

¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹

Walking to the Altar? Equal Marriage in International Human Rights Law

CARLOS J. ZELADA²
 Universidad del Pacífico

Resumen

Este texto plantea que, en las dos últimas décadas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido un freno para el reconocimiento del matrimonio igualitario en el plano supranacional. Para el autor, los casos sobre la materia resueltos por instancias como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habrían sido presentados por miembros del colectivo LGBTI en momentos poco estratégicos, lo que ha generado un entramado jurisprudencial negativo que sólo recién ha comenzado a revertirse.

Palabras clave

Matrimonio igualitario / Litigio estratégico / Discriminación / Orientación sexual / Sexualidad.

Summary

This text states that, in these last two decades, International Human Rights Law has been a brake for the recognition of equal marriage at the supranational level. For the author, cases on the matter, decided by organisms such as the Human Rights Committee, the Inter-American Commission on Human Rights or the European Court of Human Rights, were presented by members of LGBTI groups at a non-strategic time, which has generated a negative jurisprudential framework that just now has begun to be reversed.

Keywords

Equal marriage / Strategic litigation / Discrimination / Sexual orientation / Sexuality.

1 Recibido: 31/07/2018 – Aceptado: 11/10/2018

2 Este texto es el resultado de un proyecto auspiciado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP). Quisiera agradecer el valioso aporte de Martín Gallardo, Carolina Neyra Sevilla, Elvis Ojeda Huerta y Diego Quesada, hoy egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, en la búsqueda y análisis de la información que ha servido de base para esta presentación. También quisiera reconocer los comentarios y críticas que Clara Burbano Herrera, Camila Gianella, Diego Ocampo, Oscar Parra, Sabrina Ragone y Lorena Sander realizaron a las diferentes formulaciones preliminares que tuvo este texto a lo largo del tiempo y sus espacios. Los errores que encuentre aquí, *querido lector*, son por supuesto, de mi exclusiva responsabilidad.



Para Goncho

Tú nunca entenderás lo que te quiero
porque duermes en mí y estás dormido.
Yo te oculto llorando, perseguido
por una voz de penetrante acero.

Federico García Lorca
"El amor duerme en el pecho del poeta"

1. Introducción

Querido lector: El interés del Derecho por regular la sexualidad no es nada novedoso. Sólo ocurre que no nos damos cuenta. Desde siempre, lo jurídico ha sido el entusiasta aliado de la Religión y la Medicina en la búsqueda del control social del desenfreno de aquellas expresiones “no virtuosas” de la sexualidad (Brundage, 2000, pp. 21-28). Parece, sin embargo, que vivimos el advenimiento de una época distinta: una en la que las disidencias del deseo comienzan a escribir algunas páginas de legitimidad en el plano jurídico.

Distintos factores parecen haber contribuido al arribo de este momento. Uno de ellos habría sido el enfoque que desde los derechos humanos se ha dado al *advocacy* y al litigio estratégico de casos relacionados con diversidad sexual. Hoy, tribunales domésticos e internacionales, así como agencias del Ejecutivo y parlamentos son cada vez más propensos a explicitar lo sexualmente distinto como parte de las realidades que lo jurídico debe reconocer. En particular, las últimas dos décadas nos han regalado un marco temporal en el cual activistas LGBTI han logrado posicionar la problemática de la orientación homosexual y en cierto modo, *lo marica* (Falconí Trávez, 2018, p. 12) en el entorno del Derecho Internacional, y más específicamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)³.

Al inicio, la meta de un sector importante de tal activismo era lograr la derogación de las normas penales de sodomía que criminalizaban la homosexualidad. Para ello pusieron a prueba los sistemas jurídicos domésticos y supranacionales en diferentes ocasiones hasta obtener un *corpus* uniforme de criterios que reconociera como insostenible tal prohibición en la medida que vulneraba el derecho fundamental a la privacidad —y, en última instancia, la libertad— de los individuos⁴.

Este movimiento jurídico ha sido, en mi opinión, uno que en esencia ha ido *de arriba hacia abajo*. Es decir, del Derecho Internacional hacia los planos domésticos. Una vez logrado el consenso argumentativo en el plano supranacional, la modificación de las normas internas y la generación de políticas públicas que despenalizaban la homosexualidad no resistiría mayor discusión argumentativa —al menos en lo jurídico⁵.

3 Esta observación no es ociosa pues cuando se explora la literatura jurídica en torno a los otros ejes de las sexualidades no hegemónicas (como la intersexualidad, la identidad de género trans* o las expresiones de género no binarias), el desbalance bibliográfico y de producción de decisiones judiciales es bastante marcado (Zelada y Neyra, 2017). De alguna manera, estos otros ejes son invisibles entre los invisibles.

4 Al respecto, conviene examinar la histórica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Dudgeon*, el dictamen del Comité de Derechos Humanos en *Toonen*, y la reciente sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *Flor Freire*.

5 Sin embargo, si bien ésta es ya una batalla ganada en el plano jurídico, no hay que olvidar que la homosexualidad continúa siendo perseguida en varios países a través del delito de sodomía.

Pero las estrategias jurídicas de nuestros días han puesto la mira en la “normalización” jurídica de las conductas afectivas estables del mundo homosexual (Pierceson et al., 2013), buscando así una *reconstrucción* (y no la *deconstrucción*) del edificio regulatorio de la sexualidad. La batalla legal que hoy se juega es una que busca el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia en la fórmula matrimonial (o en alguna institución análoga) (Díez, 2015) y su acceso a derechos patrimoniales, pensionarios y de asistencia en salud⁶. Hemos transitado así de un paradigma de liberación en el espacio íntimo (vida privada) a otro de expresión abierta que apuesta por una nueva regulación del espacio público (libre desarrollo de la personalidad) donde las asimetrías en la protección de derechos podrían finalmente superarse (Gallo et. al., 2014, p. 2).

¿Y cómo ha respondido el DIDH a estas nuevas demandas? Este movimiento del Derecho, en contraste con el anterior, parece ir más bien en sentido inverso, *de abajo hacia arriba*. Es decir, del plano doméstico hacia la arena internacional. Así, el DIDH habría esperado primero la generación de consensos en el plano interno antes de realizar alguna afirmación a favor de la protección del afecto *marica* estable desde lo supranacional⁷.

Este trabajo se enfoca en esta última tendencia y reseña los casos más relevantes vinculados al matrimonio igualitario (y formulaciones alternativas) presentados ante el Comité de Derechos Humanos (CDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para proponer que, durante un largo período, el DIDH no ha sido el mejor aliado de estas cuestiones. Mi hipótesis plantea que los casos resueltos por estas instancias fueron presentados en momentos terriblemente inoportunos, lo que generó un entramado jurisprudencial negativo que sólo ha empezado a revertirse en los años más recientes gracias a una muy intensa labor de los colectivos locales y regionales en el plano interno.

Para formular estas ideas me he beneficiado de investigaciones como las de Rossenberg (2008) y Keck (2014), escépticos del valor del “litigio estratégico” como detonante del cambio social en la vía doméstica, intentando llevar sus cuestionamientos a la arena internacional. Veinte años después de los primeros casos en instancias supranacionales, ¿está finalmente listo el DIDH para el reconocimiento del matrimonio igualitario?

De otro lado, al escribir este texto decidí adrede hablar del matrimonio como altar.

⁶ Es importante señalar que, si bien la reivindicación por el matrimonio igualitario es la demanda más visible del colectivo homosexual, no todos los activistas LGBTI están de acuerdo con su priorización. Tal como Gimeno y Barrientos (2009, p. 20) destacan:

“Existe, por el contrario, un importante sector del activismo español, pero también del de América Latina y de otras regiones del mundo, que se ha mostrado reiteradamente en desacuerdo, no ya con esta conquista, sino más bien con que, como reivindicación, ésta sea prioritaria. La acusación más frecuente que se hace a esta reivindicación es que se trata de una demanda que proviene del ala institucionalizada del movimiento LGBT, que es conservadora y ajena a los verdaderos intereses de los gays y lesbianas. Demanda que rompería, además, con el planteamiento que ha considerado siempre al matrimonio más como una institución a combatir que como una posible reivindicación política a exigir desde sectores sociales que pretender transformar la sociedad. Éste es un viejo debate que tarde o temprano termina alcanzando a todos los movimientos sociales: escoger entre reformas parciales, postura defendida por sectores más institucionalizados, o cambios estructurales o ‘revolucionarios’, defendidos por los sectores más radicales o ‘antisistema’. De otro lado, la oposición al matrimonio desde el feminismo —que ha sumado ideas provenientes del anarquismo y el socialismo— ha sido muy importante y de esperar, puesto que dicha institución ha constituido un pilar fundamental en la opresión de las mujeres. También desde sectores libertarios ha habido una fuerte oposición al matrimonio entendiendo éste como yugo y una protección innecesaria al sentimiento verdadero”.

⁷ Prueba de ello sería, por ejemplo, el advenimiento (y hasta ahora suprema fortaleza) de la llamada “doctrina del margen de apreciación” en el sistema europeo de derechos humanos.

Como espacio, el altar está relacionado con la ceremonia religiosa del matrimonio y tiene una carga simbólica importante en torno al compromiso, la solemnidad y hasta el misticismo: todas características que no suelen vincularse al afecto homosexual, al cariño *marica*. Quisiera, por ello, *querido lector*, que transite por estas páginas que explícitamente intentan convencerle del sentido socialmente no previsto (*sanamente pervertido*, diría en otro contexto) de dicho lugar.

He dividido esta presentación en cuatro etapas. Luego de esta introducción, en la segunda parte realizo un recuento de los Estados que han legalizado el matrimonio igualitario en la totalidad (o en casi la totalidad) de sus territorios hasta julio de 2018, indagando en los procesos internos que llevaron a dicho reconocimiento. En la tercera sección se describen algunos de los casos más relevantes resueltos en tribunales e instancias decisorias internacionales en torno a esta temática, en especial aquéllos presentados ante el CDH, la CIDH y el TEDH⁸. El texto culmina con algunas reflexiones sobre el futuro del reconocimiento del matrimonio igualitario en el plano del DIDH.

