesaria la mención de hombre y mujer en el derecho a casarse —que por otra parte son los dos únicos géneros de personas existentes— salvo que sea interpretado en el sentido que el matrimonio se contrae entre hombre y mujer.

¿Cuál sería el sentido de la mención a los dos sexos, únicos existentes, si no se los quisiera relacionar entre sí para contraer matrimonio? Ninguno ¿Para qué mencionar a hombre y mujer, en el derecho a contraer matrimonio sino es para indicar que el matrimonio debe ser celebrado entre ellos?

La enumeración tendría sentido si existiera otro género humano; por ejemplo, si en el mundo existieran hombre, mujer y transexual, y en el artículo que menciona el derecho a casarse sólo se enumerara a los dos primeros. Ello querría decir que se pretende excluir al tercero.

Una enumeración de dos géneros unidos mediante preposición "y", que no es excluyente porque no hay nadie a quien excluir, que está realizada en una convención de derechos que es otorgada a todas las personas,

debe lógicamente ser entendida como referida al matrimonio heterosexual.

En definitiva, en virtud de la lógica de lo razonable, que es la lógica jurídica, el matrimonio solo se puede celebrar entre personas de distinto sexo.

5. La no obligatoriedad del precedente que permite a los transexuales el derecho a casarse, porque los homosexuales son ontológicamente diferentes a los transexuales

Finalmente la Corte Constitucional Italiana afirma que lo resuelto por la Corte de Derechos Humanos de Europa en el caso *Goodwin c. The United Kingdom*, (3) no es aplicable al casamiento de los homosexuales porque fue dictada para un supuesto de transexualismo.

En efecto, para la Corte Europea de Derechos del Hombre un transexual es una persona que pertenece físicamente a un sexo, pero que siente el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. (4) En tal sentido el homosexualismo no debe ser confundido con el transexualismo (gender identity), caracterizado por una contradicción entre el sexo anatómico, determinado genética y hormonalmente y el sexo psicológico, porque mientras el transexual posee un sentimiento profundo e irreversible de pertenecer al sexo opuesto al que está inscripto en su acta de nacimiento, el homosexual no abdica de su sexo de origen y se inclina por tener relaciones sexuales con personas que pertenecen a igual género sexual.

En el derecho italiano se concluye que la homosexualidad es exclusivamente la desviación del impulso erótico por la cual se prefiere la compañía sexual de una persona de la misma especie, un hombre de un hombre y una mujer de una mujer, mientras que el transexual presenta un problema de género en virtud del cual lo que se busca es pertenecer al género opuesto y en las relaciones de un transexual se busca la relación entre un hombre y una mujer y no entre iguales. (5)

En definitiva como ontológicamente transexuales y homosexuales son diferentes, las soluciones dadas para los primeros no son aplicables obligatoriamente a los segundos.

## 6. Conclusiones

1. Coincidimos con lo resuelto en el fallo en comentario en cuanto a que la restricción del matrimonio a las personas de distinto sexo no desconoce derechos reconocidos por la Constitución por sí y a través de los instrumentos de Derechos Humanos; por lo tanto, la regla de derecho positivo infra constitucional que exige diversidad de sexos no es inconstitucional.

Consideramos muy útil el conocimiento del precedente dictado por la Corte Constitucional Italiana en la Argentina, en un momento que se discute tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Parlamento el derecho a casarse de los homosexuales.

Creemos que el Alto Tribunal italiano pone el problema en su justo eje al resolver que los homosexuales tienen derecho a que el Estado regule sus uniones jurídicas de manera integral, y que este deber puede ser cumplido de diferentes formas jurídicas, como ser el partenariato, la unión civil, el matrimonio, o la regulación de los PACS.

Advertimos que el derecho de las parejas homosexuales a una regulación legal general que les permita el libre desarrollo de su personalidad muchas veces se confunde con el derecho a contraer matrimonio heterosexual, lo que constituye un error y un reduccionismo inaceptable. Sostener lo contrario sería tanto como decir que todos los países que no permiten el matrimonio homosexual violan las convenciones de derechos humanos porque impiden el libre ejercicio del derecho a la personalidad, lo que es objetivamente falso.

Ello así es el legislador quien debe determinar cuál es el estatuto a dar las parejas homosexuales, optando entre los diversos modelos que existen en las legislaciones comparadas, respetando lógicamente los derechos humanos básicos, y adaptando la solución a la configuración de la sociedad.

(1) Adviértase que sin un reconocimiento del Estado, los miembros de la unión homo afectiva en conjunto no pueden acceder al régimen de la seguridad social, ni al de la inmigración, ni a la protección al derecho a la salud, ni al acceso en común a los planes sociales familiares, ni obtener reconocimiento de derechos como sucesores ab intestato. Lo que demuestra que el acuerdo entre sus miembros solo vale para reglar sus relaciones particulares pero no para obtener el acceso a los derechos sociales derivado de su relación.

(2) Como ha sucedido para las convivencias *more uxorio* ['según la costumbre con la esposa'; (nota del traductor)]: sentencias número 559 de 1989 y número 404 de 1998).

(3) CASO DE CHRISTINE GOODWIN c. THE UNITED KINGDOM (Application no. 28957/95), sentencia de la Corte de Derechos Humanos de STRASBOURG, 11 de julio de 2002.

(4) Esta definición ha sido repetida por la Corte de Derechos Humanos de Europa en los casos "Rees", "Cossey", "Sheffield" y "Horshman" y "Goodwin"

(5) SERRAVALLE, Paola, PERLINGERI, Pietro, STANXIONE, Paquele, Problema giuridici del transsexualismo, Napoli, 1981, p. 19; MODUGNO, Franco, I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995, p. 14; ALPA, Guido, y ANSALDO, Anna, La persone Fisiche, en "Codice Civile Comentario, II", p. 213 y siguientes.