



El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los “tolerantes”?

*Namiko Matsumoto Benítez**
*Luis Eduardo Coronel Gamboa***

Resumen:

El matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema que está siendo debatido en la actualidad en varios países de América Latina. La reivindicación de los derechos humanos de la población LGBTI, se ha visto frenada por la marcada influencia de grupos conservadores,

* Abogada, Doctora en Derecho, Investigadora de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México; Coordinadora del Programa de Derechos Humanos de la misma universidad; Coordinadora de la Red de Escuelas y Facultades de Derecho a favor de una Cultura de los DDHH y el DIH y; Secretaria Ejecutiva de la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas.

** Asistente Legal en el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Veracruzana y Asesor en la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas.

tanto detentadores del poder político como de los poderes fácticos. Más allá de lo controversial que pueda resultar el tema y de las distintas posiciones de los diversos actores involucrados en el mismo; la Iglesia Católica, las Organizaciones de la Sociedad Civil, los propios legisladores y los ciudadanos en general, en este artículo se pretende, a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establecer si dicho *corpus juris* consagra el derecho a contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo. Analizar la decisión de algunos países de crear figuras análogas al matrimonio para las parejas del mismo sexo o de someter a votación la inclusión de esas parejas en dicha institución, y su (in)compatibilidad con los derechos humanos y el Estado Constitucional de Derecho.

Palabras clave: Discriminación. Parejas del mismo sexo. Matrimonio. Igualdad. Estado Constitucional de Derecho. Derechos Humanos. Democracia.

1. ¿El derecho a contraer matrimonio es exclusivo de las parejas heterosexuales?

En la mayoría de nuestros sistemas jurídicos el matrimonio está consagrado como la unión de un hombre y una mujer, de la que derivan una serie de derechos y obligaciones como efecto de ese régimen legal de convivencia. Considerando las consecuencias jurídicas que dicho estado civil genera y que se traducen en un marco de protección para los convivientes, es menester analizar, si el Estado podría privar de tal derecho a las personas en razón de su preferencia u orientación sexual. Ciertamente, nada impide que se establezcan modalidades legítimas para el ejercicio de determinados derechos; sin embargo, nos parece, que no es este el criterio que debe primar tratándose del matrimonio, particularmente, porque la orientación sexual no puede convertirse en un obstáculo para garantizar tal derecho y excluir -que no fijar un estándar menor de protección- a determinadas personas de su goce y ejercicio, por criterios que además, constituyen una discriminación que está absolutamente prohibida.

Bajo las anteriores consideraciones, es pertinente traer a colación el marco normativo internacional y, a partir de este, analizar si efectivamente las parejas homosexuales, son titulares del derecho a contraer matrimonio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, consagra:

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, prescribe:

Artículo VI

Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la parte que interesa, dispone:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

De la normativa citada se advierte fácilmente que cuando hacen referencia a la figura jurídica del matrimonio, lo hacen con relación a los hombres y mujeres, por lo que, en principio, pareciera que aquel está reservado para celebrarse solo entre personas de sexos opuestos. No obstante lo anterior, los métodos de interpretación tradicionales, tratándose de derechos humanos, pueden generar efectos restrictivos, pues aquellos requieren de pautas hermenéuticas diversas, como atinadamente lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos humanos. (Corte IDH, 21 de mayo de 2013, párr. 46).

En efecto, dicho tribunal ha sostenido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. (Corte IDH, OC-16/99, 01 de octubre de 1999, párr. 114; Sentencia, 15 de septiembre de 2005, párr. 106; 25 de abril de 1978, párr. 31).

En el anterior sentido, es indiscutible que para determinar si el derecho a contraer matrimonio se proclama respecto de personas del mismo sexo, se hace necesario interpretar los instrumentos que lo consagran, de forma coherente con otros derechos y principios contenidos en el mismo tratado, ya que hacerlo de forma aislada, nos conduciría a una interpretación literal que podría resultar en la exclusión del goce efectivo de tal derecho; además, la norma sustantiva que consagra el derecho al matrimonio, debe interpretarse bajo el principio de igualdad y no de discriminación la cual permea todo el sistema tutelar de derechos humanos.