Esta reflexión se vuelve particularmente relevante dada la reciente Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, cuyo inesperado planteamiento, creo yo podría cambiar, obviamente con bastante drama, la que hasta ahora ha sido una tímida reflexión del DIDH en torno al matrimonio igualitario.

2. La línea temporal del matrimonio igualitario

Finalizado el siglo XX, no existía Estado en el mundo que reconociese legislativamente o jurisdiccionalmente el matrimonio igualitario. Para entonces, había más bien un reducido número de Estados y territorios que reconocían algunos de los derechos y beneficios “conyugales” a las parejas homosexuales a través de fórmulas jurídicas alternativas, pero siempre con un cuidado extremo de no utilizar el término “matrimonio” para la definición de tales instituciones. En poco más de una década, el panorama comenzaría a dibujar un horizonte distinto.

A julio de 2018 son 26 los Estados que permiten el matrimonio igualitario en la totalidad de sus territorios⁹. Divido esta línea de tiempo que va de 1989 al día de hoy en tres grandes momentos:

- (a) Un primer ciclo que va de 1989 a 1999, donde no existe regulación doméstica alguna a favor del matrimonio igualitario, pero en el que los Estados comienzan a optar por fórmulas de protección no matrimonial para las parejas homosexuales.
- (b) Un segundo período que va de los años 2000 al 2011, en el que si bien ya existen algunas normas y decisiones judiciales a favor del matrimonio igualitario en el plano interno, los Estados todavía prefieren apostar por figuras no matrimoniales de tutela de las uniones homosexuales.
- (c) Un tercer momento que va del 2012 hasta hoy, en el que los Estados vienen aprobando el matrimonio igualitario como mecanismo preferente de protección de los derechos de las parejas homosexuales.

8 Salvo referencias muy tangenciales, esta investigación no incluye las decisiones sobre dicha temática en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

9 En esta lista incluyo al Reino Unido, el cual, en estricto, no cumple con esta condición para el caso de Irlanda del Norte, que ha preferido mantener la formulación matrimonial heterosexual. De este número se excluye además a Estonia que, si bien aprobó por vía legislativa el matrimonio igualitario en marzo de 2015, lo excluyó meses después a través de un referéndum.

(*geregistreerd partnerschap*, 1997)¹⁷, Bélgica (*cohabitation légale*, 1999)¹⁸, Canadá (*common-law relationships*, 1999)¹⁹ y Francia (*pacte civil de solidarité (PACS)*, 1999)²⁰.

Salvo el caso de Israel, durante este período el ámbito de protección es estricta y limitadamente eurocéntrico²¹.

Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
2000	Países Bajos	Alemania
2001	-	Finlandia Portugal
2002	-	-
2003	Bélgica	Austria
2004	-	Luxemburgo Nueva Zelanda Reino Unido
2005	Canadá España	Andorra Eslovenia Suiza
2006	Sudáfrica	República Checa
2007	-	Colombia Uruguay
2008	Noruega	Australia Ecuador
2009	Suecia	-
2010	Argentina Islandia Portugal	Irlanda
2011	-	Brasil Liechtenstein

Figura 2: Cuadro del segundo ciclo (2000-2011)

Durante el segundo ciclo (2001-2011), la protección de las relaciones afectivas de las parejas del mismo sexo sigue siendo eurocéntrica, pero comienza a extenderse muy limitadamente a nuevos espacios tanto en las Américas como en África. Y si bien para este período ya se aprueban fórmulas de protección matrimonial, la preferencia de los Estados sigue marcada

17 Este régimen entró en vigencia en 1998. Los *geregistreerd partnerschap* son una institución alternativa al matrimonio, actualmente vigente, abierta tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. Adicionalmente, como ya se precisó en el pie de página 10, desde 1979 se reconoce la posibilidad de que las parejas, al margen de su orientación sexual, puedan participar del régimen de *informal cohabitation*.

18 Este régimen entró en vigencia en el año 2000. La *cohabitation légale* es una institución alternativa al matrimonio abierta, desde su creación, tanto a parejas heterosexuales como homosexuales.

19 Desde 1999, a raíz de una decisión de la Corte Suprema de Canadá, este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Desde 2013, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

20 Este régimen, desde su creación, no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario. Desde el año 2003, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

21 Entre las jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales del primer período tenemos: Groenlandia (*registretet partnerskab*, 1996), Cataluña (*unión estable de pareja*, 1998) y Aragón (unión civil, 1999).

por la puesta en marcha de modelos alternativos no conyugales.

En este período, a los Estados con marcos no matrimoniales se suman: Alemania (*eingetragene Lebenspartnerschaft*, 2000)²², Finlandia (*rekisteröity parisuhde*, 2001)²³, Portugal (*união de facto*, 2001)²⁴, Austria (*lebensgefährte*, 2003)²⁵, Luxemburgo (*partenariat*, 2004)²⁶, Nueva Zelanda (*civil union*, 2004)²⁷, Reino Unido (*civil partnership*, 2004)²⁸, Andorra (*unió estable de parella*, 2005)²⁹, Eslovenia (*registrirana partnerska skupnost*, 2005)³⁰, Suiza (*partenariat enregistré*, 2005)³¹, República Checa (*registrované partnerství*, 2006)³², Colombia (unión marital de hecho, 2007)³³, Uruguay (unión concubinaria, 2007)³⁴, Australia (*de facto relationship*, 2008)³⁵, Ecuador (unión de hecho, 2008)³⁶, Irlanda (*civil partnership*, 2010)³⁷, Brasil (*união estável*, 2011)³⁸ y Liechtenstein (*lebenspartnerschaftsgesetz*, 2011)³⁹. Si observa

22 Este régimen entró en vigencia en el año 2001, pero fue derogado en 2017 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Alemania. Desde ese año ya no se permite la celebración de *eingetragene Lebenspartnerschaft*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

23 Este régimen entró en vigencia en el año 2002, pero fue derogado en 2017 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Finlandia. Desde ese año ya no se permite la celebración de *rekisteröity parisuhde*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

24 Desde el año 2001, este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Desde 2010, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

25 Este régimen fue ampliado a las parejas homosexuales a partir de la decisión del TEDH en el caso *Karner*. En paralelo, desde 2010, se encuentra en vigor el marco del *eingetragene Partnerschaft*, aunque sólo para parejas del mismo sexo. Cabe señalar que, en 2017, el Tribunal Constitucional austriaco señaló que la prohibición del matrimonio igualitario resultaba inconstitucional. Bajo esta decisión, si el Parlamento no legisla oportunamente, dicha figura entrará en vigor en enero de 2019.

26 Este régimen, desde su creación, no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Desde 2015, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

27 Este régimen entró en vigencia en el año 2005, y desde su creación no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario. Adicionalmente, desde 1999 se reconoce la posibilidad de que las parejas, al margen de su orientación sexual, puedan participar del régimen de *de facto relationships*.

28 Este régimen entró en vigencia en el año 2005 y sólo se ha aplicado a parejas homosexuales. Desde 2014, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario, salvo en Irlanda del Norte.

29 Este régimen, desde su creación, no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. En paralelo, desde 2014 se encuentra vigente el régimen de *civil unions*, que se encuentra restringido a las parejas homosexuales. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

30 Este régimen entró en vigencia en el año 2006 y se aplica sólo a parejas no heterosexuales. En 2017 entró en vigor el régimen de *partnerska zveza*, también reservado a la fórmula homosexual, pero con mayores derechos. El matrimonio sigue limitado a la fórmula heterosexual.

31 Este régimen fue aprobado vía referéndum y entró en vigor en el año 2007. Se aplica sólo a parejas homosexuales. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

32 Este régimen sólo se aplica a parejas homosexuales. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

33 Desde el año 2007, este régimen se ha extendido progresivamente a las parejas del mismo sexo vía diversas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia. Desde 2016, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

34 Este régimen entró en vigencia en el año 2008, y desde su creación no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. Desde 2013, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

35 Este régimen entró en vigor para las parejas del mismo sexo en el año 2009. Desde 2018, se encuentra además vigente en paralelo con el matrimonio igualitario.

36 Aunque fue sólo desde 2014 que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación comenzó a reconocer tales uniones. Asimismo, recién en 2015 fueron incorporadas de manera explícita en el Código Civil. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

37 Este régimen entró en vigencia en el año 2008 y sólo se aplicaba a parejas homosexuales. Fue derogado en 2015 cuando el matrimonio igualitario entró en vigencia en Irlanda. Desde ese año ya no se permite la celebración de *civil partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

38 Este régimen fue aprobado por el Tribunal Supremo Federal de Brasil extendiendo los derechos y obligaciones del matrimonio heterosexual a las parejas del mismo sexo. Cabe señalar que en 2013 el matrimonio igualitario entró en vigencia en Brasil. Desde ese año los miembros de una *união estável* pueden solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

39 Este régimen sólo se aplica a las parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

con atención, *querido lector*, las instituciones no matrimoniales de este período son aprobadas por los Estados a través de fórmulas que mezclan lo legislativo, lo jurisdiccional y hasta la consulta popular⁴⁰.

Un momento clave para este ciclo ocurre en el año 2001, cuando los Países Bajos se convierte en el primer Estado en aprobar (legislativamente) el matrimonio igualitario en el mundo. Bélgica (2003), Canadá (2005)⁴¹, España (2005)⁴², Sudáfrica (2006)⁴³, Noruega (2009)⁴⁴, Suecia (2009)⁴⁵, Argentina (2010), Islandia (2010) y Portugal (2010)⁴⁶ aprueban también el matrimonio igualitario en el mismo ciclo, con lo que ya son diez los Estados que cuentan con fórmulas conyugales para las parejas homosexuales en la totalidad de sus territorios.

