

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA REPÚBLICA DE PANAMÁ AMICUS CURIAE

En los casos de advertencia de inconstitucionalidad presentada por el señor Enrique Jelensky y John Winstanley por la denegatoria a reconocer su matrimonio celebrado en el extranjero

Autora: Doctora Paula Siverino Bavio, Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, experto en Bioética Jurídica y Derechos Humanos. Special Consultant en HDuarte-Lex, Co-fundador de la Fundación Igualitos. Contacto: psiverino@hduarte-lex.com

I. El sistema internacional de protección de derechos humanos protege los derechos de las personas sexualmente diversas	2
II. Los primeros antecedentes, dos ejemplos jurisprudenciales en América:	
Argentina y México	4
2.1 El caso Freyre y Bello.....	6
2.2 El caso mexicano: Acción de inconstitucionalidad 2/2010.....	9
III. El cambio de paradigma en el Derecho de familia: la constitucionalización del derecho privado	13
IV. Los derechos humanos en el Derecho de Familia y las nuevas formas de protección familiar	15
V. Parámetros de convencionalidad: la calificación jurídica de la diversidad sexual a partir del caso Atala Riffo vs. Chile.....	18
VI. Heteronormatividad y afectividad: entendiendo la igualdad desde la diversidad	25
VII. A modo de conclusión	31

I. El sistema internacional de protección de derechos humanos protege los derechos de las personas sexualmente diversas

1. A nivel del sistema internacional de protección de derechos humanos, desde el año 2013 Naciones Unidas viene promoviendo con intensas campañas en medios de comunicación a favor de los derechos de las personas LGBTI¹.
2. Por ejemplo, la campaña “Libres e Iguales” tiene por objetivo crear conciencia sobre la violencia y la discriminación homofóbica y transfóbica y se inscribe en el marco de numerosas actividades a diversos niveles en pos del cese de la violencia y el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI.
3. Este compromiso es reafirmado a través de numerosas Declaraciones de derechos, tales como los Principios de Yogyakarta²; conferencias internacionales, resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos y de diversos organismos del sistema internacional de protección de derechos³.

Autora: Doctora Paula Siverino Bavio, Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, experto en Bioética Jurídica y Derechos Humanos. Special Consultan en HDuarte-Lex. psiverino@hduarte-lex.com

¹ LGBTI: personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex

² http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

³ **AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género**, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); **AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género**, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); **AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género**, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. 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. 2.

4. En este mismo orden de ideas, en la línea de ampliación de derechos, la Comisión

Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y **AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género**, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”). Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, **Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1**, 15 de junio de 2011. Cfr., entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38 (“Las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual [...]. Las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual”). Véase también el Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario 34 91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido 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. De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante “LGTBI”) es inaceptable porque: i) la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona (infra párr. 139). Asimismo: ii) la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. Cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 33 (“la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como [...] las minorías sexuales”); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/56, 23 de diciembre de 2003, párr. 64 (“Las actitudes y creencias derivadas de mitos y miedos relacionados con el VIH/SIDA y la sexualidad contribuyen a la estigmatización y la discriminación contra las minorías sexuales. Además, la percepción de que los miembros de estas minorías no respetan las barreras sexuales o cuestionan los conceptos predominantes del papel atribuido a cada sexo parece contribuir a su vulnerabilidad a la tortura como manera de ‘castigar’ su comportamiento no aceptado”). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia.

Interamericana de Derechos Humanos creó en noviembre del año 2013 la *Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex*⁴.

5. En la actualidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos está trabajando en la redacción de la Opinión Consultiva N°24 sobre diversidad sexual y derechos humanos, la cual marcará la agenda de los derechos de las personas LGBTI en la próxima década⁵.
6. Recordemos que la Corte, en el caso *Atala Riffo vs Chile*, decidido a fines del año 2012, marca una primera serie de pautas claras en cuanto a la obligación de contar con normas inclusivas de la diversidad sexual como una exigencia derivada de la Convención Americana de Derechos Humanos, y lo hace con parámetros más amplios y claros que los establecidos en los años precedentes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, línea seguida en los casos *Duque vs. Colombia* y *Freire vs Ecuador*, al considerar que la orientación sexual y la identidad de género son “condiciones protegidas” por la Convención.

II. Los primeros antecedentes,6 dos ejemplos jurisprudenciales en América: Argentina y México

7. La cuestión de la igualdad en la diversidad y el reconocimiento de derechos plenos a las personas homosexuales ha sido en los últimos años, un intenso e interesante motor de debates, cuestionamientos y cambios en el mundo jurídico, ejemplo de ello es el caso argentino cuando el 15 de julio de 2010, la Argentina se transformó en el primer país latinoamericano en modificar su legislación nacional mediante la sanción de la ley 26.618 para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Varias legislaciones regionales han seguido este

⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>

⁵ Mi participación en tal caso de la Corte Interamericana puede ser consultada en este vínculo: <https://www.hduarte-lex.com/new-events/2017/6/6/altavoz-hduartelex>

⁶ Esta parte reproduce lo desarrollado en publicado en la Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia RAE Jurisprudencia, Nro.24, Lima, junio 2010.

sendero desde entonces.

8. En Argentina, antes del dictado de la ley, el único camino posible para el reconocimiento de las uniones homoafectivas era el reclamo judicial. Hasta el momento del dictado de la ley (junio 2010) se habían dictado seis sentencias favorables en primera instancia⁷, cinco de ellas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, una en La Plata (provincia de Buenos Aires); la mayoría de ellas habían sido apeladas, y las resueltas por tribunales de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fuero local) habían pretendido ser “anuladas” a través de procesos presentados por particulares ante juzgados de primera instancia en lo nacional, generando cuestionamientos competenciales amén de las cuestiones de fondo y estando aún pendientes de resolución.
9. Debe tenerse en consideración que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige desde el mes de diciembre del año 2002 la ley 1004, la cual contempla la posibilidad de constituir uniones civiles, las que podrán ser registradas independientemente del sexo de sus integrantes en el Registro de Uniones Civiles, previa acreditación de domicilio, mayoría de edad y estar libre de impedimentos de parentesco, ligamen, integrar otra unión civil o interdicción civil. Debe asimismo acreditarse una convivencia pública y estable no menor a dos años, salvo que los integrantes hayan tenido descendencia común. Si bien es una opción que avanza en el reconocimiento de derechos de las uniones homoafectivas (en Argentina sólo la Ciudad de Buenos Aires y la provincia de Río Negro permiten las uniones civiles), a través de la sentencia se cuestiona que su existencia sea razón suficiente para descartar la discriminación por

⁷ Alex Freyre y José María di Bello, sentencia de noviembre de 2009; Damian Bernath y Jorge Salazar, sentencia de febrero de 2010; Martín Canevaro y Carlos Álvarez Nazareno, sentencia de abril de 2010; Norma Castillo y Ramona Arévalo, abril de 2010; Alejandro Luna y Gilles Gral, sentencia de abril de 2010; Verónica Dessio y Carolina Pérez, sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nro.2 de La Plata (proceso de amparo, sentencia de de mayo de 2010).

orientación sexual.

