



*Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

## **El matrimonio entre parejas del mismo sexo y su derecho a formar una familia: *Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos***

■ **Por:** *Namiko Matsumoto Benítez\**

### **Resumen**

El devenir histórico de la humanidad evidencia una clara manifestación de discriminación en contra de la población LGTB, lo que conlleva a que en el colectivo se arraiguen fuertes actitudes que ponen en situación de vulnerabilidad a

esta población, y que se legitiman en la misma normatividad de los Estados. No obstante lo anterior, el surgimiento post-moderno de una comunidad internacional garante de los Derechos Humanos y coherente con la evolución de los tiempos, ha propiciado el reconocimiento del derecho a la protección familiar y

---

\* Investigadora de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México, Coordinadora del Programa de Derechos Humanos de la misma universidad y Coordinadora de la Red de escuelas y facultades de Derecho en favor de una Cultura de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Agradezco el apoyo de Rafael Beltrán Ramos, Asistente Legal del PDHUV, para la elaboración de este artículo.

su desarrollo efectivo en condiciones de igualdad, lo que implica *per se*, el derecho esencial de las parejas del mismo sexo de unirse en matrimonio y conformar familia. En este orden de ideas, se desarrollarán los planteamientos anteriores, no sólo desde la proclamación de diversos instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos, sino también desde la jurisprudencia interamericana y la proferida por diversos órganos convencionales de las Naciones Unidas.

Paralelo a lo anterior, y como premisa complementaria, quedará claro que además de las medidas positivas que permitan la inclusión de grupos históricamente vulnerados, coexiste en este sentido la preponderancia del interés superior del niño, principio que también ha sido desarrollado en el seno de la comunidad internacional, y que entraña un pilar fundamental en la protección de los niños como potenciadores del futuro y como sujetos de especial protección. Así las cosas, será ineluctable concluir que el matrimonio de parejas del mismo sexo y el derecho de éstas a conformar familia, es un reconocimiento que se corresponde con los postulados que subyacen de los Derechos Humanos.

### **Palabras claves**

Parejas del mismo sexo, matrimonio, Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, principio de igualdad y no discriminación, jurisprudencia, interés superior del niño.

### **Abstrac**

The historical development of man kind

shows a clear manifestation of discrimination against the LGBT population, leading to the collective strength sare rooted in attitudes that putthis vulnerable population, and to legitimize the same safety States. Never theless, the emergence of apost-modern international guarantor of human rights and consistent with the changing times, has led to recognition of the rightto family protection and effective development in-conditions of equality, which implies per se, the essential right ofsame-sex couple- unite in marriage and family form. It is thisvein, previous approaches were developed, not only from the proclamation of various international instruments for the protection of Human Rights, but also from theInter-American jurisprudenceandmade by various treaty bodies of the United Nations.

Parallelto this, and as additional premise, it becomes clear that besides the positive measures that en able the inclusion of historically vulnerable group, exists in this regard the preponderance of the interests of the child, a principle that has also been developed within the international community, and involveda corner stone in the protection of children asenhancers of the future and assubject to special protection. So, the conclusion is inescapable that marriage of same-sex couples and the rightto form families of theseis a recognition that corresponds to the underlying assumptions of Human Rights.

### **Keywords**

Same-sexmarriage, Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, Human Rights Court, the prin-

ciple of equality and non discrimination, law, interests of the child.

En las últimas décadas han cobrado fuerza los movimientos que reivindican los derechos de las personas homosexuales a partir de la noción de igualdad de todos los seres humanos. De particular relevancia para los avances logrados en este tema es el trabajo realizado por organizaciones nacionales e internacionales para lograr un trato justo y equitativo de las personas homosexuales, que se traduzca en su inclusión en los ámbitos legal, social, político y cultural.

El tránsito hacia el reconocimiento de tales derechos y la concreción de un nuevo paradigma, se encuentra enmarcado por la contradicción entre grupos que lo apoyan y aquellos que se resisten. Esta dicotomía encuentra campo fértil en los prejuicios sociales, en la tradicional distribución de roles y en los estereotipos sociales y culturales.