Debe tomarse en cuenta que, para este ciclo, Canadá y Sudáfrica son los únicos países de la lista que obtienen la aprobación del matrimonio igualitario por vía jurisdiccional. Los demás Estados del período lo realizaron mediante la vía legislativa.

Año de aprobación	Matrimonio	Institución no matrimonial
2012	Dinamarca	-
2013	Brasil Francia Nueva Zelanda Reino Unido (Inglaterra y Gales) Uruguay	Costa Rica
2014	Finlandia Luxemburgo Reino Unido (Escocia)	Croacia Estonia Malta

40 Algunas jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales del período son: Vermont (*civil union*, 2000), Buenos Aires y Río Negro (unión civil, 2002), Ciudad de México (unión civil, 2006) y Coahuila (unión civil, 2007).

41 En 2003, la decisión en el caso *Halpern* reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en Ontario. Otros casos en diferentes jurisdicciones del territorio canadiense siguieron la misma línea hasta que, en 2004, la Corte Suprema Federal en *Re Same-Sex Marriage* interpretó que sólo el gobierno federal podía modificar con alcance general la definición del matrimonio. La iniciativa que llevaría al *Civil Marriage Act* fue finalmente presentada por el gobierno federal en 2005.

42 La Ley No. 13/2005, que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio igualitario en España, fue cuestionada —sin éxito— por grupos anti derechos en 2012 ante el Tribunal Constitucional español.

43 Sudáfrica fue el primer Estado en prohibir en su Constitución la discriminación por orientación sexual (1996). En *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2005), el Tribunal Constitucional de Sudáfrica estableció que la denegación del matrimonio a las parejas del mismo sexo constituía una medida discriminatoria. El Tribunal Constitucional otorgó entonces al Parlamento un plazo de 12 meses para adaptar la legislación civil sobre la materia. A partir del *Civil Union Act (Act No. 17 of 2006)*, las parejas —sin importar su sexo— pueden optar por registrarse como matrimonio o como unión civil.

44 En 2009, desde la entrada en vigor de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho *status* o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

45 En 2009, desde la entrada en vigor de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho *status* o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

46 La norma que permite el matrimonio igualitario fue inicialmente aprobada por la Asamblea de la República para luego enviarse al Tribunal Constitucional, el cual ratificó su constitucionalidad. En 2009, el mismo tribunal había señalado que si bien la Constitución no prohibía el matrimonio igualitario, ésta no generaba obligación alguna de legislar sobre dicha materia.

2015	Estados Unidos Irlanda México	Chile Chipre
2016	Colombia	Italia
2017	Alemania Australia Austria Malta	

Figura 3: Cuadro del tercer ciclo (2012 – a la fecha)

Pero es en el tercer momento (2012 hasta hoy) donde recién se muestra la prevalencia de la fórmula matrimonial. A los diez países de la etapa anterior se suman 16 nuevos Estados: Dinamarca en 2012; Brasil, Francia, Uruguay, Nueva Zelanda, Inglaterra, Gales y Uruguay en 2013; Finlandia⁴⁷, Luxemburgo y Escocia en 2014⁴⁸; Estados Unidos, Irlanda y México⁴⁹ en 2015⁵⁰; Colombia en 2016⁵¹; y Alemania, Australia, Austria⁵² y Malta en 2017: con lo que la lista más actualizada del matrimonio igualitario llega a 26 Estados⁵³.

Un dato clave para este período es que en cada ciclo anual desde 2012 al menos un nuevo Estado se suma a la lista de países que apuestan por el matrimonio igualitario. Otro aspecto que importa destacar es que cinco de estos 16 Estados han aprobado la medida por vía jurisdiccional (Austria, Brasil, Colombia, Estados Unidos y México) y que Irlanda es el primer Estado de la línea de tiempo en aprobar el matrimonio igualitario mediante referéndum⁵⁴.

Las fórmulas no conyugales continuaron siendo aprobadas en paralelo durante esta etapa (siempre por vía legislativa) pero con menor fuerza que en el ciclo anterior. Al grupo previo de fórmulas no conyugales se sumaron: Costa Rica (unión civil, 2013)⁵⁵, Croacia

47 En realidad, la legislación sobre matrimonio igualitario en Finlandia entró en vigor en 2017.

48 Salvo para el caso de Irlanda del Norte.

49 El caso mexicano presenta algunas particularidades que vale la pena explicar. En México, cada entidad federativa posee un Código Civil que regula el matrimonio. A julio de 2018, sólo los códigos de Quintana Roo, Coahuila y Ciudad de México cuentan con condiciones legislativas explícitas para la celebración de matrimonios igualitarios. Cuando en junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que las leyes estatales que restringen el matrimonio a la fórmula heterosexual eran inconstitucionales, se abrió una ventana jurídica para celebrar matrimonios igualitarios en todo el país. Sin embargo, debido a la falta de alineación de las demás legislaturas estatales, algunas autoridades todavía niegan a las parejas *maricas* la posibilidad del matrimonio igualitario. ¿La salida? Tramitar un recurso de amparo que suele resolverse a su favor con rapidez. Esto, aunque positivo en el fondo, crea una innecesaria barrera de acceso para el disfrute de dicho derecho.

50 Groenlandia también aprobó el matrimonio igualitario en 2015.

51 Originalmente, en una decisión de 2011 (sentencia C-577/2011), la Corte Constitucional de Colombia otorgó un plazo de dos años al Parlamento para que apruebe la legislación conducente al matrimonio igualitario. Vencido el plazo, sin embargo, el Congreso no aprobó la norma. Fue recién con la sentencia SU-214/16 de la Corte Constitucional que el asunto del matrimonio igualitario quedó finalmente superado.

52 Tal como se detalla en el pie de página 25, Austria aprobó jurisdiccionalmente el matrimonio igualitario y, si el Parlamento no legisla en plazo oportuno, podrá sumarse a esta lista en el año 2019.

53 No coloco a Taiwán en la lista dada la vieja disputa que existe en el Derecho Internacional en torno al reconocimiento de dicho territorio como un verdadero Estado. En mayo de 2017, la Corte Constitucional de Taiwán estableció que las parejas del mismo sexo tienen un derecho fundamental a contraer matrimonio, otorgándole dos años al Parlamento para modificar la legislación local en dicho sentido. Por otro lado, en julio de este año, dos parejas en Cuenca, invocando la OC-24/17 de la Corte IDH, han exigido al Poder Judicial ecuatoriano su derecho a acceder al matrimonio igualitario.

54 Como ya señalé, Estonia aprobó el matrimonio igualitario por vía legislativa en marzo de 2015, pero la medida fue derogada vía referéndum en diciembre del mismo año.

55 Este caso es *sui generis* pues las uniones civiles fueron previstas, al parecer de manera involuntaria, en la Ley No. 8261 (Ley

(*životno partnerstvo*, 2014)⁵⁶, Estonia (*kooselulepingu*, 2014)⁵⁷, Malta (*unjonijiet civili*, 2014)⁵⁸, Chile (unión civil, 2015)⁵⁹, Chipre (*civil cohabitation*, 2015)⁶⁰ e Italia (*unione civile*, 2016)⁶¹.

Otro dato importante, *querido lector*: No quisiera que pase desapercibido el hecho de que los 26 Estados que han aprobado el matrimonio igualitario a lo largo de esta línea de tiempo han transitado previa o paralelamente por fórmulas no conyugales. *Todavía nadie ha saltado con garrocha al altar*. Como señala Ragone (2014, p. 243), el “Derecho comparado demuestra así que el *paradigma heterosexual no es absoluto*, constituyéndose éste sólo como una de las posibles declinaciones de la vida matrimonial y, más en general, familiar”.

Con esta línea de tiempo en mente, veamos ahora cómo se ha comportado el DIDH cuando se le ha invitado a caminar hacia el altar del matrimonio igualitario.

3. ¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el DIDH

En estricto, sólo tres veces se le ha preguntado directamente al DIDH en torno a la viabilidad del matrimonio igualitario en el marco de los tratados sobre derechos humanos.

Tratado	Sistema de protección	Órgano/s de supervisión	Artículo
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Universal	Comité de Derechos Humanos	23.2: Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales	Regional europeo	Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y antes, también la Comisión Europea de Derechos Humanos)	12: A partir de la edad núbil, el hombre y a mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

General de la Persona Joven). No existe un desarrollo normativo explícito particular sobre esta materia.

56 Este régimen sólo se aplica a parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

57 Este régimen entró en vigor en 2016 y no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

58 Este régimen no distingue entre parejas heterosexuales y del mismo sexo. Cabe señalar que desde 2017 el matrimonio igualitario entró en vigencia en Malta. Desde ese año los miembros de un *unjonijiet civili* pueden solicitar pasar a la fórmula matrimonial. Por otro lado, también desde 2017, cualquier pareja puede acogerse al régimen de *koabitazzjoni*.

59 Este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

60 Este régimen no distingue la orientación sexual de sus contrayentes. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

61 Este régimen sólo se aplica a parejas del mismo sexo. El matrimonio sigue reservado a la fórmula heterosexual.

<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p>	<p>Regional interamericano</p>	<p>Comisión Interamericana de Derechos Humanos Corte Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>17.2: 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 que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p>
---	------------------------------------	--	--

Figura 4: Cuadro sobre el matrimonio en los tratados sobre derechos humanos

La primera vez fue en el período 1998-2002 ante el CDH, órgano de supervisión de las Naciones Unidas que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El segundo encuentro se produjo entre 2004 y 2010, frente al TEDH, la instancia regional encargada de supervisar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo) en el marco del Consejo de Europa. Finalmente, el DIDH se enfrentaría nuevamente a la cuestión en el período 2007-2016, también ante el TEDH.