10. Comentaremos brevemente la primera de estas sentencias, la emitida en el caso “Freyre Alejandro contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre Amparo” (expediente 34292/0), la cual que marcó la senda de las que vendrían luego y generó una fuerte presión política por su alta exposición social, que aceleró el dictado de la ley y por entender que puede resultar ilustrativa jurídicamente. Dado que se trata de casos de conocimiento público que involucran además a activistas por los derechos de las minorías sexuales, se utilizarán los nombres completos de las personas involucradas.

2.1 El caso Freyre y Bello

11. José María di Bello y Alejandro Freyre llevaban cuatro años de convivencia cuando deciden contraer matrimonio. Concurren al Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de solicitar fecha para casarse, la que les es negada dado que se trata de un enlace entre dos varones. Entonces interponen una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad con el objeto que se ordene a las autoridades correspondientes que se les permita contraer matrimonio y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172, 188 y concordantes del Código Civil, alegando que ni la Constitución, ni los tratados internacionales, ni la legislación vigente existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre y una mujer.
12. El Gobierno de la Ciudad contesta la demanda alegando básicamente: a) que la decisión de esta materia corresponde al Estado Nacional, y que con esta demanda se estaría buscando que el Poder Judicial interfiera en las potestades del Congreso Nacional (ya que es un tema que debiera resolverse por vía legislativa); b) que los actores tienen la alternativa de acudir a la figura de la Unión Civil (ley 1004) ; c) que no han demostrado que las normas cuestionadas ocasionen

lesión o daño a alguna garantía constitucional, d) que no existe discriminación alguna, dado que los actores no han acreditado hallarse en la misma situación fáctica y jurídica de las demás personas que han decidido contraer matrimonio conforme la legislación vigente, dado que la igualdad que protege la ley es la “igualdad entre iguales”; e) que la interpretación de los actores “deforma” la legislación internacional en lo relativo al derecho de fundar una familia y contraer matrimonio, lo que no implicaría facultar a personas del mismo sexo a hacerlo.

13. La sentencia declara finalmente la inconstitucionalidad de ambos artículos del Código Civil, por entender que son discriminatorios, y ordena al Gobierno de la Ciudad arbitre los medios para casar a los requirentes. En ese contexto, nos parece interesante la argumentación de la jueza en relación a la igualdad en la diversidad, que pasaremos a reseñar.
14. El debate de fondo en esta controversia se encuentra vinculado a determinar hasta qué punto debería extenderse la tutela del derecho a la igualdad (artículo 16 de la Constitución Argentina) y la prohibición de discriminar por motivos de la orientación sexual, en relación al acceso a la institución matrimonial, considerando los artículos 172 y 188 del Código Civil (norma de alcance nacional)⁸, y el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (norma de alcance local).
15. El artículo 11 de la Constitución de la Ciudad establece: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o pretexto de raza,

⁸ Artículo 172: “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciera de alguno de estos requisitos no producirán efectos civiles aunque las partes hubieran actuado de buena fé, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.”(se refiere al matrimonio a la distancia)

Artículo 188 (párrafo tercero)”... En el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198.199 y 200 de este Código recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio...”

etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

16. A tales fines se ha entendido que el constituyente de la Ciudad establece una lista de criterios sospechosos *“de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación”*⁹, por lo cual los estándares aplicables para su justificación deben ser extremadamente exigentes, no bastando para ello la acreditación de la mera racionalidad.
17. Queda a cargo del Estado probar que la distinción en función de la categoría sospechosa (en este caso, “orientación sexual”) es necesaria para alcanzar un fin legítimo en una sociedad democrática, en la medida en que no existieran para ello medios menos restrictivos. El recurrir a estas categorías no estaría prohibido, pero sí recae sobre ellas una presunción de ilegitimidad que debe ser desvirtuada por quien alega su validez¹⁰.
18. Este criterio ya había sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en la causa “Sandez” y “Salgado G.B.c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”¹¹.
19. En el caso Freyre, el criterio normativo para determinar si se tiene o no acceso al matrimonio se basa en la orientación sexual, y el estándar de revisión que se postula debiera aplicarse a las

⁹Sentencia Freyre, considerando IX.

¹⁰ En este sentido se cita en la sentencia “Freyre” el voto del Dr. Maier en el caso “Salgado”:... *“No basta entonces, señalar la licitud del fin que se pretende alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una categoría sospechosa para cumplir esos fines”*

¹¹ En estos casos se examina la constitucionalidad de la pauta establecida por artículo 14 inciso d) en relación con el artículo 81 el Estatuto del Docente aprobado por Ordenanza nro. 40593 que determina una edad máxima para el ingreso a la carrera magisterial de 35 años – relativa a maestros de sección del área de educación inicial - en los casos en los que no se cuente con antigüedad docente.

clasificaciones por orientación sexual, “se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal de las personas pertenecientes a minorías sexuales”¹².

20. **La jueza argentina concluye que impedir el matrimonio a personas homosexuales basándose exclusivamente en su orientación sexual es por ende, inconstitucional.**

2.2 El caso mexicano: Acción de inconstitucionalidad 2/2010

21. El Congreso de México D.F. aprobó en diciembre del año 2009 modificaciones al Código Civil (fundamentalmente al artículo 14613) que permitirían el matrimonio de personas del mismo sexo, siendo la primera circunscripción latinoamericana en consagrarlo legislativamente. Contra los artículos 14614 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, normas que justamente habilitaban este tipo de matrimonios, el Procurador General de la República interpuso la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el 27 de enero de 2010, siendo resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia en agosto de 2010.
22. La Suprema Corte declaró fundada en parte esta demanda, afirmando la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Vale mencionar que en México D.F. las parejas del mismo sexo podían optar, desde el año 2007, por acogerse a la Ley de Sociedades de Convivencia. Intentaremos sintetizar aquí algunas importantes precisiones.
23. El Procurador alega que si bien las parejas homosexuales tienen derechos, “no todas las

¹² Sentencia “Freyre”, considerando IX.