Así las cosas, es pertinente mencionar que ninguno de los instrumentos señalados, establece de forma taxativa que el matrimonio deba celebrarse necesariamente entre un hombre y una mujer, más bien, enuncian que los hombres y las mujeres tienen derecho, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a contraer matrimonio y fundar una familia. Si bien, tradicionalmente el matrimonio se ha concebido como la unión de un hombre y una mujer, lo cierto es que tanto este como el derecho a fundar una familia, no constituyen privilegios o concesiones graciosas, son derechos de los que no pueden exceptuarse a las personas en función exclusivamente de su orientación sexual. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana al señalar que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria

basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 91).

Las consecuencias jurídicas de tal exclusión no son menores, se traducen en un déficit de protección para las parejas homosexuales que se ven impedidas de acceder a la figura jurídica —el matrimonio— que les permitiría ejercer a plenitud los derechos, obligaciones y ser titular de las protecciones especiales de que gozan las parejas heterosexuales¹.

En definitiva, a partir del marco normativo citado y considerando la prohibición de limitar o restringir los derechos de las personas a partir de su orientación sexual, sumado a la obligación de interpretar las disposiciones jurídicas bajo el principio *pro persona* (Corte IDH, 13 de noviembre de 1985, párr. 52), es evidente que negar el derecho a contraer ma-

1 La mayoría de las legislaciones contemplan un régimen de protección amplio solo para las parejas heterosexuales unidas en matrimonio. A manera de ejemplo: Paraguay (Art. 49 constitucional. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes). Colombia (Art. 42 constitucional. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. [...]). Brasil (Art. 226 constitucional. Art. 226. La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado. [...]) 3° A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.)

trrimonio a las parejas homosexuales en razón de su orientación sexual resulta violatorio de sus derechos humanos.

1.1 *Iguales en la diferencia*

El derecho internacional define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferenciado que se base, directa o indirectamente, en un fundamento prohibido de discriminación y que tenga la intención de causar o anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos garantizados por el derecho internacional. (CDH, 10 de noviembre de 1989, párr. 7).

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse, tanto en casos contenciosos como en su función consultiva, en el sentido de que la igualdad y no discriminación se desprenden de la idea de unidad de la dignidad y naturaleza de la persona. (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr. 56) En este sentido, ha sostenido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (Corte IDH, 19 de enero de 1984, párr. 55).

También ha señalado que la prohibición general de discriminación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, abarca

la identidad de género y la orientación sexual. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 91). Sumado a lo anterior, la Asamblea General de la OEA en su resolución 2807, sostuvo que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que a cada persona le es dado ejercer todos los derechos y libertades existentes en ese instrumento sin distinción de cualquier naturaleza tales como de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; y condenó todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instó a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada. (OEA, 4 al 6 de junio de 2013).

De otra parte, en el ámbito universal, la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, adoptada el 22 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reafirma que el principio de no discriminación, exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. (ONU, 22 de diciembre de 2008, párr. 3).

En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos, tanto en casos individuales como en observaciones finales a los Estados, ha concluido que las diferencias de trato sobre la base de la orientación sexual, constituyen una violación del derecho a estar libre de discriminación. (CDH, 17 de abril de 2007, párr. 16).

Como quedó establecido, tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como sus órganos de vigilancia, interpretación y aplicación, son coincidentes al señalar que la identidad y orientación sexual, no pueden servir de fundamento para negar el goce y ejercicio de los derechos en ellos enunciados.

Por lo tanto, en un ejercicio deductivo a partir de la normativa analizada anteriormente, se desprende que los conceptos jurídicos tradicionales deben evolucionar para incluir y tutelar a quienes pertenecen a esa categoría.

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.

1.2 Evolución del concepto de familia y su impacto en las parejas homosexuales.

Si bien en el imaginario colectivo, la familia se visualiza a partir de la unión entre un hombre y una mujer, tanto en el ámbito universal como en el regional, los órganos encargados de vigilar y aplicar los tratados de derechos humanos, se han ocupado de interpretar el alcance normativo de la noción de familia. En efecto, por cuanto al primero, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. [...] Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros. (CDH, 1990, párr. 2).

En sintonía con el párrafo precedente, también ha establecido que:

Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos [...]. (CDH, 2000, párr. 27).