3.1. *Atracción fatal*: El romance inicial con el DIDH

3.1.1. *Joslin y otras*

Hacia noviembre de 1998, luego de la despenalización de la sodomía desde el DIDH, los entusiastas del litigio estratégico vieron en el PIDCP una posible salida frente a la denegación de licencias matrimoniales ocurrida contra Juliet Joslin, Jennifer Rowan, Margaret Pearl y Lindsay Zelf en Nueva Zelanda.

La pregunta que las dos parejas de mujeres planteaban al CDH era la siguiente: cuando el segundo párrafo del artículo 23 del PIDCP habla del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”, ¿alcanza también a las parejas del mismo sexo que desean casarse?⁶² De acuerdo con las demandantes:

5.4. [...] las parejas homosexuales tienen una expectativa legítima, derivada de la disposición de los Pactos sobre la igualdad, que el Estado Parte persigue activamente la adopción de medidas legislativas que fomenten el reconocimiento de las relaciones homosexuales mediante una legislación apropiada. [...] Las autoras declaran que el Gobierno va a

62 El argumento central de las denunciadas sostenía la violación conjunta de los artículos 23.2 y 2.1 del PIDCP. Es interesante destacar que, de acuerdo con las demandantes, la legislación matrimonial vigente en Nueva Zelanda —al incluir sólo las uniones entre heterosexuales— discriminaba en virtud del sexo, en cuyo ámbito, señalaban: “3.8. [...] está incluida la orientación sexual”. El concepto de orientación sexual como conducta sospechosa, independiente del sexo y del género, se desarrollaría todavía con posterioridad en el DIDH. Para entonces resultaba conveniente argumentar la orientación sexual como un componente del sexo, categoría considerada por el CDH como claramente sospechosa desde su dictamen en el caso *Toonen* (1994).

presentar en el Parlamento un proyecto de ley de unión civil, en el que se ofrece una alternativa al matrimonio para el reconocimiento legal de la relación. *Pero ese proyecto de ley sería insuficiente y perpetuaría la desigualdad, pues probablemente no ofrecería todos los incidentes jurídicos del matrimonio.* Las autoras también afirman que las otras mejoras legislativas de las parejas homosexuales previstas para el futuro [...] son demasiado escasas y en general insatisfactorias (el resaltado es mío).

Bajo este escenario, el 17 julio de 2002, el CDH daba la primera respuesta del DIDH a la pregunta del matrimonio igualitario. No fue un buen inicio: el CDH no encontró que Nueva Zelanda hubiera vulnerado precepto alguno del PIDCP⁶³. En opinión del comité:

8.2 El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término “hombre y mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos”, o “todas las personas”. *El uso del término “hombre y mujer” en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse* (el resaltado es mío).

La interpretación dada por el CDH se ajustó a cuestionables parámetros de interpretación literal e histórica que dejaron un sinsabor de insuficiencia para las litigantes. El CDH hizo así un claro eco de los argumentos del Estado durante el procedimiento:

4.3. El argumento fundamental del Estado Parte es que el texto del párrafo 2 del artículo 23 del Pacto claramente prevé una definición del matrimonio como la unión de parejas de uno y otro sexo. En su sentido ordinario las palabras “contraer matrimonio” se refieren a parejas de uno y otro sexo. Es significativo que en el párrafo 2 del artículo 23 figure el único derecho sustantivo protegido por el Pacto en que se alude específicamente al sexo, con la expresión “del hombre y de la mujer”, mientras que en todos los demás derechos se prescinde de consideraciones basadas en el sexo. Esta lectura contextual se ve reforzada por el uso de las palabras “contrayentes” y “esposos”, que designan a las partes de sexo opuesto que contraen matrimonio, en los párrafos 3 y 4 del artículo 23. *El consenso universal en la práctica de los Estados respalda este punto de vista: ningún Estado Parte prevé el matrimonio homosexual; y ninguno ha entendido que el Pacto sí lo prevea, por lo que nunca se han formulado reservas a ese respecto* (el resaltado es mío).

¿Pero qué venía ocurriendo en los Estados al momento de la formulación de la pregunta de las demandantes y de la respuesta del comité? Si recordamos la línea de tiempo de la sección anterior, *Joslin* se decide en el período 1998-2002, cuando sólo un Estado contaba con legislación favorable al matrimonio igualitario (Países Bajos, desde 2001), y en el que se denota una marcada prevalencia del formato no matrimonial como fórmula doméstica para el reconocimiento de derechos. Si algo marcó la respuesta en *Joslin* fue la poca comodidad que el Derecho Internacional todavía experimentaba para el reconocimiento de un derecho humano al matrimonio más inclusivo.

63 En su comunicación inicial al CDH, las solicitantes alegaron vulneraciones de los artículos 16, 17 y 2.1, 23.1 y 2.1, y 26 del PIDCP.

Y si bien el comité es bastante escueto en su argumentación, también deja notar que no existía todavía un consenso que le permita afirmar que la denegación de una licencia matrimonial para una pareja homosexual fuera —en sí misma— una forma de discriminación desde la orientación sexual. Así, en la única opinión separada al dictamen principal, dos de los miembros del comité señalarían que el artículo 23.2 del PIDCP: “no limita en modo alguno la libertad de los Estados, [...] de reconocer, en forma de matrimonio o en otra forma comparable, el compañerismo entre dos hombres o entre dos mujeres”.

En otras palabras, el comité nos dice que, para el año 2002, el matrimonio igualitario no es tema de incumbencia del DIDH, y que cada Estado tiene el derecho de regular el reconocimiento del afecto *marica* de la manera que mejor le parezca.

3.1.2. Pérez Meza

En paralelo a *Joslin*, allá en julio de 1999, José Alberto Pérez Meza presentaba a la CIDH una petición en la que señalaba que las autoridades judiciales del Paraguay le habían negado la posibilidad de reconocer como “matrimonio aparente” (es decir, como una unión de hecho) la relación que habría mantenido durante 20 años con su compañero fallecido (CIDH, 2001). De acuerdo con Pérez Meza, la negativa del Estado configuraba una violación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)⁶⁴. La CIDH añade que el peticionario había afirmado también que: “habría sido víctima en reiteradas oportunidades de expresiones de discriminación por su *elección sexual*”⁶⁵ (el resaltado es mío).

La petición fue declarada inadmisibile el 10 de octubre de 2001, por lo que nunca se pudo examinar el fondo del asunto. Sin embargo, resulta interesante revisar lo poco que dice la CIDH en torno a las uniones entre personas del mismo sexo en su escueto informe:

Respecto del proceso de reconocimiento [...], queda claro que la legislación paraguaya contempla este supuesto de matrimonio aparente o unión de hecho sólo entre un varón y una mujer, y así lo expresa el artículo 51 de la Carta Magna: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”. Asimismo, el Código Civil del Paraguay en su artículo 140 inciso (g) prohíbe expresamente el matrimonio de personas del mismo sexo. De esta forma surge claramente que la situación que el peticionario invoca (matrimonio entre personas del mismo sexo) no está prevista por la legislación interna paraguaya y por lo tanto carece de tutela jurídica a los fines de su reconocimiento como pareja del causante. De las constancias del expediente surge que los jueces rechazaron su demanda por falta de previsión legal de esa circunstancia [...]. La Comisión resalta que en ningún momento el peticionario ha argumentado ante las autoridades judiciales paraguayas ni ante la Comisión Interamericana que dichas disposiciones legales sean discriminatorias. La Comisión observa que de los diversos escritos del expediente no surge que el peticionario haya atacado dichas leyes mediante los recursos internos correspondientes. Tampoco el peticionario ha cuestionado procesalmente ante la justicia paraguaya o ante la CIDH la aplicación de las leyes paraguayas como discriminatorias

64 El artículo 24 de la Convención Americana establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

65 No puedo dejar de notar la selección de palabras (“elección sexual”) que aquí realiza la CIDH para describir la situación del peticionario.

de las parejas homosexuales en las distintas instancias de las que fue parte. Por lo tanto, la Comisión debe declarar la inadmisibilidad de la petición por falta de agotamiento de los recursos internos.

Sorprende esta decisión de la CIDH en la que se percibe una extraña urgencia para descartar a toda costa la posibilidad de responder a la pregunta de la afectividad *marica* en un examen de fondo. El mensaje que deja el órgano es además terrible: a falta de legislación expresa que proteja domésticamente a las parejas homosexuales, no es posible que el sistema brinde algún tipo de tutela en el plano internacional. Para la CIDH:

[...] la petición es INADMISIBLE por cuanto los hechos alegados respecto de los procesos de reconocimiento de sociedad de hecho del peticionario con el causante *son manifestamente infundados* de acuerdo a lo establecido en [...] la Convención Americana, debido a que a la Comisión no le corresponde resolver como cuarta instancia (el resaltado es mío).

No abundaré sobre la serie de argumentos que pueden presentarse aquí (en anacronía) para rebatir la tesis de esta CIDH del año 2001⁶⁶. Esta respuesta se anticipa temporalmente a *Joslin*, pero de una peor manera: los afectos *maricas* no son un asunto de preocupación para el sistema interamericano. Menos mal, *querido lector*, que la CIDH piensa hoy bastante diferente.

3.1.3. *Goodwin*

Tampoco puedo dejar de mencionar que días antes del dictamen en *Joslin* se produjo un momento —indirectamente— clave para el matrimonio igualitario, esta vez en el marco del sistema europeo. La sentencia del TEDH en *Goodwin* (2008), que no se centra en la pregunta del matrimonio igualitario, termina realizando una serie de afirmaciones decisivas para la consideración jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo en el sistema regional europeo⁶⁷.

Christine Goodwin era una mujer transexual que en 1995 presentó una demanda contra el Reino Unido ante la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando una serie de vulneraciones en el marco del reconocimiento de su identidad de género femenina. El caso llega al TEDH en 1999, que emite sentencia el 11 de julio 2002, seis días antes del dictamen en *Joslin*. La decisión, si bien resultó positiva para el reconocimiento de los derechos de las personas trans*, también implicó una limitación para la causa del matrimonio igualitario.