Los intentos de algunos Estados por reconocer los derechos de las personas homosexuales se insertan en esta trayectoria; las reacciones de grupos religiosos y de grupos conservadores han dificultado la tarea legislativa, de modo que la tendencia mayoritaria es hacia el encubrimiento jurídico, es decir, la invisibilidad para el derecho de un fenómeno social y de una opción de vida legítima: la preferencia por parejas del mismo sexo.

En las siguientes líneas nos proponemos desarrollar un análisis jurídico, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, que aporte elementos para responder si la orientación sexual constituye un criterio válido para restringir el goce y ejerci-

cio de determinados derechos, entre los que se encuentra el derecho a fundar una familia y, por supuesto, de manera implícita los derechos de los niños. Para ello revisaremos las reformas al Código Civil del Distrito Federal (México) que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el principio de igualdad y no discriminación, ratificados por el Estado mexicano.

## ***I. Los matrimonios del mismo sexo en la legislación del Distrito Federal, México***

En México, ha cobrado vigencia y saltado a la palestra este tema, a propósito de las reformas al Código Civil del Distrito Federal, publicadas mediante Decreto el 28 de diciembre de 2009, particularmente el artículo 146 que dispone:

**Artículo 146.-** Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código.

El texto anterior establecía:

**Artículo 146.-** Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.

Al sustituirse en la redacción las palabras “hombre” y “mujer” por la de

“personas”, se consagró normativamente la posibilidad de contraer matrimonio dos personas del mismo sexo, como efectivamente ha ocurrido.

Sin dejar de considerar la trascendencia que tiene la mencionada reforma en materia de igualdad y no discriminación de conformidad con los estándares internacionales reseñados *infra*, no parece ser precisamente esta nueva concepción de la institución del matrimonio lo que ha causado más impacto, sino el derecho a formar una familia y los efectos que se generan en materia de adopción, considerando que las disposiciones relativas a ésta, hacen referencia al derecho que tienen los “cónyuges” para realizar este acto jurídico.

El mencionado impacto ha sido de tal magnitud que el Procurador General de la República interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal, que a la letra dice:

**Artículo 391.-** Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

El artículo 390, a su vez, establece que los fines de la adopción son procurar el beneficio para la persona que pretende adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma. Asimismo, este ar-

tículo exige que el o los adoptantes sean personas aptas y adecuadas para adoptar. La referencia implícita entre las disposiciones que establecen quiénes pueden adoptar y la que define el matrimonio, es lo que motivó la acción de inconstitucionalidad.

La acción de referencia aún no ha sido resuelta, pero tiene toda nuestra atención porque fijará estándares nacionales que desde luego servirán de base para la legislación en el resto de las entidades federativas que integran la República mexicana. De ahí nuestra preocupación y seguimiento de esta acción ante la necesidad de que se atiendan los estándares internacionales para realizar cualquier pronunciamiento.

Ahora bien, si la igualdad y la no discriminación parten de la esencial dignidad de la persona humana, el tema parece *a priori* no requerir mayor discusión. No obstante, la homosexualidad, en el imaginario colectivo mexicano<sup>1</sup>, sigue considerándose como una pauta de “anormalidad” incompatible con la idea

1 El Consejo Nacional para la Prevención de la Discriminación cita la Encuesta Nacional de Valores ciudadanos y cultura de la democracia en México, realizada por el Instituto Federal Electoral en 1999, en la que se sugiere que pocas prácticas discriminatorias en México gozan de mayor impunidad social que el rechazo a la expresión de homosexualidad. A la pregunta de si estarían dispuestas a vivir con personas de otra raza, religión, ideas políticas, con VIH/SIDA, personas homosexuales, el 66.5% de las personas encuestadas respondió que no, en el caso de las dos últimas.

de una familia sana y equilibrada.

Revisemos pues los criterios fijados en los instrumentos internacionales respecto a la concepción del derecho a la familia y los elementos que nos brindan para identificar si las parejas del mismo sexo pueden gozar y ejercer este derecho.

#### 1) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN EL DERECHO A LA FAMILIA

Si bien numerosos instrumentos de derechos humanos hacen referencia al derecho a fundar una familia, sólo haremos referencia a aquellos que lo consagran de manera más amplia y detallada. La Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge este derecho de la siguiente manera:

##### Artículo 17

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 éstas 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 res-

ponsabilidades 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.