¹³ El antiguo artículo 146 establecía: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera responsable, libre e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro con las formalidades que esta ley exige.

¹⁴ El impugnado artículo 146 dice: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro con las formalidades que esta ley exige.”

instituciones jurídicas son para todos”, no sería a su criterio una cuestión de discriminación, sino “de idoneidad material de la norma jurídica”.

24. La Corte estima, en relación a la aplicación de los test sobre igualdad, que debe considerarse que en este caso la norma impugnada ni restringe derechos, puesto que su objetivo es colocar en un plano de igualdad a todas las personas; pero tampoco configura una acción afirmativa, porque no se trata de una medida transitoria que tenga por efecto lograr eventualmente la discriminación histórica en situaciones concretas. En cuanto al análisis de razonabilidad para establecer la constitucionalidad de la medida, la Corte se propone analizar: a) la configuración legal del matrimonio, b) la diversidad sexual como presupuesto del mismo, y por ende, la prohibición o permisión de extenderlo a personas del mismo sexo, y c) la posibilidad legislativa de homologar parejas del mismo y diverso sexo para reconocerles derechos.
25. La Corte se pregunta si la Constitución fija una noción determinada de familia y matrimonio (familia nuclear heterosexual, según alega el Procurador General). La Corte concluye: a) que cuando se refiere a la igualdad del hombre y la mujer ante la ley la norma tiene por objeto lograr la igualdad real de las mujeres, como población históricamente discriminada, pero esta mención no tiene relación con un criterio de familia; b) que la Constitución consagra la protección de la familia, dejando al legislador ordinario su organización, pero sin que ello se refiera a un límite o tipo de familia y éste sea un “requisito” para que proceda la protección constitucional. Dentro de un estado democrático donde la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y por ende la protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones. No puede alegarse en este sentido el carácter “histórico” de la voluntad del legislador constitucional cuando (dice la demanda) piensa en “familia” como familia nuclear.

26. La dinámica social muestra diversas formas familiares y así como hay parejas que desean hacer vida en común y tener hijos sin casarse (concubinato); matrimonios heterosexuales que no pueden o no desean tener hijos, familias monoparentales y familias conformadas por gays y lesbianas. En relación al tema de la procreación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la imposibilidad física para tener hijos no es un motivo para impedir a las personas transexuales tener hijos (lo cual es aplicable a personas homosexuales).
27. La Corte manifiesta que aun cuando ello no implica desconocer que procrear sigue siendo una parte importante de las relaciones humanas, no es posible sostener que el matrimonio tradicional es un concepto *completo* e inmodificable por el legislador, máxime teniendo en cuenta el proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio. Por ende, la Corte no puede aceptar el argumento de que la procreación es un elemento esencial en la celebración del matrimonio, porque: “[la] *relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromisos mutuos de quienes desean tener una vida en común... La decisión de un individuo de unirse a otro y de tener hijos, deriva de la autodeterminación de la persona... sin que la decisión de unirse a una persona conlleve necesariamente la otra.*”
28. Así también la Corte entiende que no puede recurrirse al “espíritu del constituyente” para sostener que matrimonio puede celebrarse sólo entre un hombre y una mujer, ya que antes las personas homosexuales eran forzadas a permanecer ocultas (invisibles diríamos nosotros) y la homosexualidad considerara un enfermedad, difícil entonces que se les reconocieran derechos; y al momento de la suscripción sea de la Constitución, o de tratados internacionales, los derechos de las personas homosexuales no eran una realidades concretas, ni habían adquirido la relevancia que hoy tienen, pero que ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos pueden ser interpretados de manera restrictiva, por el contrario: “[La] *interpretación constitucional*

debe dar cuenta de la realidad social, tender a una mayor protección y tutelar as múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias.”

29. Es además principio reiterado en la jurisprudencia que debe optarse por una interpretación pro persona y pro libertatis, buscando una interpretación extensiva en lo que favorezca el ejercicio de los derechos.
30. En relación a la diversidad sexual como elemento esencial del matrimonio, la Corte estima que el requisito de tratarse de un hombre y una mujer no es un elemento constitucional ni jurídicamente definitorio, sino que se trata del resultado de una concepción social que históricamente existía *“más no el núcleo esencial del matrimonio”*, pudiendo el legislador trastocar esta pauta sin afectar por ello su esencia. Recuerda además que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, en función del derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de una persona humana: *“el individuo tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, la manera en la que conseguirá las metas que considera relevantes.”*
31. Este derecho (al libre desarrollo de la personalidad) incluye la posibilidad de casarse o no, tener o no hijos, y por supuesto la libre opción sexual¹⁵.

¹⁵ Amparo directo 6/2008, Suprema Corte mexicana

III. El cambio de paradigma en el Derecho de familia: la constitucionalización del derecho privado¹⁶

32. La idea de constitucionalización del derecho que aquí trataremos está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales. En este sentido, una de las consecuencias que de ello se desprenden, es la tendencia a borrar o hacer más difusas las barreras entre el derecho público y el derecho privado¹⁷. Así, es patente como el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas, que por influencia del derecho romano tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado, tales como: el derecho al nombre, la identidad, la nacionalidad, los derechos de la mujer, los niños y adolescentes, cuestiones relativas al matrimonio, la unión civil, la filiación, etcétera, constituyéndose en el principal motor de la evolución del derecho de familia¹⁸, y nos animamos a decir, también del derecho de personas.
33. Hablar de constitucionalización del derecho implica decir que la Constitución irradia sus valores, fines y normas a todo el ordenamiento jurídico¹⁹. Los valores, los fines y principios de la Constitución condicionan la validez y el sentido de todas las normas

¹⁶ Aquí reproducimos lo dicho en SIVERINO BAVIO, Paula “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden” Artículo publicado en Revista de Derecho de Familia. Editorial. Bioética y Derecho de Familia I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina Año: julio, 2012. N° 55, p. 195- 226.