La sentencia en *Goodwin* inicia en buenos términos, pues el TEDH afirma que, cuando estén involucradas personas trans*, el artículo 12 del Convenio Europeo no debe interpretarse más a partir de criterios estáticos:

100. Es cierto que la primera oración se refiere en términos expresos al derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio. *El tribunal no está persuadido que a la fecha*

66 Aunque no se detalla el sentido individual de los votos de los comisionados o los términos de la discusión interna en torno a esta inadmisibilidad, es importante tomar en cuenta la composición de la CIDH para entonces. Firmaron este informe, al parecer unánimemente: Claudio Grossman, Juan Méndez, Marta Altolaguirre, Hélio Bicudo, Robert K. Goldman, Peter Laurie y Julio Prado Vallejo.

67 En la solicitud original ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la denunciante alegó la vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio Europeo.

de este caso pueda todavía asumirse que estos términos deban referirse sólo a una determinación del género basada puramente en criterios biológicos [...]. Han ocurrido importantes cambios sociales en la institución matrimonial desde la adopción del Convenio Europeo. Dramáticos cambios se han producido también en el campo de la transexualidad gracias al desarrollo médico y científico. El tribunal ya ha señalado en esta decisión que en virtud [...] del Convenio, una prueba de factores biológicos congruentes ya no puede ser utilizada para negar el reconocimiento jurídico del género de un transexual post operatorio⁶⁸ (el resaltado es mío).

Sin embargo, en espejo con lo que días después se diría en *Joslin*, el TEDH decide restringir el alcance del derecho a contraer matrimonio a la fórmula heterosexual. En efecto, el tribunal encontraría vulnerado el artículo 12 del Convenio Europeo sólo en la medida que Christine Goodwin deseara contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto:

101. Por lo tanto, el tribunal considera que, en este caso, la asignación del sexo al registro de nacimiento existente en la legislación interna constituye una limitación que perjudica la esencia misma del derecho a contraer matrimonio. En ese sentido, es falso que las personas transexuales post operatorias no hayan sido privadas de su derecho a contraer matrimonio cuando, de acuerdo con la legislación, deberían poder casarse con una persona de su sexo opuesto. La demandante en este caso vive como una mujer, se encuentra en una relación con un hombre y sólo desea casarse con un hombre. *Ella no tiene posibilidad de hacerlo. En la visión de este tribunal, ella podría, por tanto, denunciar que la esencia de su derecho a contraer matrimonio ha sido vulnerada⁶⁹ (el resaltado es mío).*

Al igual que en *Joslin*, el marco temporal de resolución de *Pérez Meza* (1999-2001) y *Goodwin* (1995-2002) en el plano internacional coincide con un período en el que los derechos nacionales apenas ensayaban sus primeras apuestas legislativas no matrimoniales para el reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales. Y aunque la intención de la pregunta fue buena, su *timing* no pudo ser peor.

3.2. Una serie de eventos desafortunados: El mundo post *Joslin*

Marcados por las respuestas iniciales en el sistema universal y en los sistemas regionales interamericano y europeo, los casos que se litigaron posteriormente no volvieron a preguntar más de manera directa al DIDH por el matrimonio igualitario en un período importante de tiempo.

Pero el litigio internacional continuó. Las parejas del mismo sexo buscaron revertir estas decisiones, pero esta vez desde los “contornos” del matrimonio. Así, comenzaron a articular demandas en el DIDH (a) que desagregaban los “derechos” al interior del matrimonio (patrimonio, pensiones, asistencia en salud), o (b) que hacían visible el impacto negativo que la legislación heterocisnormativa ocasionaba en su proyecto de familia.

Como veremos en los próximos párrafos, para ello utilizaron formulaciones jurídicas más clásicas a partir de derechos como la privacidad y la vida familiar mirados siempre desde el lente del principio de prohibición de la discriminación.

68 Traducción personal del inglés.

69 Traducción personal del inglés.

3.2.1. En el Comité de Derechos Humanos

En el ámbito del CDH, fueron dos las ocasiones en las que se ensayaron nuevas estrategias desde los márgenes del matrimonio igualitario: *Young*⁷⁰ y *X*⁷¹. No es el propósito de este texto explorar a profundidad tales dictámenes, pero un hecho relevante en ambos casos es que se trata de solicitudes vinculadas a derechos pensionarios presentadas por el compañero sobreviviente de una unión entre personas del mismo sexo estable en países donde no existía —para la fecha de los hechos— cobertura jurídica alguna disponible.

El principal argumento esgrimido por las víctimas afirmaba que cuando los Estados conceden un beneficio patrimonial a las parejas —como el pensionario— no pueden concederlo creando diferencias a partir de la orientación sexual de sus contrayentes. Todo lo anterior al margen de si en dicho Estado se regula o no alguna fórmula de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. En ambos dictámenes, el comité llega a la conclusión de que los Estados han vulnerado el artículo 26 del PIDCP⁷². Para el CDH es claro que la prohibición general de la discriminación es una cláusula abierta que incluye también la orientación sexual como factor sospechoso. De esta forma, el artículo 26 del PIDCP quedaba vulnerado por ambos Estados toda vez que en el marco del procedimiento ante el comité ninguno pudo brindar alguna justificación objetiva o imperiosa que justificara que el beneficio pensionario de las normas internas debía alcanzar sólo a las parejas heterosexuales. Se configuraba así un supuesto de discriminación a causa de la orientación sexual de los solicitantes⁷³.

Resulta interesante cruzar las fechas de los dictámenes de estos casos con lo que venía ocurriendo en el ámbito interno para el matrimonio igualitario, en especial para *X*. Si bien para el año 2007 el terreno no era todavía óptimo para repreguntar *Joslin*, es el mismo CDH el que reconoce las posibilidades que ofrece el PIDCP para las parejas no heterosexuales desde un marco argumentativo que, fundamentado en el artículo 26, evitaría repreguntar por el alcance del siempre complicado artículo 23.2.

3.2.2. En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Querido lector: Llegamos de nuevo al escenario europeo. Es aquí que el DIDH se enfrenta por segunda y tercera ocasión a la pregunta del *status* jurídico del matrimonio igualitario. La frecuencia de demandas es aquí bastante mayor, lo que ha permitido que el TEDH se explye, como ningún otro sistema, acerca de la ruta *marica* hacia el altar.

Las sentencias en cuestión son siete: (a) *Schalk y Kopf*, (b) *Vallianatos y otros*, (c) *Hämäläinen*, (d) *Oliari y otros*, (e) *Chapin y Charpentier*, (f) *Orlandi y otros*, y (g) *Ratzenböck y Seydl*. La pregunta directa sobre el matrimonio igualitario se llevará a cabo en *Schalk y Kopf* y luego en *Chapin y Charpentier*. Los otros casos, sin embargo, no son menos relevantes.

70 La comunicación fue presentada al CDH el 29 de junio de 1999, y el dictamen fue emitido el 6 de agosto de 2003.

71 La comunicación fue presentada al CDH el 13 de junio de 2001, y el dictamen fue emitido el 30 de marzo 2007.

72 El artículo 26 del PIDCP dispone que: “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”.

73 Puede compararse este razonamiento con lo que señalará el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a los derechos pensionarios de las parejas del mismo sexo en la sentencia de 10 de mayo de 2011 en el caso *C-147/08 (Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg)*.

3.2.2.1. *Schalk y Kopf*

Agotada la discusión en el sistema universal con *Joslin*, ¿ofrecería el TEDH una respuesta más esperanzadora?

Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf eran una pareja de nacionales austriacos que en el año 2002 presentó una solicitud al Registro Civil local con el objetivo de contraer matrimonio. El pedido fue llevado hasta el Tribunal Constitucional austriaco, que reiteró la negativa de la autoridad administrativa. Al estilo de lo ocurrido en *Joslin*, el 5 de agosto de 2004, Schalk y Kopf presentaron una demanda contra Austria ante el TEDH alegando la vulneración del artículo 12 así como del artículo 14 (prohibición de la discriminación)⁷⁴ en conjunción con el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar)⁷⁵ del Convenio Europeo. La sentencia se hace pública el 24 de junio de 2010, apenas unos meses luego de que Austria adoptara legislación no matrimonial a favor de las parejas del mismo sexo. Para el TEDH, el Estado no había vulnerado el tratado en ninguno de los supuestos señalados por los demandantes.

¿Pero qué dijo el TEDH en estricto en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo? El tribunal inicia su razonamiento afirmando que, si bien el derecho a contraer matrimonio otorga un importante margen de apreciación a cada Estado, éste nunca debe llegar a desnaturalizar su contenido esencial. ¿Cuál es entonces el núcleo duro del derecho a contraer matrimonio? El TEDH ensaya la siguiente respuesta, hacienda eco del comité en *Joslin*:

55. Los demandantes argumentan que el texto no implicaría necesariamente que un hombre sólo pudiera casarse con una mujer o viceversa. El tribunal observa que, visto aisladamente, el texto del artículo 12 podría ser interpretado como uno que no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, en contraste, todos los otros artículos sustantivos del Convenio otorgan derechos y libertades a “toda persona” o establecen que “nadie” deberá ser sujeto a ciertas formas prohibidas de tratamiento. La elección del fraseo del artículo 12 debe ser entonces considerada como deliberada. Más aun, se debe tomar en consideración al contexto histórico en el que el Convenio fue adoptado. *En la década de 1950, el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de ser una unión entre parejas de diferente sexo.*

58. [...], como se dijo en el caso [...] *Goodwin* [...], *la institución del matrimonio ha experimentado importantes cambios sociales desde la adopción del Convenio, pero el tribunal observa que no existe un consenso europeo alrededor del matrimonio igualitario. En este momento, no más que seis de los cuarenta y siete Estados del Convenio permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.*

61. [...] el tribunal no considerará más que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba ser en todas circunstancias limitado a dos personas de sexo opuesto.