Por su parte, la Corte Interamericana en su desarrollo jurisprudencial ha señalado:

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual solo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que *la imposición de un concepto único de familia* debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención. (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, párr. 175).

La Corte Europea ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido que al aplicar un criterio amplio de familia, “la noción de vida familiar” abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación” (TEDH, 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 94), pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no

puede disfrutar de la vida familiar en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo. (TEDH, 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 94).

Bajo las anteriores consideraciones, es evidente que un concepto restringido de familia, limitado a las formadas por parejas heterosexuales, no encuentra fundamento en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata entonces de un concepto abierto y plural que permite a modelos no tradicionales de familia, acceder a la protección en ellos prevista. En efecto, si la familia es considerada como un elemento fundamental de la sociedad que debe ser protegida, tanto por esta como por el Estado, y si como institución fundamental está ligada estrechamente con el derecho de las personas a fundarla mediante el acto jurídico del matrimonio como medio para alcanzar tal protección, es inconcuso que las parejas homosexuales tienen derecho a conformarla mediante esta figura jurídica.

1.3 ¿Es compatible con los derechos humanos la creación de una figura análoga para regular la unión homosexual?

Existen miembros de la comunidad internacional, que han reconocido la necesidad de tutelar la vida familiar de las parejas homosexuales, pero para hacerlo, han decidido concebir nuevas figuras jurídicas para no “desfigurar”, desde su particular perspectiva, la institución del matrimonio.

Sobre la especie, nosotros consideramos inconvencional un planteamiento de esa naturaleza, ya que está construido sobre la base de prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. Precisamente, la razón por la que las parejas del mismo sexo

no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales, es el rechazo por parte de la sociedad, que no los considera "dignos" de acceder a la figura del matrimonio. Avalar la creación de una figura especial para regular las uniones de las parejas gay, representaría, implícitamente, perpetuar esa idea a todas luces discriminatoria, legado de severos prejuicios.

En este sentido, algunos de los defensores de la propuesta de crear una nueva figura que le brinde a las parejas homosexuales los mismos beneficios que la institución del matrimonio concede a las parejas heterosexuales, refieren que la diferencia se basa en que, tradicionalmente, el matrimonio tiene como uno de sus objetivos fundamentales la procreación para, de esta forma, perpetuar la especie.

Nosotros sostenemos que la finalidad básica del matrimonio es la de otorgar una tutela reforzada a la familia por medio de un contrato civil, que a su vez, da derecho a otros derechos no solo expresivos sino también materiales, por ejemplo beneficios fiscales; beneficios de solidaridad; beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; beneficios de propiedad; beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas, y; beneficios migratorios para cónyuges extranjeros.

La secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo. (SCJN, 28 de enero de 2010, párr. 242).

La desvinculación entre matrimonio y procreación queda de manifiesto en "una gran va-

riedad de situaciones: la existencia de parejas heterosexuales que deciden tener una familia sin acudir a la institución matrimonial; matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; matrimonios heterosexuales que por razones biológicas no pueden tener hijos y recurren a los avances médicos para lograrlo; matrimonios heterosexuales que sin tener un impedimento biológico para procrear optan por la adopción; matrimonios heterosexuales que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etc." (SCJN, 28 de enero de 2010, párr. 250).

Por lo tanto, queda demostrado que el sostén del matrimonio no es la intención o posibilidad de procrear, sino los "lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común" (SCJN, 5 de diciembre de 2012, pág. 42).

Como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Schalk y Kopt v. Austria* (24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 47), las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto su capacidad para desarrollar una vida familiar, en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. En este sentido, la distinción es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial, y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales.

En este orden de ideas, optar por crear una figura jurídica alternativa, a pesar de la equivalencia de condiciones entre las parejas hetero y homosexuales, solo puede tener como finalidad enviar un mensaje de rechazo a ese gru-

po, clasificarlos como ciudadanos de segunda clase.