¹⁷ FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del derecho”. Rev. Derecho (Valdivia) [online]. Ago. 2001, vol.12, no.1 [citado 02 Febrero 2009], p.31-43. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>.

¹⁸ GIL DOMINGUEZ-FAMÁ- HERRERA. Derecho Constitucional de Familia T I, Bs. As., Ediar, 2006, p.5.

¹⁹ BARROSO, Luis, Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. Biblioteca jurídica Virtual, UNAM, p.21. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2538/pl2538.htm>, web consultada el 20 de junio de 2008.

²⁰ Op. Cit. p.20

infraconstitucionales²¹, entre las cuales se encuentran lógicamente el Código Civil y demás disposiciones que regulan diferentes instituciones jurídicas. Se ha dicho que la constitucionalización del Derecho presenta dos tipos de efectos: directos e indirectos²². Así, es posible mencionar tres efectos directos: a) la configuración del Estado se entiende a partir de la Constitución (constitucionalización juridización); b) como pautas para la configuración del sistema de fuentes (constitucionalización elevación) y c) cómo esto afecta las disciplinas e Instituciones jurídicas (constitucionalización transformación).

34. Esto último es central en el tema que nos ocupa ya que no sólo será relevante lo que afecta la institución jurídica directamente, sino también colateralmente, así, la cuestión de la igualdad (tema central) y su vinculación con el reconocimiento de nuevos tipos familiares. Entre los efectos llamados indirectos, se suelen mencionar: la modernización del derecho, porque los cambios se analizan como avances dirigidos por la lógica de los derechos fundamentales y la unificación del orden jurídico²³.
35. Así las cosas, se presente otro fenómeno de importantes consecuencias: lo que podríamos llamar de manera coloquial la “internacionalización” del derecho, o cómo los Tratados de Derechos Humanos entran en la escena del derecho privado. Esta “convencionalización” del derecho privado mediante la aplicación de parámetros de convencionalidad está presente en muchas decisiones de los principales órganos de la judicatura de la Región, tales como al Corte Suprema Mexicana, la Corte Constitucional Colombiana, el Tribunal Constitucional Peruano, la Corte Suprema Argentina, entre otros.

²¹ Ibidem.

²² FAVOREU, Op.cit. Loc. Cit.

²³ Ibidem.

IV. Los derechos humanos en el Derecho de Familia y las nuevas formas de protección familiar²⁴

36. Los Códigos Civiles y Constitucionales Políticos presentan a la familia como un instituto “natural y fundante de la sociedad” de lo que se deduce que no es una categoría creada por la norma sino que es un concepto previo, que busca ser aprehendido por el Derecho. La delimitación de la noción ‘familia’ no es jurídica sino sociológica.
37. El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por especialistas de Derecho civil, quienes han aplicado allí categorías propias del Derecho Privado. Ahora bien, al haberse constitucionalizado la protección de la familia, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere un enfoque desde el Derecho Público, esto supone que alguno de los conceptos que se han empleado tradicionalmente para estudiar la familia en el Derecho civil no sean aplicables a este nuevo contexto.²⁵
38. Y es que el aporte que desde el Derecho público viene dando al Derecho de familia tanto el Derecho constitucional como el Derecho internacional de los derechos humanos ya no deja espacio para que los códigos de Derecho privado o la legislación dispersa sean aplicados o pensados como si en su campo de estudio fueran el techo y el ámbito final del ordenamiento jurídico porque ahora tienen otros parámetros y normas vinculantes²⁶.
39. Estos paradigmas se han erigido como pautas interpretativas tanto frente a los viejos problemas que acarrea la regulación de la familia como ante las diversas problemáticas y retos que han

²⁴ Aquí tomamos conceptos elaborados en SIVERINO BAVIO, Paula “Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Schols Perez” Artículo publicado en la Revista Ius Jurisprudencia 3/2008 p. 66-81, Lima.

²⁵CARBONELL, Miguel. *Familia Constitución y derechos fundamentales*. www.bibliotecajuridica.org/libros/5//2287/7pfd. p.1

²⁶ BIDART CAMPOS Germán. “Familia y derechos” en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p. 41.

incidido directamente en el Derecho de familia.²⁷ Así, la protección de la familia deriva actualmente de exigencias constitucionales e implica la necesidad de identificar el sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema asistencial.²⁸

40. En este sistema la familia es una institución instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los valores en que estos derechos se sustentan. El actual concepto de interés familiar responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar.²⁹
41. Suscribimos así la opinión del recordado profesor Bidart Campos acerca de qué hablar de derechos de la familia está muy lejos de significar que la familia haya de imaginarse o erigirse como un sujeto de derecho a una entidad ontológicamente dotada de personalidad propia y distinta de la totalidad de quienes forman parte de ella; a la inversa, estamos persuadidos de que la familia es la suma y la pluralidad de sus miembros y no de una persona jurídica; por eso hablar de “derechos de familia” apela más bien a una convención que alude a los derechos de la persona humana individual en sus relaciones intrafamiliares y en las que traba extrafamiliarmente con terceros.
42. El sujeto de derecho –activo y pasivo- al que tenemos que contemplar es siempre la persona humana, la persona física. Es a ella a quienes debemos proteger, dignificar y exaltar cuando la incardinamos socialmente desde su situación familiar.³⁰
43. Por ello los actuales estudios de Derecho de Familia tienen una base empírica (con apoyo de la

²⁷ GIL DOMINGUEZ-FAMA-HERRERA. Derecho Constitucional de Familia ,TI. Bs As, Ediar, 2006 p. 40

²⁸ Ibidem p. 67

²⁹ ROCA TRIAS, Encarna. “Derechos humanos y derecho de familia” en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p.48

³⁰ BIDART CAMPOS; “Familia y derechos” en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. KEMELMAJER de CARLUCCI Aida, (coord) TI; Rubinzal Culzoni, Bs As, 1999, p. 67

sociología, la demografía y la economía), porque se considera que sin conocer cuál es la realidad de las familias no puede tomarse una decisión legal que tenga posibilidades de éxito en su aplicación.³¹