Por su parte, el artículo 10.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prescribe:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Del mismo modo, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre en el artículo VI establece:

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

De la revisión de dichos artículos advertimos que, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como la Declaración

*El principio de igualdad de las personas ha sido consagrado en numerosos instrumentos internacionales, reconociéndolo como un principio fundamental para la realización de la dignidad humana.*

Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre, consideran como titular del derecho a tener una familia a toda persona, sin distinguir su género u orientación sexual. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia cuando cumplan con los requisitos establecidos en las leyes internas y en la medida en que no afecten el principio de no discriminación, de lo cual se colige que la redacción de este artículo debe ser interpretado en el sentido de que el matrimonio no necesariamente debe estar conformado por personas de distinto sexo.

Analizaremos con mayor detenimiento el principio de igualdad para fortalecer este criterio de interpretación.

## **II. El principio de igualdad y su correlativa obligación de no discriminar**

### **1) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

El principio de igualdad de las personas ha sido consagrado en numerosos instrumentos internacionales, reconociéndolo como un principio fundamental para la realización de la dignidad humana. Entre ellos, citaremos a los primeros que lo hicieron:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en lo que concierne:

“Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.



El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica:

“Art. II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

“Art.1. 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 que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

“Art. 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual

protección de la ley”.

Si bien ninguno de los instrumentos señalados *supra*, hace referencia de manera explícita a la orientación sexual como un derecho o libertad del ser humano, ello no implica que este sea un factor que excluya a las personas homosexuales de la titularidad de los derechos que le corresponden a todo ser humano por el simple hecho de serlo. En el mismo sentido, si bien la preferencia sexual no se encuentra establecida como categoría sospechosa para efectos de la discriminación, también es incuestionable que cualquier diferencia de tratamiento legal basada en ésta y que no encuentre una justificación objetiva y razonable, puede constituir una violación al principio de igualdad y no discriminación.

Así lo ha entendido la Asamblea General de la OEA al condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género<sup>2</sup>.

Por su parte el Principio 2 de los Principios de Yogyakarta<sup>3</sup>, desarrolla-

---

2 OEA. *Resolución 2504 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, AG/RES - 2504 (XXXIX-O/09), Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.

3 Los Principios fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados,

dos por el Panel Internacional de Especialistas en Legislación Internacional de Derechos Humanos y en Orientación Sexual e Identidad de Género, establece:

Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género puede verse y por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo el género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y posición económica.

---

ONGs y otros. El profesor Michael O’Flaherty, Relator del proceso, hizo importantes contribuciones al redactar y revisar los Principios de Yogyakarta

## II) JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Los órganos del Sistema Interamericano y los mecanismos convencionales de Naciones Unidas se han ocupado del tema; así la Comisión Interamericana sostuvo que: “El principio de no discriminación constituye una protección particularmente significativa, que incide en la garantía de todos los demás derechos y libertades consagrados en el derecho interno y el derecho internacional.”<sup>4</sup> Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado opiniones similares sobre el carácter fundamental del derecho a la igualdad y la no discriminación, en los siguientes términos: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Este Tribunal ha indicado<sup>5</sup> que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio.

Aún más, la Corte ha establecido que el concepto de igualdad, conforme a las disposiciones de la Convención Americana, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial

4 CIDH. Informe No. 40/04, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Caso No. 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 163.

5 Corte IDH Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, Serie A, No. 18, párr. 83.

de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerarse 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 incurso en tal situación de inferioridad<sup>6</sup>. Para la Corte resulta inadmisibles establecer diferencias de trato entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza.

En similar tesitura, el Comité de Derechos Humanos, intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al referirse al artículo 26 de dicho instrumento, señaló:

“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.<sup>7</sup> (...) Si bien el párrafo 1 del artículo 4 faculta a los Estados Partes para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinadas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, ese mismo artículo exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u ori-

gen social.<sup>8</sup> (...) el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”<sup>9</sup>.