En el caso reciente de *Perry v. Brown*, una Corte de Apelación de California, Estados Unidos, abordó la cuestión sobre si el régimen de “*domestic partnership*”, que reconoce a las parejas del mismo sexo todos los derechos y obligaciones que tienen las parejas heterosexuales casadas, a excepción del término “matrimonio” para su institución, es discriminatorio. La Corte sostuvo que efectivamente constituía una clasificación contraria a la igualdad ante la ley, ya que la negativa de permitirles el uso de la palabra “matrimonio”-y el estatus social que le acompaña- se sustenta en la desaprobación de los gays y las lesbianas como clase. Es decir, esa prohibición enuncia nada menos que un juicio sobre su valor y dignidad. (Corte de Apelación del Distrito de California, 7 de febrero de 2012, págs. 72 y 73).

En este tenor, la existencia de un régimen jurídico diferenciado al cual puedan optar las parejas homosexuales *en lugar de casarse*, recuerda las medidas legitimadas por la conocida doctrina de “separados pero iguales”, surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. Cuando la Corte Suprema norteamericana abolió dicha doctrina, en el caso *Brown v. Board of Education*, afirmó que la segregación de los niños en las escuelas públicas, basado únicamente en la raza, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, aun cuando las instalaciones y otros factores tangibles fueran exactamente iguales en las escuelas de niños negros, ya que la segregación racial generaba un sentimiento de inferioridad en los niños afroamericanos. (Suprema Corte EUA, 17 de mayo de 1954).

Haciendo una analogía, la instauración de una figura que otorgue los mismos derechos con la sola diferencia de la denominación que se le da a ambos tipos de instituciones, resulta discriminatorio, ya que constituye un régimen

de “separados pero iguales”, solo que en este caso, en lugar de sustentarse en la “supremacía blanca”, se sostiene en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales, ofendiendo así, su dignidad como personas. (SCJN, 5 de diciembre de 2012, pág. 49).

En este orden de ideas “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*”. Por el contrario, deben “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. Reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, es un gran paso para promover una sociedad más incluyente y plural.

1.4 *¿Es legítimo condicionar el reconocimiento de este derecho a la voluntad de la mayoría?*

En algunos Estados, la inclusión de las parejas homosexuales en la institución matrimonial se ha sujetado a consultas populares, o a acalorados debates en las legislaturas. Pero ¿realmente se puede elegir democráticamente (en el sentido formal del término) reconocer o no un derecho?

A partir de la segunda mitad del siglo XX, después de las experiencias totalitarias que consiguieron, a través de las leyes, anular los derechos de grupos como los judíos, los afrodescendientes y la oposición política, dentro de la teoría jurídica se dio un cambio de paradigma, superando el modelo paleo positivista de derecho, para dar paso al Estado Constitucional de Derecho, en el que se limita la esfera decisional de los órganos políticos, como el Poder Legislativo.

En el pasado, las teorías políticas de cuño romántico legitimaban el imperio de la mayoría, transformada y unificada en la "voluntad general": "cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo". (Rousseau, 1982, pág. 55). El organicismo romántico pretendía totalizar y disolver: el individuo se funde en el "espíritu del pueblo", en el *Volkgeist* o en la *Volkseele*, y realmente se disuelve en el fluir impersonal de la historia. La fusión orgánica que lleva a representar al pueblo como una totalidad indivisible, que manifiesta su voluntad a través de la legislatura, legitimó a los totalitarismos del siglo XX. (Sartori, 2007, pp. 29 y 30).

En efecto, el rumbo del conjunto era decidido atendiendo únicamente a criterios formales de mayoría, sin la existencia de vínculos y límites sustanciales a las decisiones tomadas, ya que "la voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública". (Rousseau, Jean Jacques, 1982, p. 72). El poder legislativo, concebido como el canalizador de la voluntad general, gozaba de omnipotencia, ya que sus decisiones, *a priori*, independientemente de su contenido, se presumían tendientes a lograr el bien común, como herramientas para el desarrollo del colectivo. El problema consiste en que la realización del colectivo como concepto abstracto, es maleable y conjuga las más diversas ideologías, partiendo de la respuesta siempre subjetiva de qué es lo mejor para el conjunto. "En nombre de la totalidad y cubierto bajo la fórmula de todos como uno solo, todo el mundo puede ser aplastado y oprimido, de uno en uno". (Sartori, 2007, p. 30).