44. Diferentes Tribunales y Parlamentos en la Región y el mundo han advertido que frente a la existencia de una visión jurídica tradicional en las aparecen los conceptos de familia nuclear, vivienda común, sujeción a la autoridad parental y los vínculos jurídicos del matrimonio, la filiación y el parentesco, características que mantienen muchos grupos familiares, constatan como la disociación de elementos antes inevitablemente ligados, como son el matrimonio del ejercicio de la sexualidad; la sexualidad de la procreación y finalmente la ruptura de la linealidad entre procreación, heterosexualidad, identidad genética y filiación, han dado paso a una amplia gama de situaciones, muchas de ellas aún no resueltas jurídicamente, que obligan a una atenta lectura por parte de los operadores del Derecho.
45. De lo dicho se sigue que como resultado de variados factores, se puede constatar hoy la existencia de distintas formas familiares no siendo posible delinear un concepto abstracto e intemporal de familia y que la coexistencia – en una misma época y lugar- de distintos tipos de familia ha permitido la formulación del “principio de la pluralidad de tipos”.³²
46. Hablar de diferentes tipos de familias, es decir, de familias en plural en lugar de familia en singular, implica discutir la existencia de un modelo único conformado por la familia nuclear ‘íntacta’ fundada en el matrimonio. La aceptación del pluralismo familiar destierra la idea de un modelo de familia conceptualizado como legítimo y el juzgamiento de otras configuraciones como

³¹ ROCA TRÍAS, *Ibidm* .p 49

³² Crf. MIZRAHI, *op. cit.* p.4

formas patológicas o sea como “no familias.”³³

47. Dentro de las posibles constituciones de formas familiares están las familias formadas por personas sexualmente diversas: homosexuales, lesbianas o transgénero, las que ya han sido reconocidas por numerosas legislaciones y magistraturas del mundo.
48. El reconocimiento del derecho humano a formar una familia es debido a TODA persona por el solo hecho de ser un ser humano y negar este derecho alegando la orientación sexual de una persona constituye una acción discriminatoria que lesiona el derecho a la igualdad y es insostenible jurídicamente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejará esta posición bien clara en el caso *Atala Riffo e Hijas vs Chile* (2012).

V. Parámetros de convencionalidad: la calificación jurídica de la diversidad sexual a partir del caso *Atala Riffo vs. Chile*³⁴

49. En la actualidad, la cuestión del alcance constitucional de la noción de “matrimonio”, el derecho de casarse y formar una familia está en discusión en todo el mundo y de manera particular en la Región. Así lo atestigua una sólida jurisprudencia favorable de los máximos tribunales nacionales (decisiones de la Corte Suprema Mexicana³⁵, la Corte Constitucional colombiana³⁶, el Tribunal Supremo brasileño³⁷, la Corte Suprema norteamericana³⁸) y una incipiente

³³ GROSSMAN –MARTINEX ALCORTA *Familias ensambladas*. Universidad, Bs As, 2000, p.31.

³⁴ En los acápite 2 y 3 reproduciremos lo sostenido en SIVERINO BAVIO, Paula “Diversidad sexual y Derechos Humanos: el reconocimiento de las personas sexualmente diversas como sujetos plenos de derecho”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2014, en prensa.

³⁵ Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), correspondiente al dieciséis de agosto de dos mil diez, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

³⁶ Corte Constitucional colombiana, C-577/11, sentencia del 22 de julio de 2011

³⁷ Supremo Tribunal Federal (Brasil) ADPF 132/RJ , decisión del 5 de mayo de 2011 y ADI 4277 DF

³⁸ Supreme Court of the United States; *United States v. Windsor*, Executor of the Estate of Spyer, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit no. 12–307. argued march 27, 2013—decided june 26, 2013

legislación sobre el matrimonio igualitario y la unión civil, con sus matices.

50. La Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda de manera específica el derecho de las personas sexualmente diversas a constituir una familia, ya que el caso Atala Riffo trata de una mujer lesbiana a la cual, además de la lesión de sus derechos, se le quitó la tenencia de sus hijas menores de edad cuando formó pareja estable con otra mujer. Esto ha sido refrendado en Duque vs Colombia y Freire vs Ecuador.
51. A partir de esta decisión de la Corte IDH se abre un promisorio panorama para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en el sistema interamericano.
52. En Atala Riffo la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sentadas las pautas para la resolución, en lo sucesivo, de casos que versen sobre diversidad sexual. La primera aseveración fundamental es que en el marco del Estado social y democrático de derecho, “ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual”³⁹.
53. Se deja establecido que “la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está prohibido por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de una persona”⁴⁰. La afirmación sobre la orientación sexual debe entenderse en el contexto del caso (la víctima es una mujer lesbiana) pero la prohibición de normas, actos o prácticas discriminatorias aplica tanto respecto de la orientación cuanto de la identidad sexual.
54. Por ende, al ser la orientación e identidad sexual condiciones humanas (como la étnica, condición económica, etcétera) protegidas por la Convención, en el caso en que quisieran

³⁹ CFDA, f. 57 del voto del juez Mesía Ramírez

⁴⁰ Caso Atala Riffo, f. 91

alegarse como motivos para restringir derechos, funcionan como categorías sospechosas sobre las que pesa la inversión de la carga de la prueba y la exigencia de una fundamentación en extremo sólida y rigurosa:

- a. Tratándose de la discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además la carga de la prueba ,lo que significa que le corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni efecto discriminatorio (...) la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias.⁴¹

55. Pero además, al considerar a la orientación y la identidad sexual como “condiciones protegidas” la Corte descarta de plano cualquier consideración de la homosexualidad o la transgeneridad como patologías o trastornos. Son condiciones humanas, expresiones de la diversidad existente en todos los órdenes del Universo. Esta toma de posición se alinea con la intensa campaña en favor de la protección de los derechos de las personas sexualmente diversas impulsada desde el año 2012 por Naciones Unidas.