Como podemos observar, los órganos del Sistema Interamericano y los mecanismos convencionales de Naciones Unidas han fijado estándares que nos permiten afirmar que las distinciones fundadas únicamente en la orientación sexual que generen la anulación o disminución en el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en condiciones de igualdad, configuran un acto de discriminación, lo cual resulta violatorio de sus derechos humanos.

### III) CRITERIOS ORIENTADORES PARA ESTABLECER SI HA EXISTIDO DISCRIMINACIÓN

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han señalado que no todo trato diferenciado es discriminatorio, para ello, han establecido una serie de parámetros a considerar en el análisis de cada caso. Al examinar las implicacio-

6 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 N° 4, párr. 54.

7 Cfr. CDH, Observación General No. 18, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*, 37° período de sesiones, (1989), párr. 1.

8 *Ibidem*, párrafo 2.

9 *Ibidem*, párrafo 7.

nes del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana<sup>10</sup>.

La Corte desarrolló el planteamiento de que existen ciertas desigualdades de hecho que “pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico”, sin que esto necesariamente contravenga la justicia<sup>11</sup>. Incluso estableció un argumento en el sentido de que tales distinciones pueden ser consideradas como un instrumento para la protección de quienes se encuentren en una situación de mayor o menor vulnerabilidad<sup>12</sup>.

Por su parte, la Comisión Interamericana sostuvo que la diferencia de tratamiento en circunstancias similares, no necesariamente es discriminatoria. Es decir, que una distinción basada en “criterios razonables y objetivos”<sup>13</sup>, podría considerarse como interés legítimo del Estado, necesario para hacer justicia o proteger a las personas que así lo requieran.

Así, ambos órganos del Sistema Interamericano han concluido que una distinción basada en criterios razonables y

objetivos significa que dicha medida:

- 1) Persiga un propósito legítimo y
- 2) Emplee medios proporcionales para el fin que se busca.

Vale decir, en palabras de la Corte Interamericana, que la distinción de tratamiento no pueden “apartarse de la justicia o de la razón”; debe existir una conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, cuyos objetivos “no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”<sup>14</sup>.

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”, ello basándose en principios que, según su expresión: “pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”<sup>15</sup>.

### III. Discriminación por motivos de orientación sexual

La discriminación por motivos de orientación sexual fue formalmente abordada por primera vez en un foro de las Naciones Unidas durante la Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1995<sup>16</sup>; sin embargo, resultó un tema

10 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición jurídica y derechos del niño*, 28 de agosto de 2002, Serie A, No. 17, párr. 46

11 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *op. cit.*, nota 7, párr. 56.

12 *Ídem*.

13 CIDH. Informe No. 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, 19 de enero de 2001, párr. 31.

14 CrIDH. Opinión Consultiva OC-18/03, *op. cit.*, nota 6, párr. 91.

15 Cfr. TEDH, *Caso Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*, Application no. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 15.

16 *Vid.* ONUSIDA, *Guía de acciones estratégicas para prevenir y combatir la discriminación por*

muy debatido y objetado, principalmente por los países islámicos, a tal punto, que imposibilitó la adopción de cualquier medida en esa materia.

Como ya habíamos adelantado, si bien ninguna de las condiciones señaladas en los instrumentos internacionales de derechos humanos hace referencia explícita a la orientación sexual como una categoría sospechosa en materia de trato diferenciado, también es menester considerar que de ninguna manera podría considerarse como un listado excluyente, sino más bien como enunciativo, abierto a la posibilidad de inclusión de nuevos criterios que permitan brindar mayor protección a las personas o grupos de personas, tradicionalmente excluidos.

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que:

“El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”<sup>17</sup>.

---

*orientación sexual e identidad de género: Derechos humanos, salud y VIH*, documento disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5051.pdf>, fecha de consulta 20 de mayo de 2010.

17 CDESC. Observación General N° 20, *La no*

Adicionalmente precisó que la expresión: “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2. del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, incluye la orientación sexual<sup>18</sup>. Por ello, los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el propio Pacto. De igual modo, la identidad de género se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.

En el anterior sentido, a manera de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que la referencia al “sexo”, que figura en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluye la orientación sexual<sup>19</sup>.

En el ámbito de los Estados Americanos, la Declaración de Santiago<sup>20</sup> en

---

*discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2, Párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 42° período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009, párr. 27.

