

# Matrimonio igualitario: Perspectivas sociales para una lucha superadora de las constricciones sociales

Dra. Michelle Suárez Bertora

Los límites de la sociedad ya no coinciden, necesariamente, con los límites de lo social: lo social es el espacio ubicuo de lo alternativo, mientras la sociedad es el espacio conspicuo de lo institucionalizado. En tal caso, la sociedad aparecería como anfitriona de lo social. ¿Qué es la sociedad, sino un archipiélago de relaciones de poder cristalizadas en relaciones, identidades, prácticas y rutinas institucionales que surgen como islas en el mar de lo social? Así, la sociedad no es más que una domesticación espacial, temporal y determinada de una materia social maleable. La paradoja es que la fragilidad de lo diferente que se esfuerza por sobrevivir ante los acechos del poder está acompañada por una cierta fragilidad o inseguridad del orden, que se esfuerza por sobrevivir ante las oleadas rebeldes e innovadoras del mar de lo social.

El matrimonio igualitario implica gestar sociedad, transformar el programa predominante del “buen orden” en búsqueda de una sociedad más igualitaria en un sentido efectivo, con una real posibilidad de elegir la forma de vida y estructura familiar que optamos para nuestro desarrollo pleno, siendo necesario para ello la unión de los agentes que desde la diversidad sexual operan, haciéndolo sin mezquindades y egoísmos inútiles.

## Hacer sociedad

La posibilidad de hacer sociedad a partir de los agentes de la diversidad sexual emerge de lo social en el momento en que el escape deviene resistencia. Vale decir, en el momento en que esos agentes ya no se conforman con eludir el poder para sobrevivir en sus márgenes y deciden enfrentarlo en luchas que buscan afirmar tanto las identidades o “formas de vida” alternativas como los espacios u órdenes necesarios para su desarrollo.

Por ello, el matrimonio igualitario es una piedra angular que democratiza derechos al ampliar las esferas individuales de libertad que no solo atañe a los directamente involucrados, sino que indirectamente repercute en todos los componentes de una sociedad en esta constante construcción de la misma que proponemos.

## Repensando el derecho a la igualdad

Siguiendo al Dr. Cassinelli Muñoz, nuestra Constitución – en la Sección sobre Derechos, Deberes y Garantías – establece más que una enunciación de derechos, una enumeración de bienes humanos. La realidad muestra al ser humano en situaciones fácticas de interés satisfecho (“goce”) o insatisfecho. La satisfacción del interés se define como goce de un bien, empleando esta palabra en el sentido de los penalistas cuando hablan del “bien jurídico protegido”, y no en el sentido de los civilistas cuando aproximan o identifican el concepto con el de cosas o de derechos.

Entre estos bienes humanos hay algunos que han merecido protección jurídica, configurándose así las situaciones jurídicas de interés legítimo en el goce del bien o de derecho subjetivo en el goce del bien que, por esa circunstancia, queda calificado como “bien jurídico”.<sup>1</sup> Por otra parte, entre aquellos bienes humanos se destacan algunos que se consideran esenciales a la naturaleza humana, cuya insatisfacción sería inhumana, y que por ende, enfocado el ser humano como persona en sentido jurídico, dan nacimiento a la categoría jurídica

---

<sup>1</sup> Cassinelli Muñoz, Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo, en Revista del Colegio de Abogados, Tomo XXVI, noviembre de 1993, pág. 5 y ss.

de derechos subjetivos inherentes a la personalidad humana (art 72 Constitución)<sup>2</sup>. A su vez, entre aquellos bienes humanos que nuestra Constitución reconoce como jurídicamente protegidos en virtud de una fuente supraconstitucional (arts 72 y 332) y que no podría dejar de reconocerlos sin infringir el *jus cogens* internacional, el art 7 de la Constitución enuncia de ellos: la vida, el honor, la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad.

Adviértase que esa enunciación no es una enunciación de derechos, sino una enunciación de bienes humanos y como tal debe ser interpretada. Estamos hablando de la vida, no del derecho a la vida; del honor, no del derecho al honor; de la libertad como posibilidad de opción, no del derecho a la libertad; de la seguridad, no del derecho a la seguridad; y así sucesivamente. Por lo tanto, cuando la segunda oración del mismo artículo 7 de la Constitución prevé la privación “ de esos derechos”, se refiere a los únicos derechos mencionados en la primera oración del artículo, o sea, al derecho a ser protegido en el goce de la vida, al derecho a ser protegido en el goce del honor, etc.

Debemos saber que también existen los derechos subjetivos perfectos, absolutos, no limitables, o “derechos subjetivos inmunes a la potestad legislativa”, como el derecho a la igualdad (art 8 de la Constitución). En la Constitución uruguaya, al haberse consagrado expresamente la distinción entre derecho subjetivo o derecho perfecto y el interés legítimo como una categoría de situación jurídica subjetiva distinta, separable del derecho subjetivo... obliga a tomar también en sentido técnico las referencias que en la sección Derechos, Deberes y Garantías hay a las palabras “ derecho subjetivo” o “derecho”, y entender por consiguiente que nuestro derecho positivo consagra los derechos humanos como derechos en sentido técnico y no como intereses legítimo frente al Estado”. De esta manera, tenemos frente a cada ser humano titular de derechos subjetivos, del otro lado, a los obligados – posición jurídica correlativa a la de derecho subjetivo – y entre esos obligados puede aparecer la persona jurídica Estado.