56. A la objeción del Estado chileno acerca de que al momento de redacción de la Convención Americana⁴² no se consideró a la orientación e identidad sexual como condiciones protegidas respondió que La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación

⁴¹ Ib. f.124

⁴² Convención Americana de Derechos Humanos

tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.⁴³

57. Citando antecedentes del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁴ la Corte establece que la orientación sexual es una “condición social”, equivalente a la raza, color, sexo, posición económica, etcétera, según el art. 1.1 de la Convención. Entendemos que, por ende, impedir el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo sería idéntico a prohibir los matrimonios interraciales, ya que la estructura de la proscripción es la misma.
58. Una condición social (raza/orientación sexual) es el criterio de ingreso a la situación jurídica: este criterio presente en la norma regulará quienes pueden o no gozar de un derecho -en este caso contraer matrimonio- según si están inmersos o no en esta condición (de la cual no pueden “desligarse” voluntariamente perpetuando la situación de exclusión).
59. La imposibilidad de procrear no parece ser un motivo que resista el análisis convencional, a saber: a) el análisis sociológico y la propia legislación evidencian la escisión entre reproducción, sexualidad y unión marital (pluralidad de tipos familiares, legalidad de la reproducción asistida, igualdad de categorías filiatorias, uniones de hecho que producen efectos jurídicos, etcétera); b) violaría el derecho a la autodeterminación reproductiva y la vida privada; c) impediría el matrimonio de personas que no pueden o quieren tener hijos; d) desconocería las diversas formas de formar una familia existentes; e) introduciría una discriminación no aceptable entre parejas de lesbianas y de varones homosexuales, ya que las primeras pueden acudir a las técnicas de reproducción asistida mientras que los segundos requerirían de la maternidad subrogada, no aceptada legalmente en la mayoría de los países de la Región.

⁴³ Ib. f.83

⁴⁴ Ibídem fundamentos 84 a 90.

60. Asimismo, ello conllevaría un reduccionismo en cuanto a la finalidad y vocación matrimonial⁴⁵ lesivo de la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.
61. Por su parte la Corte reconoce el principio de pluralidad de tipos familiares y rechaza la idea de que la Convención proteja un solo tipo de familia, la “tradicional”⁴⁶, citando jurisprudencia del TEDH que ampara a familias formadas por personas sexualmente diversas (personas transgénero incluidas) aclarando que bajo la CADH la imposición de un único tipo de familia no solo debe analizarse como parte de la vida privada⁴⁷ (art.11.2) sino además en cuanto impacta en el núcleo familiar (art.17.1)⁴⁸. En palabras de la Suprema Corte mexicana:
- a. Dentro de un estado democrático donde la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y por ende la protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones⁴⁹.
62. Al reconocer el derecho de las personas homosexuales a formar una familia, se incluye la posibilidad de la adopción⁵⁰ y el acceso a las técnicas de reproducción asistida recordando que en *Artavia Murillo c. Costa Rica*⁵¹ se admite el derecho a acceder a los beneficios y avances de la tecnología a fin de tener la opción de procrear. En el caso *Atala* la Corte corta de raíz los alegatos sobre la pretendida afección que al interés superior del niño le causaría el tener padres homosexuales, uno de los más utilizado para negar los derechos a las minorías sexuales:
- a. No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la

⁴⁵ El TEDH sostuvo que la imposibilidad física para tener hijos no es un motivo para impedir a las personas transexuales tener hijos *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom* (Application No. 28957/95), Judgment (Strasbourg, 11 July 2002), p. 98

⁴⁶ Caso *Atala* f. 144, 145, 174, 177 y concordantes

⁴⁷ Vale mencionar los f. 132 y 136 donde se reivindican el derecho a la expresión de la homosexualidad como parte del derecho a la identidad, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros (caso *Atala*)

⁴⁸ Caso *Atala*, f. 175

⁴⁹ Suprema Corte mexicana, A 2/2010

⁵⁰ El TEDH se ha expresado sobre esta posibilidad en *Case of E.B. v. France* (Application No. 43546/02), Judgment (Strasbourg, 22 January 2008)

⁵¹ Corte IDH caso “*Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*” decisión del 28 de noviembre de 2012

orientación sexual, pre-concepciones o características poseídas por las personas homosexuales y el impacto que presuntamente puedan tener en los niños y niñas”⁵². “[ni] respecto de ciertos tipos tradicionales de la familia.”⁵³

63. En ese orden de ideas es inadmisibles legitimar la discriminación de la que pudiera ser objeto un niño por tener padres homosexuales con el objeto de protegerlo⁵⁴. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación contra el padre o madre por su orientación sexual⁵⁵.
64. Otro dato importante que puede deducirse tanto del caso *Atala* como del caso *Artavia Murillo* es que, a diferencia de la posición que ha adoptado reiteradamente el TEDH en casos polémicos, la Corte IDH no acude al margen de apreciación de los Estados para sortear la cuestión. En *Artavia Murillo* frente al espinosísimo tema del estatuto ontológico del embrión recurre al test de proporcionalidad y en *Atala* manifiesta de manera expresa:
- a. [l]a presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones

⁵² Corte IDH, caso *Atala*, f. 111

⁵³ *Ib* f 109

⁵⁴ *Ib*. f. 121

⁵⁵ *Ib*. f. 110

internacionales contraídas por la decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana⁵⁶.

65. Todas estas aseveraciones incluyen asimismo la protección de las personas transexuales, su derecho a la intimidad, el proyecto de vida y libre desarrollo de la personalidad, a casarse y formar una familia.
66. Finalmente querríamos señalar lo que consideramos debiera ser un parámetro de análisis en relación al derecho a la igualdad. Así como en primer momento de desarrollo histórico se consideró a la igualdad formal: “igualdad ante la ley”; la etapa siguiente trató a la igualdad como “igualdad de oportunidades” y por ende introduce las acciones afirmativas y la consideración de las posibilidades de acceso.
67. En la actualidad las exigencias de una sociedad democrática -respeto, pluralidad y diversidad, en términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - demandan evaluar a la igualdad como equivalente a “igualdad en la diversidad”; ello obliga a ajustar los test de constitucionalidad sobre el derecho a la igualdad a la consideración de la diversidad (étnica, social, sexual, cultural, etcétera) como integradora y plataforma de análisis al evaluar si una conducta privada o estatal resulta lesiva de este derecho.
68. Asimismo, cabe resaltar la importancia de que la institución reconocida sea el matrimonio y no otra forma de arreglo legal. Cuando uno refiere que va a contraer matrimonio no quiere expresar que va a unir su patrimonio al de otro sujeto, que va a adquirir derechos de pensión o alimentos, que va a tener impacto en las decisiones médicas en caso de incapacidad o que va a optar por un régimen de consolidación de bienes.
69. Eso es lo que significan “unión civil” “pactos de solidaridad”, etcétera. Cuando uno decide

⁵⁶ Ib, f. 92

casarse lo hace para comunicar al mundo que une su destino a una persona con quien lo une un lazo profundo exclusivo y excluyente de amor que anhela sea de por vida y con quien hace un compromiso público de fidelidad, unión y solidaridad.