18 *Ibidem*, párr. 32.

19 CDH. Comunicación No. 488/1992, *Nicholas Toonen V Australia*, (observaciones aprobadas el 31 de marzo de 1994, 50° período de sesiones) párr. 8.7.

20 OEA. Conferencia Regional de las Américas. *Preparativos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, Preámbulo, Santiago de Chile, 5 a 7 de diciembre de 2000.

su preámbulo, a propósito de la obligación de los Estados de promover y proteger los derechos humanos, establece: “Reafirmando nuestro compromiso de abordar las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas de intolerancia que se dan por motivos de raza, linaje, color, religión, cultura, lengua u origen nacional o étnico, agravadas por causa de la edad, el género, *la orientación sexual*, la discapacidad y la posición socioeconómica”.

Este mismo instrumento en su apartado sobre víctimas de discriminación agravada o múltiple reconoce que ciertas personas y grupos pueden experimentar otras formas de discriminación basada en su género, edad, incapacidad, condición genética, idioma, religión, *orientación sexual*, situación económica u origen social, y que además pueden sufrir actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

Por su parte, la Comisión Interamericana declaró admisible un caso sobre discriminación por orientación sexual,<sup>21</sup> donde fundamentalmente se alegó que los tribunales internos privaron a la demandante de la custodia de sus hijas por su preferencia sexual. La Comisión determinó que *prima facie*, los alegatos presentaban cuestiones relacionadas con el derecho a la igualdad protegido por la Convención Americana.

Como se advierte, la inclusión de la orientación sexual como base conceptual para determinar un trato discriminatorio,

ha sido paulatinamente incorporado en las resoluciones de los órganos de vigilancia de los instrumentos de derechos humanos, como una categoría sospechosa que requiere un nivel de escrutinio estricto al momento de evaluar si existe justificación para proferir un trato diferenciado.

#### 1) EL DERECHO DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES A FUNDAR UNA FAMILIA: ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN ESTA MATERIA

El obstáculo para el reconocimiento de este derecho parece estar salvado en la legislación civil del Distrito Federal, México, a partir de la consagración legal del matrimonio entre parejas del mismo sexo, que lleva implícito el derecho a fundar una familia.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que este derecho no sólo se refiere al derecho a contraer matrimonio, sino también al derecho a tener hijos con la persona escogida. También subrayó que no es posible dar una definición uniforme de familia; sin embargo, cuando la legislación y las prácticas estatales consideren a un grupo de personas como una familia, el Estado está obligado a brindarles la protección prevista en el artículo 23 del Pacto<sup>22</sup>.

La Comisión Interamericana al referirse al derecho consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana ha entendido que dicho numeral reconoce el papel central de la familia y de la vida familiar en la existencia de una persona

21 CIDH. Informe No.42/08, Petición 1271-04, Admisibilidad, *Karen Atala e Hijas vs. Chile*, 23 de julio de 2008, párr. 63.

22 CDH. Observación General No. 19, *La familia* (Artículo 23), 39º Período de Sesiones, 1990.

y en la sociedad en general. En su opinión, es un derecho tan básico que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas<sup>23</sup>.

Si bien la Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a fundar una familia desde la perspectiva que se está abordando, sí ha señalado que el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>24</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>25</sup>.

Los Principios de Yogyakarta refieren en lo concerniente:

Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser

sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes<sup>26</sup>.

Como se advierte, el derecho de las parejas homosexuales a fundar una familia se inserta en el reconocimiento de los principios de igualdad, libertad y no discriminación que incluyen a la orientación sexual como un legítimo ejercicio de éstos.

De otra parte, en relación directa con el ejercicio de este derecho por las parejas de personas homosexuales, debe considerarse el interés superior de los niños que por vía de adopción se inserten en esta estructura familiar.

## II) EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU CONSIDERACIÓN EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LOS AFECTE

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>27</sup>. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño ha destacado la importancia de la familia para el efectivo disfrute de los derechos

23 CIDH. Informe No. 38/96, *Caso X y Y vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996, párr. 96.

24 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, nota 11, párr.65.

