

LA DENEGATORIA DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA ASOCIACIÓN DE SWINGERS ES PERFECTAMENTE CONSTITUCIONAL, Y COINCIDENTE CON EL ORDEN PÚBLICO DE NUESTRO DERECHO DE FAMILIA*

GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

1. La resolución 541/2002 de la Inspección General de Justicia, y el fallo confirmatorio de fecha 12 de marzo de 2003 colocaron en la superficie del debate —y en la mucho más relevante del derecho constitucional— el tema de una asociación cuyos miembros acogen el estilo de vida *swinger* que, según significado que se atribuye al vocablo en lengua inglesa alude a la práctica libre del sexo.

El tema anudaba múltiples cuestiones, ninguna ajena al derecho constitucional democrático: autonomía, privacidad, libertad personal, conducta autorreferente, familia, matrimonio, fidelidad, derechos sexuales, moralidad pública, derecho de asociarse, libertad de expresión e información, proyecto personal de vida, pluralismo democrático. Hay que añadir etcéteras, porque seguramente no quedó agotado el arco problemático.

Y tal vez dentro de esta urdimbre, lo primero que debamos preguntarnos y responder es esto: ¿el caso de los *swingers* y de su asociación es igual al de la Comunidad Homosexual Argentina, de forma que así como a éste le fue denegado por la Corte su reconocimiento, también igual denegatoria le cabe a la Asociación Argentina de *Swingers*?¹

2. Para enfocar lo que haya de similar y de diferente entre un caso y el otro creemos que hay que situar el núcleo del problema en el objetivo o la finalidad de cada una de ambas entidades, no obstante que en torno de ese mismo núcleo se acumule una serie de pautas constitucionales inesquivables.

En esta periferia se hace presente el derecho de asociarse con fines útiles, más un conjunto de parámetros propios del derecho de familia con su orden público, y de la moral pública.

Acerca del derecho de asociarse, habíamos sostenido en ocasión del fallo de la CHA que “fines útiles” equivale a fines lícitos, es decir, no perjudiciales ni dañinos. Y añadíamos: “Estimar que la personalidad jurídica puede negarse a una asociación que directamente no es colaboradora ni conducente en forma inmediata para el bien común público —que es el fin del Estado, pero no de cada asociación en si

misma— implica un enfoque erróneo”.

3. Pero de inmediato, convergen más argumentos: no es correcto suponer que una denegatoria razonable (o sea, no arbitraria) de la personería jurídica impetrada por una asociación signifique violación inconstitucional del derecho de asociarse. Tal violación se consuma solamente si la denegatoria carece de fundamento razonable. No si la tiene. Además, es verdad que cuando una asociación solicita que se le otorgue la personalidad jurídica es porque entiende que no le basta con tipificarse como simple asociación con calidad de sujeto de derecho. Por ende, si conjugamos los artículos 33 y 46 del Código Civil con el 14 de la Constitución, todo dentro del espacio ineludible del sistema axiológico de valores y principios de la misma Constitución, tenemos que ingeniarnos con mucha objetividad para ubicar a la asociación pretensora de su personalidad jurídica en un casillero adecuado. No basta con alegar que sin tal personalidad mantiene igualmente incólumes sus derechos asociativos porque ostenta la condición de sujeto de derecho. El añadido satisfactorio apunta a otro plano, cual es el de que la finalidad asociacional no esté en pugna con un eje mínimo de moral pública, orden público y derechos de terceros.

4. Es cierto que el derecho a la identidad (a ser “uno mismo”), el derecho a ser diferente, la autonomía personal la privacidad, el proyecto personal de vida, confieren espacio a cada uno para asumir su sexualidad como cada uno lo elige, siempre que —en soledad o en compañía— no vulnere con sus conductas aquel eje recién mencionado.

El derecho de familia es de orden público. En nuestro derecho, el matrimonio es monogámico y es disoluble. La infidelidad es causal de divorcio, y a fidelidad no queda librada a lo que las personas digan que es, sino a lo que el derecho de familia de orden público tiene razonablemente establecido. La Constitución sin obstruir ni vulnerar la autonomía personal, propone un lineamiento mínimo para la familia, en común con el derecho internacional de los derechos humanos. Hay ciertas pautas que regulan el matrimonio, la convivencia fuera del matrimonio, a filiación, la patria potestad, los derechos sexuales y reproductivos, etc., así como ahora la Convención sobre Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) toma en cuenta la situación de los hijos menores con discernimiento para tutelarles ciertos derechos que no pueden quedar amarrados a lo que sus progenitores decidan a su arbitrio.

5. ¿Será inconstitucional que el derecho da familia imponga, con suficiente necesidad y razonabilidad, algún marco de orden público en las relaciones intrafamiliares (entre parientes) y extrafamiliares

Nota de los editores: El presente texto ha sido publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de la revista La Ley. Buenos Aires, 25 de agosto de 2003, pp. 45-46.

¹ El fallo de la Corte en el caso de la Comunidad Homosexual Argentina fue comentado por nosotros en JA, 1992-915. Hay que recordar que, después de dicha sentencia denegatoria, una modificación en el texto estatutario de la Asociación dio lugar a una resolución administrativa que le deparó la personalidad jurídica y que quedó firme.