74 El artículo 14 del Convenio Europeo señala que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

75 El artículo 8 del Convenio Europeo dice lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En consecuencia, no cabe afirmar que el artículo 12 no sea aplicable a la demanda de los solicitantes. *Sin embargo, tal como se encuentran las cosas hoy, la pregunta acerca de si el matrimonio igualitario debe ser o no permitido queda en manos de la regulación legislativa interna de los Estados Contratantes*⁷⁶ (el resaltado es mío).

El TEDH nos muestra aquí un DIDH tímido, que pese a mostrar un deseo de salir de un esquema interpretativo literal e histórico, está atrapado en las redes de la falta de consenso doméstico.

¿Qué nos podemos llevar de positivo de estos párrafos? Que al menos el TEDH abre la puerta de la interpretación para que —algún día— el matrimonio igualitario calce en el contenido esencial del artículo 12 del Convenio Europeo. O que, en todo caso, admite que ni siquiera la interpretación más conservadora de la cláusula alcanzaría para prohibir el matrimonio igualitario. Al menos, se mejora en algo lo dicho por el CDH en *Joslin*.

Quizás uno de los aportes menos apreciados de esta sentencia es lo dicho por el tribunal respecto a la supuesta vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo. El TEDH reafirma que el artículo 14 es una cláusula complementaria de las demás disposiciones sustantivas del tratado —al estilo del artículo 1.1 de la Convención Americana— para luego destacar que lo que se discute en *Schalk y Kopf* no es la posibilidad de encuadrar la relación de la pareja en el marco de la “privacidad” (cuestión que para el tribunal es afirmativamente obvia) sino más bien si ésta encaja en realidad en el concepto de “vida familiar”. Para el TEDH, aquí sí se ha alcanzado el consenso al que todavía no se había arribado para la cuestión matrimonial:

91. El tribunal reitera su jurisprudencia establecida en torno a las parejas del sexo opuesto, es tanto que la noción de la familia bajo esta disposición no se encuentra confinada a las relaciones basadas en el matrimonio y que puede abarcar otros lazos “familiares” *de facto* donde las parejas vivan juntas fuera de un vínculo matrimonial [...].

92. En contraste, la jurisprudencia del tribunal ha aceptado que la relación emocional y sexual entre una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no ha afirmado que constituya “vida familiar”, por ejemplo cuando existe una relación larga y estable entre dos individuos que cohabiten. Para llegar a esa conclusión, el tribunal observaba que a pesar de la creciente tendencia hacia al reconocimiento legislativo y judicial de parejas *de facto* estables del mismo sexo en los Estados europeos, dada la poca existencia de consenso entre los Estados contratantes sobre el tema, ésta era un área en la cual se contaba con un amplio margen de apreciación [...].

76 Traducción personal del inglés:

55. *The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to “everyone” or state that “no one” is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.*

58. [...], as it noted in [...] *Goodwin* [...], *the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage.*

61. [...] *therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.*

93. El tribunal nota que desde el año 2001 [...] ha ocurrido una rápida evolución de las actitudes sociales en torno a las parejas del mismo sexo en varios Estados miembros. Desde entonces, un número considerable de Estados miembros ha otorgado reconocimiento legal a tales parejas [...]. Algunas disposiciones normativas de la Unión Europea también reflejan una tendencia inclusiva de las parejas del mismo sexo como parte de la noción de “familia”.

94. En vista de esta evolución, el tribunal considera equivocado mantener la postura que afirma que, en contraste con una pareja heterosexual, una del mismo sexo no pueda gozar de “vida familiar” para efectos del Artículo 8. *En consecuencia, la relación de los solicitantes, una pareja del mismo sexo que cohabita, también es parte de la noción de “vida familiar”, tal como ocurre con las relaciones de personas de sexo diferente en la misma situación*⁷⁷ (el resaltado es mío).

No obstante lo anterior, el TEDH afirmarí que la obligación de aprobar el matrimonio igualitario no emana —todavía— de esta combinación de artículos y que la aprobación (tardía) de un régimen alternativo no conyugal en Austria para las parejas del mismo sexo tampoco podría representar una vulneración del Convenio Europeo. En palabras del tribunal:

105. [...] todavía no existe una mayoría de Estados otorgando reconocimiento jurídico a las parejas del mismo sexo. Entonces, esta cuestión debe ser todavía considerada como una de derechos en evolución, carente de consenso, y en la que los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación al momento de llevar a cabo cambios legislativos [...] ⁷⁸.

El fantasma del consenso reaparece como requisito del impulso que el DIDH necesita para el establecimiento de un régimen matrimonial más inclusivo. Para terminar de desanimar a los más entusiastas, líneas más adelante el TEDH afirmarí que incluso si los Estados proveyeran a las parejas del mismo sexo de un régimen alternativo al matrimonio, tampoco existiría una obligación convencional de conferir al mismo de la totalidad de derechos emanados del régimen conyugal: en ese campo tampoco existe el añorado consenso⁷⁹. Diría el TEDH que:

108. [...], los demandantes parecen creer que si un Estado decide otorgar a las parejas del mismo sexo alguna alternativa jurídica de reconocimiento, ésta debe poseer un *status* —inclusive bajo un nombre distinto— correspondiente al matrimonio en todos y cada uno de sus aspectos. El tribunal no está convencido de ese argumento. Al contrario, considera que los Estados disfrutan de cierto margen de apreciación en cuanto al *status* exacto que debe otorgarse a tales alternativas jurídicas de reconocimiento⁸⁰.

El DIDH arroja en este segundo encuentro con el matrimonio igualitario muchas pistas de lo que aspira lograr en el futuro. Si se mira lo ocurrido en el período 2002-2010, sin duda hay una *lege ferenda* que vislumbra un camino hacia el altar: un DIDH emergente pero todavía tímido, que va a esperar primero a que se articulen desde abajo las condiciones del consenso.

77 Traducción personal del inglés.

78 Traducción personal del inglés.

79 El régimen alternativo en Austria excluía a las parejas contrayentes de la adopción y la inseminación artificial.

80 Traducción personal del inglés.

Finalizada la primera década del siglo XXI —y marcados por *Joslin* y *Schalk y Kopf*, los seis casos siguientes del TEDH presentan nuevos ángulos argumentativos acerca de la pregunta en torno al matrimonio igualitario—.

3.2.2.2. *Vallianatos y otros*

Vallianatos y otros conjugó dos demandas presentadas al TEDH en mayo de 2009 luego de que Grecia aprobara un régimen de unión civil que sólo alcanzaba a las parejas heterosexuales. Los demandantes alegaban ante el tribunal que dicha norma vulneraba los artículos 14 y 8 de la Convención Europea en conjunto, al estilo de *Schalk y Kopf*.

De acuerdo con los demandantes, si se creaba un régimen alternativo al matrimonio, el Estado no podía dejar de lado a las parejas del mismo sexo en la medida que éstas no tenían a su alcance medio alguno para la protección de sus uniones estables en el país. En el proceso ante el TEDH, Grecia había señalado que este régimen tenía como fin:

82. [...] fortalecer el *status* legal de los niños nacidos fuera del matrimonio y facilitar que los padres puedan criar a sus hijos sin tener la obligación de casarse. Este aspecto, se argumentó, distingue a los miembros de las parejas heterosexuales de las homosexuales, en la medida que estas últimas no pueden tener hijos biológicos entre sí⁸¹.

El tribunal publicó su sentencia el 7 de noviembre de 2013, y es en su respuesta a estos argumentos donde se comienza a esbozar un interesante avance respecto a lo decidido años apenas tres años atrás en *Schalk y Kopf*. De acuerdo con el TEDH,

85. Cuando el margen de apreciación entregado a los Estados es estrecho, como por ejemplo, cuando existe un trato diferenciado con base en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no exige sólo que la medida de intervención utilizada sea idónea para alcanzar el fin señalado. *El Estado también debe mostrar que, para lograr dicho objetivo, es necesario excluir a algunas categorías de personas —en este caso aquéllas viviendo en una relación homosexual— del alcance de la disposición en cuestión [...]. De acuerdo con la jurisprudencia ya mencionada, en este punto la carga de la prueba corresponde al Gobierno demandado.* Por lo tanto, en el presente caso, el Gobierno griego deberá demostrar que era necesario, para alcanzar los fines legítimos invocados, excluir a las parejas del mismo sexo del régimen de uniones civiles de acuerdo con lo establecido por la Ley no. 3719/2008⁸² (el resaltado es mío).

En otras palabras, cuando el criterio diferenciador de la legislación es la orientación sexual, el margen de apreciación se reduce, y es el Estado el que debe demostrar que tiene una motivación imperiosa que justifique la exclusión. Grecia no logró acreditar poseer tal motivación⁸³. El tribunal encuentra así que el Estado había vulnerado los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo en perjuicio de los demandantes:

91. [...] aunque no existe todavía consenso entre los sistemas legales de los Estados miembros del Consejo de Europa, actualmente está emergiendo una tendencia para aprobar

81 Traducción personal del inglés.

82 Traducción personal del inglés.

83 En el caso, el TEDH llega a poner en tela de juicio inclusive que el fin último de la legislación sobre unión civil haya sido en realidad proteger el interés superior de los niños concebidos fuera del matrimonio.

legislativamente el reconocimiento de las parejas del mismo sexo. Nueve Estados miembros ya permiten el matrimonio igualitario. Adicionalmente, diecisiete Estados miembros contaban con alguna forma de protección para las parejas homosexuales. En cuanto al tema específico planteado en el presente caso [...], el tribunal considera que la tendencia emergente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros es clara: de los diecinueve Estados que autorizan alguna forma de reconocimiento afectivo distinta al matrimonio, Lituania y Grecia son los únicos en reservarlo exclusivamente para parejas heterosexuales [...]. *En otras palabras, salvo esas dos excepciones, cuando los Estados miembros del Consejo de Europa optan por aprobar legislación que introduzca una nueva figura como alternativa al matrimonio para parejas que no están casadas, siempre incluyen en su alcance a las parejas del mismo sexo [...]*⁸⁴ (el resaltado es mío).