La palabra “matrimonio” tiene en nuestra cultura una profunda vocación y capacidad expresiva de la cual carecen los otros términos que pretenden imponerse a las uniones entre personas del mismo sexo para no incomodar a sus detractores, por ese motivo, su inequívoca, determinante e irremplazable vocación expresiva, existencial y relacional es que debe mantenerse en el matrimonio igualitario, única institución compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

VI. **Heteronormatividad y afectividad: entendiendo la igualdad desde la diversidad**

70. Somos seres sexuales y sexuados, y la sexualidad es un principio ordenador de la personalidad, una expresión fundamental del ser, en términos tales como los relativos a la identidad de género y la inclinación erótica⁵⁷.
71. Pero es también cierto que no todas las expresiones de la diversidad sexual han gozado en nuestras sociedades de idéntico valor, siendo mayormente aceptadas – y plasmada esta aceptación por la norma- aquellas que responden al modelo de la heterosexualidad orientada a la procreación, mientras que durante mucho tiempo se ha cimentado, y tolerado, un discurso que ha estigmatizado y despreciado aquellas manifestaciones sexualmente diversas, discriminando a aquellas personas que quedan fuera de la “heteronormatividad” vigente.

⁵⁷ SIVERINO BAVIO, Paula. “*Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad sexual*”. AAVV, Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Adrus, Arequipa, Perú, Septiembre de 2008, p.229-244.

72. Esto incluye, entre otros tantos ejemplos, la violencia física y verbal (usar denominaciones que refieren a una minoría sexual como insultos), los crímenes de odio, la “patologización” de su situación, la prohibición de ser donantes de sangre e integrar fuerzas del orden y la no habilitación de los institutos del matrimonio y la adopción a personas homosexuales (y transexuales, si bien esto involucra otra serie de temas que no abordaremos en esta ocasión).
73. Así, el ordenamiento jurídico “aprueba” las identidades heterosexuales, pero no las identidades homosexuales, al no reconocerles el pleno acceso a todos los derechos a los que sí tienen acceso las personas heterosexuales por la sola razón de su preferencia erótica. Ello pese a que la Constitución Argentina en su artículo 19 protege, y deja fuera del alcance de la evaluación jurídica, a las conductas autorreferentes: es decir, aquellas acciones privadas que no afectan derechos de terceros o lesionan el orden público; y, qué duda cabe, que el ejercicio de la sexualidad libremente consentida es una acción autorreferente.
74. Así, vemos como entran a tallar cuestiones vinculadas con el derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la libre expresión y por supuesto, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Y la veda de acceso al matrimonio no es un tema menor, pero tampoco es novedoso.
75. La institución matrimonial (aunada a la exigencia de la virginidad de la mujer en épocas donde no existían las pruebas de ADN) se origina como un acuerdo que pretende asegurar la transmisión del patrimonio propio a aquellos portadores de los genes propios. La noción del amor romántico como base y fundamento del matrimonio es una idea moderna, como luego lo serían la escisión de la sexualidad del matrimonio, y a su vez, la de ambos de la función reproductora.
76. Pero la institución del matrimonio, tantas veces ponderada como soporte fundamental de la

sociedad, tiene, en términos normativos, y sin que esto implique negar o desmerecer sus muchos aspectos positivos, una historia también vinculada a situaciones de exclusión y autoritarismo. La mujer, hasta hace pocas décadas considerada un sujeto sin pleno ejercicio o acceso a ciertos derechos (moral y físicamente débil y por ende necesitada de guía, cuidado y control), estaba sometida a la autoridad del marido, careciendo de potestad sobre los hijos, así como de facultad para administrar los bienes conyugales, trabajar o estudiar, entre otras limitaciones.

77. También el matrimonio determinaría las categorías filiatorias (hijos naturales o ilegítimos, adulterinos, sacrílegos) a partir de las cuales se establecían distintas categorías sociales y legales, que limitaban la posibilidad de ocupar o ser promovido en cargos públicos o concedían diversas cuotas hereditarias, por citar sólo un ejemplo.
78. Pero además, en diversas sociedades, el matrimonio estaba prohibido o era fuertemente desalentado entre personas que no pertenecían a un mismo status social, siendo asimismo el espacio para aplicar medidas de control eugenésico impidiendo que personas con “características indeseables” se casaran y procrearan, o, por el contrario, alentando las uniones de personas con caracteres considerados socialmente positivos. También estuvieron prohibidos, y castigados con penas muy severas, los matrimonios mixtos entre personas de diferentes etnias o religiones.
79. Si uno lee acerca de los argumentos para justificar la prohibición de los matrimonios interraciales, bien puede sorprenderse al encontrar muchas de las razones que se alegan para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo.
80. Para muchos eran afirmaciones dotadas de indudable racionalidad y contundente peso, pero hoy nos resulta inaceptable que se pretenda justificar en la pertenencia a una etnia determinada

un tratamiento legal diferenciado, desventajoso y/o excluyente. ¿Nuestros nietos reaccionarán igual al leer sobre las exclusiones, legalmente consagradas, basadas en la orientación sexual? Pareciera ser que la consideración de la institución matrimonial no debería ser despojada de sus influencias históricas, ni de su posibilidad de evolucionar hacia esferas de libertades y derechos más inclusivas.

81. Debe además tenerse presente que una reflexión acerca de la posibilidad de “apertura” hacia el matrimonio homosexual está lejos de ser la primera “gran crisis” de la institución matrimonial.
82. No es este el espacio para hacer un recuento detallado, pero baste con señalar que, antes de este momento, sin duda decisivo, ocurrieron al menos tres anteriores “tsunamis” legislativos en relación al matrimonio, los cuales involucran lo siguiente: las leyes que consagraron el matrimonio civil, desligándose del matrimonio-sacramento como único medio con potestad de investir de efectos sociales, religiosos y legales a la unión marital; las normas que reconocen la igualdad entre varones y mujeres y su impacto en los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; y las leyes que permiten el divorcio vincular.
83. Al debatir estas reformas, muchos auguraron la desaparición del matrimonio, e incluso hablaron del peligro que dichas reformas entrañarían para la supervivencia para la especie humana. Sin embargo, ya la Corte Suprema Argentina manifestó que pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional.⁵⁸

⁵⁸ Palabras del Procurador López, que la Corte hizo suyas en Fallos:312:122, citado en la sentencia Freyre, considerando XII.