(desde la familia y el parentesco hacia fuera, o sea, con terneros)? Es inconstitucional, para nosotros —porque no hay necesidad ni razonabilidad— que solamente haya una forma (estatal) para emplazar el vínculo matrimonial, porque el pluralismo debe dejar que los contrayentes elijan qué clase de connubio (de acuerdo con su religión, con sus creencias, etc.) van a celebrar, y basta y sobra (para que ese connubio surta efectos civiles) con que se registre o inscriba en un registro público. Es inconstitucional que solamente exista el matrimonio disoluble (porque no es verdad que yo pueda escoger a indisolubilidad, ya que si bien depende de la voluntad le los cónyuges disolver o no disolver el vínculo, el Estado no reconoce el efecto indisoluble de las nupcias contraídas por personas que pretenden descartar la disolubilidad). Es razonable, en cambio, que una ley local —en el caso, la de la Ciudad de Buenos Aires— habilite una “unión civil” entre personas del mismo sexo o de sexo diferente, con efectos limitados a derechos, deberes y beneficios que entran en el ámbito competencial local².

6. Pero formulemos un interrogante y contestemos con sinceridad: ¿Es inconstitucional que nuestro derecho de familia acoja a monogamia como de orden público y no dé recepción a uniones poligámicas o poliándricas? ¿Es inconstitucional que no se reconozca en jurisdicción argentina la unión matrimonial celebrada por un varón con cuatro mujeres en el país donde la contrajeron válidamente según su legislación?³.

Quienes digan que no es inconstitucional bien podrán consentir que tampoco lo es la denegatoria de personalidad jurídica a una entidad que tiene como finalidad y como objetivo promover y fomentar estilos convivenciales que riñen con el orden público de nuestro derecho de familia. Una cosa es respetar que esos estilos sean acogidos por quienes los comparten —ámbito propio de la libertad y la autonomía personal— y otra muy diferente lo es aspirar a que se

reconozca personalidad jurídica una asociación que no circunscribe su objetivo al grupo de personas que participan de él, sino que tiene como finalidad ofrecerlo y postularlo como un estilo alternativo respecto del que nuestro orden público de familia tiene razonablemente auspiciado.

7. No extrañe, entonces, que mientras hemos defendido en plenitud el derecho de alcanzar reconocimiento como persona jurídica por parte de una asociación de homosexuales que se propone defender a sus miembros contra la discriminación y la intolerancia (sin postular la difusión de la modalidad sexual como sustitutiva de la acogida por el derecho de familia), ahora opinemos que la personalidad jurídica no ha de otorgarse a una asociación *swinger*, que claramente sostiene en su estatuto una pluralidad de fines difusivos con verbos como “promover”, “fomentar”, etc., todo para que, dentro del pluralismo, las parejas puedan preferir este estilo de vida sexual libre y promiscua en reemplazo de lo que, en el molde de la razonabilidad, es todavía hoy la columna vertebral del derecho de familia de orden público⁴.

8. Seamos bien claros: que las parejas que deseen libremente convivir de esa manera lo hagan. El espacio de libertad les queda disponible, tanto como para que cuenten a la fecha, sin restricción ni cortapisa, de acceso a la comunicación e información electrónicas. En, síntesis, que quienes están de acuerdo con la sexualidad *swinger* gocen de su práctica. Pero que con un paso de avanzada, no lleguemos a rotular como libertad constitucionalmente habilitada y protegida a la que se quiere ejercer para que aquella promiscuidad sea una opción reconocida en pie de igualdad con el tipo de uniones que tienen cabida en el orden público del derecho de familia. Bien denegada la personalidad jurídica, depáramos al estilo de vida *swinger* el ámbito acotado a favor de sus participantes asociados en una entidad que tiene condición de sujeto de derecho. Es más que suficiente para lo que exige el derecho de libre asociación constitucional.

² Ver nuestra Columna de Opinión en La Ley del 23 de mayo de 2003 sobre “La Ley de unión civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

³ Esta última pregunta, vinculada parcialmente al tema de los llamados matrimonios “en fraude a la ley argentina”, ocupa un importante espacio en el derecho internacional privado.

⁴ El cotejo entre los objetivos y fines de la Comunidad Homosexual y de la Asociación de *Swingers* muestra diferencias. En efecto, y sin incurrir en purritos de léxicos, creemos que la CHA tiene entre sus fines el de generar espacios de reflexión y estudios multidisciplinarios sobre el homosexualismo, y “difundirlos”. Tal “difusión” se refiere a lo que, como resultado, arrojan la reflexión y el estudio multidisciplinario, y de ello no cabe inferir que se propicie o promueva la homosexualidad ni que se incite a practicarla. Muy distinto es el vocabulario estatuario de la Asociación de *Swingers*, porque uno de sus fines consiste en promover al estilo de vida *swinger*, o sea, propiciarlo como una forma alternativa en la sexualidad de las parejas. ¿Se vulnera o no el orden público de nuestro derecho de familia? Tal vez se alegue que este derecho de familia no compagina con la Constitución, pero entonces lo que deben hacer quienes así piensan es incoar cuantas acciones judiciales hagan falta para que, en instancia final, nuestra Corte tenga oportunidad de decir si el tronco vertebral del derecho de familia de orden público está viciado de inconstitucionalidad. Como eso no ha ocurrido, retomamos la idea de que el estilo de vida *swinger* es incompatible con nuestro derecho de familia de orden público, que hasta hoy no ha sido judicialmente descalificado como inconstitucional.