¿Qué nos podemos llevar de esta decisión? Lo primero es que el TEDH aquí pasa de los “consensos” a las “tendencias” para justificar que, en los Estados donde no existen fórmulas jurídicas de reconocimiento de las parejas homosexuales, no pueden crearse regímenes no conyugales que excluyan a las parejas del mismo sexo.

Asimismo, quedaba finalmente establecido que, tal como ocurrió para el sistema universal con *Young* y *X*, en el sistema europeo la orientación sexual como criterio diferenciador de la legislación siempre pondría en *off-side* al Estado: de ahora en adelante se le exigirá que explicita la motivación última que justifique sus diferencias de trato. Si el argumento funcionó en el marco de las instituciones no matrimoniales, ¿podría funcionar para el matrimonio?

3.2.2.3. *Hämäläinen*

Heli Maarit Hannele nació en 1963 y fue registrada por las autoridades finlandesas bajo el género masculino. *Hämäläinen* contrajo matrimonio con su esposa en 1996 y juntos tuvieron un hijo en el año 2002. Desde el 2006, sin embargo, ella decidió hacer visible su identidad de género trans*, y como parte de su transición, se sometió a una cirugía genital en el 2009.

En Finlandia el matrimonio era para entonces una institución exclusivamente heterosexual. Y en el año 2002, el Estado había creado un régimen especial para las parejas homosexuales denominado *registered partnership*. *Hämäläinen* es un caso que ofrece particulares interrogantes a partir de esta propuesta legislativa.

¿Qué ocurre cuando en un matrimonio hasta entonces heterosexual uno de los cónyuges revela que es una persona trans* y se somete a una cirugía genital? Más aún, ¿qué sucede si las esposas rechazan la figura del *registered partnership* y exigen al Estado ser reconocidas como un matrimonio a pesar de las limitaciones legislativas? Y un detalle adicional, ¿qué ocurre si el requisito para el reconocimiento jurídico de la identidad trans* de una de las partes está condicionado a que su cónyuge consienta previamente en transformar su unión en un *registered partnership*? Tales eran los dilemas de *Hämäläinen* en julio de 2009, cuando presentaba una demanda contra Finlandia ante el TEDH alegando que el Estado vulneraba los artículos 8 y 12, así como la conjunción de los artículos 14, 8 y 12 del Convenio Europeo en su perjuicio.

El tribunal emitió su respuesta definitiva el 16 de julio de 2014 e identificó que en el caso existía un conflicto entre el interés privado de *Hämäläinen* para obtener el reconocimiento de su identidad trans* en sus documentos y el interés del Estado en preservar la institución matrimonial en su fórmula heterosexual. Frente a esta tensión el TEDH afirmarí que:

⁸⁴ Traducción personal del inglés.

38. [...], de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, *el Artículo 12 de la Convención no impone una obligación a los Estados contratantes de otorgar acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo*. Tampoco el Artículo 8, una disposición con un propósito y alcance más general, puede ser interpretado en tal sentido. El tribunal también ha sostenido que la regulación de los efectos del cambio de género en el contexto del matrimonio se encuentra dentro del margen de apreciación del Estado contratante⁸⁵ (el resaltado es mío).

Si bien el TEDH reconoce más adelante que,

68. [...] al entregar cierto margen de apreciación a los Estados en este campo, el tribunal ha señalado también que los Estados tienen el deber, de acuerdo con su obligación positiva bajo el Artículo 8, de reconocer el género de las personas transexuales post operatorias a través, entre otras, de la posibilidad de actualizar su estado civil en sus documentos [...]⁸⁶.

También diría que:

74. [...] no puede afirmarse que exista un consenso europeo que permita el matrimonio igualitario. En los Estados que no permiten el matrimonio igualitario tampoco existe consenso que señale cómo proceder con el reconocimiento de la identidad de género en caso de un matrimonio pre existente. La mayoría de Estados no cuentan con legislación que permita el reconocimiento de la identidad de género. Además de Finlandia, tal legislación existiría sólo en otros seis Estados. Las excepciones concedidas para los casos de personas transexuales casadas se presentan en menos Estados. Por lo tanto, no es cierto que la situación en los Estados miembros del Consejo de Europa haya cambiado significativamente desde que este tribunal emitiera sus sentencias más recientes acerca de estas cuestiones⁸⁷.

El tan anhelado consenso, motor de los cambios del TEDH en materia de sexualidad, vuelve a aparecer. Para el tribunal, Finlandia no ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo ni tampoco ha violado el derecho de la solicitante al no reconocer su *status* afectivo actual como el que corresponde a un matrimonio:

75. Frente a la ausencia de un consenso europeo y tomando en cuenta que este caso plantea sin duda cuestiones de sensibilidad moral o ética, *el tribunal considera que el margen de apreciación para el Estado demandado debe ser amplio [...]. Este margen debe en principio extenderse tanto a la decisión del Estado de promulgar o no legislación acerca del reconocimiento de la identidad de género de las personas transexuales post operatorias, [...] como a las reglas que deben aplicarse para alcanzar un balance entre el interés público y privado*.

87. *Si bien es lamentable que la demandante deba enfrentar inconvenientes a diario por tener un documento de identidad con datos incorrectos, el tribunal considera que la demandante tiene a la mano la posibilidad de revertir tal situación: su matrimonio puede convertirse, en cualquier momento, ex lege, en un registered partnership, siempre que cuente con el consentimiento de su esposa. Si no obtuviera dicho consentimiento, la posibilidad del*

85 Traducción personal del inglés.

86 Traducción personal del inglés.

87 Traducción personal del inglés.

divorcio, como en cualquier otro matrimonio, siempre se encuentra disponible. Bajo la perspectiva de este tribunal, no es desproporcionado exigir, como precondition al reconocimiento legal de un género adquirido, que el matrimonio de la demandante sea convertido en un *registered partnership* en la medida que es una opción adecuada, casi idéntica al matrimonio, y que proporciona protección jurídica a las parejas del mismo sexo⁸⁸ (el resaltado el mío).

El consenso reaparece, esta vez, para justificar que los Estados no tienen obligación convencional alguna de regular en un determinado sentido el *status* de los matrimonios heterosexuales celebrados por personas trans* que luego se someten a una cirugía genital. Si bien *Hämäläinen* demanda un pronunciamiento sobre el alcance del artículo 12 del Convenio Europeo en este contexto, el tribunal decide no examinar la cuestión señalando que su razonamiento en torno al artículo 8 del tratado resultaba suficiente⁸⁹.

¿Qué habría ocurrido si en Finlandia no hubiese estado disponible la posibilidad del *registered partnership*? ¿Hubiera el TEDH decidido en el mismo sentido?

3.2.2.4. *Oliari* y otros

¿Existe ya en el ámbito europeo una obligación positiva para los Estados de proveer alguna forma de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo? Ésta era la pregunta central en *Oliari*, un caso decidido por el TEDH, esta vez en torno a la protección jurídica de las uniones civiles.

La Constitución italiana no define el matrimonio, sino que remite su definición al Código Civil, que alcanzaba sólo a las parejas heterosexuales. *Oliari* se origina en dos demandas presentadas por parejas del mismo sexo en marzo y junio de 2011 al TEDH. Los solicitantes señalaban que la legislación italiana no les ofrecía forma alguna de protección —matrimonial o no matrimonial—, y que ello derivaba en una forma de discriminación por orientación sexual a la luz de los artículos 14, 8 y 12 del Convenio Europeo.

El TEDH presentó su respuesta al asunto el 21 de octubre de 2015, dando un interesante giro a las cuestiones hasta entonces consultadas sobre la regulación matrimonial y no matrimonial de las parejas homosexuales en el ámbito regional europeo. La sentencia, sin embargo, sólo se enfocó en la posible vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo, evitando comentar algo en torno al alcance del artículo 12.

Es interesante apuntar que, antes de brindar su respuesta de fondo, el TEDH realizó un detallado recuento de la situación del matrimonio igualitario y de las uniones no matrimoniales en el Consejo de Europa:

55. A la fecha, veinticuatro de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa ya han promulgado legislación que permite el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como matrimonio o como alguna forma de unión civil o *registered partnership*⁹⁰.

En buena parte de la decisión, el TEDH se dedica a sugerir la posible existencia de obligaciones convencionales positivas para los Estados que permitan asegurar la vida privada y familiar de las parejas del mismo sexo, especialmente en contextos donde no existen herramientas

88 Traducción personal del inglés.

89 El TEDH rechaza, además —muy escuetamente—, el argumento de que haya ocurrido una vulneración del artículo 14 en conjunción con los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo.

90 Traducción personal del inglés.

jurídicas específicas para proteger tales relaciones. En palabras del tribunal:

174. [...] a falta de matrimonio, las parejas del mismo sexo como los demandantes tienen un particular interés en acceder a una unión civil o *registered partnership*, puesto que sería la manera más apropiada para que su relación sea reconocida legamente, además de brindarles una garantía relevante de protección —en la forma de derechos esenciales claves para toda pareja en una relación estable y comprometida— que no les genere innecesarios impedimentos. En realidad, el tribunal ya ha sostenido que estas fórmulas civiles tienen un valor intrínseco para quienes se encuentran en la posición de los demandantes, al margen de los efectos legales, restrictivos o extensivos, que éstas produzcan [...]. Este tipo de reconocimiento brindaría un mayor sentido de legitimidad para las parejas del mismo sexo⁹¹.