El devenir histórico nos ha mostrado que ante la dificultad y la falta de legitimidad para que cierto grupo político dominante defina qué es lo mejor para el colectivo, y tomando en cuenta la existencia de sociedades plurales

y multiculturales, resulta necesario establecer un piso mínimo de condiciones para que cada grupo, con sus idiosincrasias e intereses específicos, pueda desarrollarse. Como señala García Figueroa:

"No todos pensamos igual. Nuestras creencias, actitudes y deseos difieren y ello es causa de conflicto. Frente a ciertas sociedades del pasado relativamente uniformes, basadas en un orden con valores ampliamente compartidos, hoy se erigen ante nosotros sociedades plurales, generalmente más complejas, cuyos miembros poseen concepciones del mundo muy distintas entre sí. [...] En sociedades uniformes, el respeto a la diferencia se había articulado históricamente a través de un mecanismo excepcional: la tolerancia. Por el contrario, en sociedades plurales y más desarrolladas, el respeto a la diferencia se convierte en un mecanismo habitual que se incorpora al Derecho a través de la democracia y los derechos fundamentales". (García, 2009, p. 31).

En este orden de ideas, podemos cuantificar el éxito del papel garantista del Estado, atendiendo a las posibilidades que brinda a los individuos de desenvolverse, alejándonos de términos ambiguos difícilmente cualificables como el "bien común" o la "salud pública".

Entonces, el piso mínimo de condiciones que el Estado debe garantizar, está constituido por los derechos fundamentales, que posibilitan el libre desenvolvimiento de las personas y, al ser reconocidos como tales, establecen límites sustanciales a las decisiones políticas, haciéndolos indisponibles para el legislador. Representa, en palabras de Ferrajoli, la esfera de lo indecible.

Tradicionalmente, la democracia ha sido entendida únicamente en su dimensión formal, es decir, en lo relativo a los procedimientos sobre quién y cómo se debe decidir. En el

paradigma de la democracia constitucional, los derechos humanos se erigen como un dique a las decisiones políticas; ahora, no solo se debe observar el procedimiento formal para la toma de decisiones, sino que también se establece sobre qué no puede decidirse (libertades públicas) y sobre qué no se puede no decidir (derechos sociales). (Ferrajoli, 2009).

En un primer momento, podría pensarse que establecer límites y vínculos a las decisiones de la mayoría representa acotar o contener la democracia. Por el contrario, estas limitantes impuestas por los derechos fundamentales son democráticos, ya que “consisten en derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo –como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen– en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. Son contrapoderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno, en ausencia de los cuales la democracia misma, como las trágicas experiencias del siglo XX han mostrado, puede ser arrollada por mayorías contingentes”. (Ferrajoli, (2 ed.), 2009, p. 100).

En el caso al que refiere este artículo, consideramos que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, es indisponible para la legislatura o para una mayoría que manifieste su opinión a través de formas de democracia directa como el referéndum o el plebiscito, ya que forma parte de la esfera de lo indecible.

En efecto, el condicionamiento a la aceptación popular del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio atenta contra la base misma de los derechos humanos: la posibilidad del hombre de auto determinarse. Pues si bien es cierto que el Estado no está negando la posibilidad de que los individuos elijan su orientación sexual, también es verdad que para el completo desarrollo de la

individualidad, nuestras elecciones existenciales fundamentales exigen manifestarse a través de la acción.

En este caso, el derecho estaría siendo utilizado para establecer un obstáculo para el libre desenvolvimiento de la personalidad, ya que la orientación sexual parte de una decisión de la naturaleza más íntima, pero que no se basta en sí misma para trascender, la decisión reclama, para el completo desarrollo de la persona, ir más allá de esa decisión abstracta, para materializarse en actos que se desenvuelven en la realidad social.

El derecho tiene la función no solo de permitir esa realización, sino la obligación de garantizarla, pues en este caso, convergen los dos derechos sobre los que se funda el Estado: la libertad y la igualdad.

La libertad, pues el ser humano siempre debe conservar la posibilidad de definirse a través de la acción, es decir, lo que define al ser humano es su posibilidad de elegir, debiendo tener tal posibilidad sin imposiciones estatales basadas en criterios axiológicos derivados de cierta concepción moral y religiosa.