25 TEDH. *Caso Keeganvs. Ireland, Judgment*, 26 de mayo de 1994, Serie A no. 290, párr. 44; y, *Caso Kroon and Others v. The Netherlands, Judgment*, 27 de octubre de 1994, Serie A no. 297-C, párr. 30.

26 Principio No. 24.

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02, *op. cit.*, nota 11, párr. 56.

de los niños<sup>28</sup> y puesto énfasis en que en las decisiones que afecten a los niños, se trate de conocer la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas; por ejemplo la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción<sup>29</sup>.

En ese sentido, es obligación de los Estados adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias, a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial sea el interés superior del niño o la niña y, que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona, no sea considerada incompatible con ese interés superior<sup>30</sup>.

Lo anterior implica que los procesos de adopción deberán regirse por el interés superior del niño, sin que ello implique menoscabo o detrimento de los derechos de las parejas homosexuales por su orientación sexual, pues tal interés no puede identificarse siempre y en toda circunstancia con base en una concepción única de la familia o un modelo ideal único de ésta.

28 CDN. Observación General No. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º Período de sesiones, octubre de 2003, párr. 54.

29 *Ibidem*, párr. 12.

30 Principio 24 de los Principios de Yogyakarta.

## II. Reflexiones finales

El principio de igualdad y su correlativa obligación de no discriminación es un pilar fundamental de toda sociedad democrática. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna; para ello, deben abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las que tengan tal carácter y combatir las prácticas de esta naturaleza.

Esta realidad exige de los gobiernos como el nuestro la adopción de medidas positivas, en principio legislativas, pero también administrativas o de cualquier otro carácter, que permitan la inclusión social de estos grupos para evitar que sus derechos sigan siendo ignorados o, peor aún, que sean estigmatizados por su orientación sexual.

De conformidad con los órganos de vigilancia y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la orientación sexual se considera una categoría sospechosa para efectos de la discriminación. Lo anterior se justifica no sólo en razón de la naturaleza especial de tales instrumentos que permea la forma en que deben ser interpretados, de manera que se otorgue, a través de ellos, la mayor protección posible al ser humano; sino porque nada justifica que las personas sean estigmatizadas o relegadas a ciudadanos de segunda categoría por sus preferencias sexuales.

El principio de igualdad se opone radicalmente a que a través de la ley o de prácticas derivadas de la aplicación de la ley, se irrespete la dignidad de las personas. El matrimonio y el derecho a

fundar una familia no es un privilegio, es un derecho del que no puede excluirse a las personas en función exclusivamente de su orientación sexual.

La familia como elemento natural y fundamental de la sociedad debe ser protegida. En ese sentido, el concepto de familia no es único y se inserta en la dinámica del contexto social. Ello exige que se adopten las medidas necesarias para hacer frente a estas nuevas realidades sobre la base del respeto a la autonomía, la libertad y la dignidad de las personas.

En el mismo orden de ideas, resulta indiscutible que el interés superior del niño deberá ser el eje rector de todas las decisiones concernientes a sus derechos; sin embargo, no debe utilizarse *a priori* para descartar la idoneidad de una persona por su orientación sexual, de la posibilidad de fundar una familia. Lo anterior debe ser el resultado de una valoración caso por caso. En efecto, no se puede pretender que exista una colisión de derechos de manera abstracta, ya que ésta siempre dependerá del ejercicio que

cada persona le da a un derecho determinado y el grado en el que dicho ejercicio importa un menoscabo en el derecho de otra persona. De otra manera sería afirmar que el derecho a fundar una familia de las parejas homosexuales, importa siempre un menoscabo al interés superior del niño sin previa verificabilidad de la existencia de una colisión, y en su caso, sin la realización de un test de proporcionalidad, lo cual evidentemente no sólo sería una discriminación y una medida tendiente a hacer nugatorio un derecho para un grupo de personas determinadas, sino que implicaría desconocer los precedentes jurisprudenciales de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, que han establecido que toda medida tendiente a restringir un derecho específico, debe acompañarse de un examen detallado de la legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida; es decir, se estaría reduciendo todo el test de proporcionalidad únicamente al análisis de las preferencias sexuales, para la justificación de la restricción al derecho a la familia.