Pero esta primaria conclusión de que existen derechos subjetivos en el sentido técnico contra el Estado , y no solo contra los otros habitantes, debe ser complementada con una observación especial importante: según la misma Constitución, el legislador ordinario – es decir, en definitiva también el Estado, pero el Estado a través del ejercicio de la función legislativa formal y no cualquier otro acto del Estado – es competente, tiene potestad expresamente atribuida para definir los límites concretos de los derechos fundamentales y, por consiguiente, frente al legislador no hay una delimitación precisa del alcance de los derechos fundamentales que permita decir que la ley ordinaria no tiene potestad para recordar o privar del goce de un derecho fundamental en determinados casos.

Por ello, frente al Estado administrador el derecho fundamental es siempre un derecho subjetivo. En cambio, cuando se trata de ejercicio de la potestad legislativa limitadora o reguladora del ejercicio de los derechos fundamentales, la posición en la que se encuentra el individuo o el grupo social titular del derecho fundamental individual o colectivo de que se trate es una situación de interés legítimo en cuanto tiene como correlativo, al otro lado de la relación jurídica, no una obligación sino una potestad limitadora o reguladora.

La situación cambia si nos encontramos frente a los derechos subjetivos perfectos – que en nuestra Constitución resultan excepcionales – donde el Estado legislador carece de potestad reguladora o limitadora, en cuyo caso no resulta procedente el procedimiento de la declaración de inconstitucionalidad sino que directamente, ante la carencia de potestad limitadora por parte del legislador, su ejercicio es un ejercicio de un poder inexistente y por consiguiente puede ser calificado como ineficaz, y no como inválido.

---

<sup>2</sup> Cassinelli Muñoz, Protección en el goce.. cit. Pág11.

El derecho subjetivo perfecto lo es tanto frente al Estado administrador como ante el Estado legislador<sup>3</sup>. Pues bien, si entrecruzamos los dos ejes tratados en este trabajo visualizamos cómo en nuestro ordenamiento jurídico la igualdad es un principio que conforma la legalidad en sentido amplio del Estado constitucional de derecho limitando y vinculando al poder legislador, excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en su accionar.

No puede admitirse en análisis jurídico que determinadas estructuras familiares sean contempladas a través del instituto del matrimonio y otras no en función de la orientación sexual o identidad de género de sus integrantes, lo cual violenta el derecho subjetivo perfecto de la igualdad. Esta situación ocurre desde la entrada en vigencia del Código Patrio en 1856 y que todos hemos aceptado pasivamente sin percatarnos de la discriminación directa que se practicaba desde el propio ordenamiento. Esto se ha puesto sobre la mesa por la intensa actividad de las organizaciones del Movimiento de Diversidad Sexual, al punto de que hoy ya no se conforman con existir en los márgenes permitidos de la sociedad sino que quieren y proponen transformar la misma en esta política de espacios, democratizando efectivamente derechos en condiciones de igualdad sustantiva.

Ya no podemos referirnos al matrimonio como una unión monógama heterosexual sino como la unión monógama de dos personas sin importar su orientación sexual o identidad de género, debiéndose sustituir todas las expresiones que refieren a hombre y mujer por otras de tipo ambiguo. La pensión congrua pueda ser percibida por cualquiera de los integrantes de la pareja, especialmente cuando se contempla la situación de las personas trans, que poseen una situación similar a la que poseían las mujeres décadas atrás, de absoluta exclusión del mercado de trabajo además de otras vulnerabilidades que provocan circunstancias de marginación. En referencia al régimen filiatorio debe estar contemplada la situación de las parejas lesbianas donde una de sus integrantes puede, mediante inseminación, concebir y su cónyuge querer considerarse jurídicamente progenitora. Este sería el caso de un hijo matrimonial con un consentimiento libre e informado expresamente plasmado por escrito en lo que denominamos “acuerdo expreso” por parte del cónyuge que no concibió, evitando además la judicialización de la situación a la cual las parejas heterosexuales no tienen que someterse. También proponemos la consiguiente modificación del impuesto orden de los apellidos cuando tenemos dos mamás o dos papás, por ejemplo, y por supuesto sin hacer distinciones discriminatorias nuevamente. Y por último, proponemos la disolución del vínculo matrimonial por sola voluntad de cualquiera de los cónyuges.

Si bien parecen cuestiones complejas, el verdadero planteo es si nos aventuraremos a realizarlo o preferiremos permanecer impávidos en una sociedad que excluye familias y menoscaba las esferas de libertad de los individuos en base a consideraciones de orientación sexual o identidad de género, más aun cuando en base a las anteriores reflexiones se está solicitando en última instancia que se cumpla con el Derecho y con un principio rector: la igualdad.

---

<sup>3</sup> En Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías en Cuadernos , Segunda Serie, Nº 13, ED. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo , 1990, pág. 186 y ss.

## **Bibliografía**

Benjamín Arditi, "El deseo de la libertad", "Una Gramática posmoderna para pensar lo social", Criterio, Edic. Paraguay, 1989

Cassinelli Muñoz, en Perspectivas....op Cit. Pag. 284

Cassinelli Muñoz, Responsabilidad del Estado por lesión de Interés Legítimo, en Cuarto Coloquio- Contencioso de Derecho Publico. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, Ed. Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, Pag 12

Cassinelli Muñoz, Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo en Revista del Colegio de Abogados, Tomo XXVI, Noviembre de 1993, pag. 5 y ss.

Cassinelli Muñoz, Protección en el goce.. cit. Pag11

En Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus Garantías en Cuadernos, Segunda Serie, Nº 13, ED. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1990, pag. 186 y ss.

Lorenzo Sánchez Carnelli, Las situaciones subjetivas, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pag 42-45