Y la igualdad, porque el Estado, al contar con una institución de garantía del derecho a la familia, no puede excluir a un grupo determinado de personas, por el hecho de haber elegido una forma distinta de constituirla. Dicha exclusión, es incompatible con el Estado laico, aun cuando la mayoría popular profese una determinada religión o acepte ciertos principios morales.

El derecho no debe ser utilizado para proteger un sistema moral ideal, es decir, como instrumento de reforzamiento de la (esto es, de una determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales. (Ferrajoli, 2009).

Por otra parte, si bien es cierto que la normativa internacional reconoce a los Estados márgenes de apreciación para regular el ejercicio de determinados derechos, es decir, establece ciertos parámetros convencionales para que los Estados regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos, (Corte IDH, 6 de agosto de 2008, párr. 166) dicha discrecionalidad tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. (Corte IDH, 02 de febrero de 2001, párr. 126.) En este caso, queda fuera de duda la inexistencia de un margen de discrecionalidad de los Estados para condicionar el acceso a cierto grupo de personas a los beneficios expresivos y materiales que otorga el matrimonio, máxime, cuando la Corte Interamericana ha establecido que:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”. (Corte IDH, 24 de agosto de 2010, párr. 269).

Por tanto, ni los representantes populares, ni una mayoría (por más aplastante que sea), tienen la posibilidad de decidir si respetan o no una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdos en contrario, como es el principio de la protección iguali-

taria y efectiva de la ley y de la no discriminación. En consecuencia, resulta violatorio de derechos humanos el sujetar el reconocimiento del derecho de un determinado grupo de personas, al aval de una mayoría. Como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs. Uruguay*, el hecho de que una ley haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía no concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad, ni exenta al Estado de una posible responsabilidad internacional. (Corte IDH, 24 de febrero de 2011, párr. 238).

Conclusión

Tomándonos los derechos en serio, particularmente el efecto irradiante del principio de no discriminación sobre la normativa de los Estados, no existe ninguna justificación racional para seguir excluyendo a las parejas del mismo sexo del acceso a la institución del matrimonio. Es cierto que los prejuicios están enraizados en las sociedades, pero eso no justifica al Estado de tolerar o, peor aún, de utilizar como excusa el *statu quo* para mantener patrones de discriminación. Nos parece que, para ser coherentes con el respeto de la dignidad humana y actuar verdaderamente con base en los principios del pluralismo democrático, debe reconocerse este derecho como una manera de reivindicar a un grupo históricamente marginado.

Referencias jurisprudenciales

- CDH. Caso “X” Vs. Colombia, Comunicación 1361/2005, 30 de marzo de 2007, párr. 9 y; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos respecto de Chile. CCPR/C/CHL/CO/5. 17 de abril de 2007, párr. 16, Recuperado de: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a307d812cb3bac7bc125730000357c24/\\$FILE/G0742000.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/a307d812cb3bac7bc125730000357c24/$FILE/G0742000.pdf)

- Corte de Apelación del Distrito de California, EUA. Caso 11-16577. Perry Vs. Brown. Sentencia de 7 de febrero de 2012.
- Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. 02 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C. No. 261.
- Suprema Corte EUA. Caso 347 U.S. 483 Brown Vs. Consejo de Educación. Sentencia de 17 de mayo de 1954.
- TEDH. Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978.
- TEDH. Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010.
- SCJN. Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Promovida por el Procurador General de la República, de fecha 28 de enero de 2010.
- SCJN, Amparo en revisión 581/2012, de fecha 5 de diciembre de 2012. Resuelto por la SCJN, derivado de la facultad de atracción 202/2012.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2009).
- Ferrajoli, L. Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta. 2009.
- García, A. (2009). Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta.
- OEA. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. OEA/Ser. P, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 4 al 6 de junio de 2013, Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones, La Antigua, Guatemala.
- Rousseau, J. J. El Contrato Social 1982. Madrid: Biblioteca Edaf. Sartori, G. ¿Qué es la democracia? México: Taurus. 2007.

Otras referencias

- CDH. Observación General No. 18, Comentarios Generales Adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º Período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev./ at 168, 10 de noviembre de 1989.
- CDH. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990).
- CDH. Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de enmiendas a las disposiciones sobre naturalización de la Constitución de Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, No. 4.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal., 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- ONU. Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008.