84. Por otra parte, los muy respetables sentimientos religiosos de parte de una comunidad, aun cuando fueran mayoritarios, no necesariamente son reconocidos como límites legítimos a los derechos constitucionales de otras personas.
85. Mencionábamos anteriormente que uno de los puntos más interesantes de la sentencia del caso Freyre es la relación explícita que se establece entre igualdad e identidad, merced a analizar los espacios necesarios para la construcción de este “derecho a ser diferente”, del derecho a ser quien uno es, a la verdad personal⁵⁹, y su consideración al momento de evaluar si ciertas distinciones normativas lesionan el derecho a la igualdad.
86. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina) expresó en el caso “Salgado”:
- a. El principio de igualdad se ve afectado cuando se establecen distinciones basadas en factores sobre los cuales el ser humano no tiene control, tales como su raza, color, linaje, religión, nacionalidad, sexo, clase social, etcétera. El valor de la igualdad consiste, precisamente, en el igual valor asignado a las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente a los demás y de cada individuo una persona como todas las demás⁶⁰.
87. El reconocimiento de esta idea de la igualdad en la pluralidad es central en el caso Freyre: la magistrada manifiesta que
- a. [e]l sentido de la igualdad democrática y liberal es el derecho a ser diferente, que

⁵⁹ El derecho a la identidad está explícitamente contemplado en el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vid: SIVERINO BAVIO, Paula. “Derecho a la identidad: aportes de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires a la reflexión peruana sobre el tema” publicado en AAVV, CALDERÓN PUERTAS; ZAPATA JAÉN, AGURTO GONZALEZ (coordinadores). Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009, pp. 157-186..

⁶⁰ TSJBA causa 826/01 “Salgado Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, del voto de la Dra. Conde. Boletín de jurisprudencia 10/2001, noviembre de 2001. http://www.tsjbaires.gov.ar/tsj/jurisprudencia/2001_10.htm (consultado el 4 de junio 2010)

no puede confundirse con “igualación”, que es un ideal totalitario (...) El reconocimiento de la igualdad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja.

88. La jueza llega a la conclusión que los actores están privados de acceder a la situación jurídica subjetiva de “casados”, categoría que goza de aprobación social, pero que además otorga una serie de ventajas patrimoniales y morales de las cuales se ven excluidos por el hecho de su orientación sexual, debido a la redacción de las normas del anterior Código Civil argentino⁶¹. Y en ese sentido, la norma local que habilita la unión civil no resuelve esta situación de discriminación, ya que no otorga las mismas ventajas ni el mismo status que el matrimonio, y carece además del valor simbólico, expresivo, del matrimonio, no bastando por ende, para satisfacer el principio de igualdad. Por todas estas razones procede a declarar la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que mencionan que el matrimonio involucra a una mujer y un varón, y agrega que “un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan”.
89. Podemos mencionar una variante interesante que es planteada en el caso argentino “Bernath”, donde la magistrada toma en lo central los argumentos y citas de la sentencia Freyre, pero no declara la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil, sino que considera que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un supuesto no contemplado expresamente por la norma, un vacío legal que los jueces deben integrarse, apelando a la analogía, ya que en la medida que varones y mujeres son seres humanos, nada impide considerar que el matrimonio

⁶¹ El nuevo Código Civil argentino entró en vigencia en agosto del año 2015.

entre personas de diverso sexo es “substancialmente” igual a aquel entre personas del mismo sexo, hasta tanto una ley venga a suplir este supuesto no contemplado legalmente.

VII. A modo de conclusión

90. Como hemos dicho, somos seres sexuales y sexuados, y la sexualidad es un principio ordenador de la personalidad, una expresión fundamental del ser, en términos tales como los relativos a la identidad de género y la inclinación erótica⁶².
91. Pero es también cierto que no todas las expresiones de la diversidad sexual han gozado en nuestras sociedades de idéntico valor, siendo mayormente aceptadas – y plasmada esta aceptación por la norma- aquellas que responden al modelo de la heterosexualidad orientada a la procreación, mientras que durante mucho tiempo se ha cimentado, y tolerado, un discurso que ha estigmatizado y despreciado aquellas manifestaciones sexualmente diversas, discriminando a aquellas personas que quedan fuera de la heteronormatividad vigente.
92. Esto incluye, entre otros tantos ejemplos, la violencia física y verbal (usar denominaciones que refieren a una minoría sexual como insultos), los crímenes de odio, la “patologización” de su situación, la prohibición de ser donantes de sangre e integrar fuerzas del orden y la no habilitación de los institutos del matrimonio y la adopción a personas homosexuales (y transexuales).
93. Así, el ordenamiento jurídico “aprueba” las identidades heterosexuales, pero no las identidades sexualmente diversas, al no reconocerles el pleno acceso a todos los derechos a los que sí tienen acceso las personas heterosexuales, por la sola razón de su preferencia erótica, su identidad o

⁶² SIVERINO BAVIO, Paula. “*Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad sexual*”. AAVV, Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Adrus, Arequipa, Perú, Septiembre de 2008, p.229-244.

expresión de género. Esto, que asume en los hechos la “superioridad” heterosexual, es inaceptable

94. Consideramos, en definitiva, que la amplia protección y recepción de la diversidad sexual ha devenido una exigencia propia de una sociedad democrática, por lo cual debería hacerse una intensa y sostenida tarea de sensibilización social y de ejecución legislativa y de políticas públicas para hacer efectivos los derechos de muchos ciudadanos y ciudadanas que permanecen invisibles para el Derecho.
95. Los magistrados tienen la obligación de hacer cumplir los estándares internacionales en protección de derechos humanos y admitir el legítimo reclamo de una pareja del mismo sexo a contraer matrimonio.
96. Reconocer el derecho de dos personas que se aman a casarse, independientemente de su orientación sexual o identidad de género es reconocer un derecho humano básico que tienen todos los seres humanos por el solo hecho de ser personas y como tales, sujetos de derecho.

28 DE JULIO DEL 2017

IVAN CHANÍS B, ABOGADO PANAMEÑO

Cédula: 8-768-1139

Idoneidad: 99586