Para el tribunal, este caso se distingue claramente de *Schalk y Kopf* donde la cuestión en debate es si la legislación no matrimonial aprobada por Austria debía o no contener el mismo tipo de derechos que el matrimonio. Allí, dada la falta de consenso existente en la manera cómo debía implementarse un régimen suplementario de protección no conyugal, los Estados disfrutarían entonces de un amplio margen de apreciación.

La situación en *Oliari* sería en realidad más parecida a la del caso *Vallianatos*, en la medida que las parejas denunciantes no disponen de marco alguno de protección disponible para sus derechos en Italia. Para el tribunal, la situación de estos demandantes implica además un aspecto vinculado a la existencia e identidad misma de los individuos involucrados, lo que reduciría el margen de apreciación del Estado⁹².

El tribunal apunta además que, en años previos, la Corte Constitucional italiana ya había señalado en varias oportunidades al Parlamento nacional la necesidad de aprobar un marco legislativo de protección para las parejas del mismo sexo, pero que el Congreso no había respondido a tales llamados. Para reforzar la gravedad de esta omisión, el TEDH señala que las encuestas de opinión que le fueron entregadas indicaban que la población italiana se mostraba a favor de la creación de un régimen de protección en dicho sentido. En otras palabras, para el TEDH, Italia ya era tierra fértil para el reconocimiento jurídico de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo.

Terminado todo ese preámbulo, el TEDH le deja, *querido lector*, el párrafo que declara la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo por parte de Italia:

185. En conclusión, dado que el Estado italiano no ha señalado que exista un interés comunitario predominante contra el cual ponderar los cruciales intereses de los solicitantes ya identificados, y a la luz de las conclusiones de las cortes domésticas sobre el asunto que permanecieron desatendidas, *el tribunal encuentra que el Gobierno italiano ha sobrepasado su margen de apreciación y que no ha cumplido con sus obligaciones positivas para asegurar que los demandantes cuenten con un marco legislativo específico que proporcione reconocimiento y protección para las uniones del mismo sexo*⁹³ (el resaltado el mío).

91 Traducción personal del inglés.

92 De hecho, en el párrafo 177 de la sentencia, el TEDH rechaza el argumento de que el asunto estuviera vinculado a una temática ética o moral “sensible” que permita utilizar un margen de apreciación más amplio.

93 Traducción personal del inglés.

¿Qué implica esta afirmación? ¿cuáles son estas obligaciones positivas? El TEDH no desarrolla ese contenido. Lo que más sorprende es que en la parte resolutive de la sentencia el tribunal tampoco ordena enmienda legislativa alguna al Estado italiano en favor de los denunciantes. En mi opinión, el párrafo 185 sería una suerte de *obiter dictum* que espera ser utilizado en una próxima oportunidad por nuevos litigantes en un mejor contexto.

En el ámbito europeo, queda claro que existiría la posibilidad de reivindicar en el futuro, en el marco del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo, que los Estados deben contar con alguna forma de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales. Todo ello, claro está, cuando la única fórmula de reconocimiento de la afectividad existente y disponible sea el matrimonio heterosexual. Bajo esas circunstancias, el margen de apreciación de los Estados estaría virtualmente superado.

El margen de apreciación de los Estados sí resultaría todavía muy generoso para definir el alcance de estas obligaciones positivas en el contexto de las fórmulas no matrimoniales. Dadas las cicatrices producidas por *Joslin* y *Schalk y Kopf*, no podría todavía sostenerse (lo que se confirmará en *Chapin y Charpentier*) que los Estados tengan —al menos en Europa— obligación alguna de regular igualitariamente el matrimonio.

3.2.2.5. *Chapin y Charpentier*

Querido lector: Hemos llegado a la tercera ocasión en la que el DIDH es cuestionado acerca del matrimonio igualitario. ¿Cambiarán en algo las respuestas previas del TEDH?

El 5 de junio de 2004, cuando el matrimonio igualitario era todavía una lejana posibilidad en Francia, Stéphane Chapin y Bertrand Charpentier celebraban su matrimonio civil ante un funcionario de la municipalidad de Bègles que acogió su pedido. Enterado de lo ocurrido, la Procuraduría de la República presentaba una demanda ante el Poder Judicial ese mismo mes con el fin de anular el matrimonio recientemente contraído. El proceso culminaría en la vía interna en marzo de 2007, confirmando en diversas instancias la solicitud de anulación.

El 6 de septiembre de 2007, Chapin y Charpentier presentaron una demanda ante el TEDH invocando la vulneración conjunta de los artículos 12 con 8 así como 14 y 8 del Convenio Europeo. Por tercera vez el DIDH tendría la oportunidad de contestar directamente la temida pregunta en torno a la convencionalidad del matrimonio igualitario. En un inusual y largo proceso para los estándares europeos, el TEDH emitiría su sentencia recién el 9 de junio de 2016.

¿Cuál fue el razonamiento del tribunal en el caso? A pesar de encontrarse en un *momentum* europeo mucho más favorable para el matrimonio igualitario, el TEDH declaró que la anulación de las nupcias no vulneraba en nada el Convenio Europeo.

Llama la atención que, a diferencia de los casos previos, en esta decisión el tribunal no hace referencia explícita al número de Estados que, al momento de la discusión en los tribunales domésticos franceses, reconocían el matrimonio igualitario en el Consejo de Europa. Para el TEDH, era bastante claro que,

48. [...] en virtud de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo, los Estados continúan siendo libres para establecer un acceso exclusivo de las parejas heterosexuales al matrimonio [...] ⁹⁴.

94 Traducción personal del francés.

Contrastado con *Vallianatos* y *Oliari*, en *Chapin* y *Charpentier* el TEDH deja constancia de un hecho diferente: en 2004, cuando ocurren los hechos, el Estado ya ofrecía a las parejas del mismo sexo la posibilidad de acceder al *pacte civil de solidarité* (PACS):

49. Cuando suceden los hechos, el Derecho francés no permitía el matrimonio de los demandantes. Sin embargo, ellos podían celebrar un *pacte civil de solidarité*, previsto en el artículo 515-1 del Código Civil, y que confería a sus contrayentes varios derechos y obligaciones en materia tributaria, patrimonial y social.

50. En este caso, la situación se distingue claramente de otras donde el tribunal declaró la violación conjunta de los artículos 8 y 14. En el caso *Vallianatos*, ya citado, la ley griega sólo permitía que el pacto de vida en común se celebre entre parejas heterosexuales. En el caso *Oliari* y otros, el derecho italiano no proveía ningún otro mecanismo para el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo⁹⁵.

Para el TEDH el margen de apreciación de los Estados será estrecho siempre y cuando no exista en el país regulación alguna que reconozca las uniones entre parejas del mismo sexo. Caso contrario, de existir algún tipo de régimen jurídico que reconozca *status* civil a dichas parejas, los Estados se beneficiarán todavía de un amplio margen de apreciación en el Convenio Europeo.

Para el año 2016, el matrimonio civil heterocisnormativo permanecía intocable. Tampoco en este tercer intento se logra que el DIDH ceda en algo para afirmar que los Estados tendrían una obligación positiva de regular el matrimonio igualitario.

3.2.2.5. *Orlandi* y otros

¿Y qué podría decir el TEDH en cuanto al reconocimiento de una serie de matrimonios igualitarios celebrados válidamente en otro país? Ésta fue la pregunta formulada por seis parejas que habían contraído nupcias en Canadá, Estados Unidos y Países Bajos, y que entre abril y septiembre de 2012 denunciaron a Italia ante el TEDH por no haber reconocido sus uniones. Para las parejas demandantes, el Estado había vulnerado los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo pues al momento de los hechos no existía fórmula jurídica alguna en Italia para el reconocimiento para sus uniones.

Al igual que en *Chapin* y *Charpentier*, en este caso el tribunal decidió que la negativa de las autoridades italianas no violaba en modo alguno el Convenio Europeo. A diferencia del caso anterior, sin embargo, aquí el TEDH sí consideró oportuno realizar un recuento de los Estados que contaban con marcos jurídicos de reconocimiento de las parejas del mismo sexo. En su decisión del 14 de diciembre de 2017, el TEDH afirma así que:

204. En cuanto al reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, el tribunal toma nota que, desde su decisión en *Schalk y Kopf*, el movimiento continúa desarrollándose con velocidad en Europa. Es más, cuando se emite la sentencia del caso *Oliari* y otros, ya existía una pequeña mayoría de Estados miembros del Consejo de Europa (veinticuatro de cuarenta y siete) que ya habían legislado en favor de dicho reconocimiento y relevante protección. Este rápido desarrollo también se verifica globalmente, con una particular mención de Estados en las Américas y Australasia, mostrándose así un movimiento internacional continuo hacia su reconocimiento jurídico [...]. A la fecha, veintisiete de

95 Traducción personal del francés.

cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa ya han aprobado legislación que permite el reconocimiento de las relaciones entre parejas del mismo sexo (sea como matrimonio, unión civil o *registered partnership*)⁹⁶.

Empero, el TEDH sorprende utilizando una nueva cifra: el número de países que reconocen los matrimonios igualitarios contraídos en otros países. Para el tribunal, este sería el nuevo criterio a tomarse en cuenta:

205. Pero lo mismo no puede señalarse acerca del reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero, pues allí no existe un consenso para Europa. Fuera de los Estados miembros del Consejo de Europa donde el matrimonio igualitario es permitido, la información de Derecho Comparado puesta a disposición del tribunal (limitada a los veintisiete Estados donde el matrimonio igualitario no estaba para entonces permitido) mostró que sólo tres de esos otros veintisiete Estados permitían que dichos matrimonios sean reconocidos, a pesar de la ausencia del matrimonio igualitario (a esta fecha o para entonces) en sus normas domésticas [...]. *Por lo tanto, esta falta de consenso confirma que los Estados deben por principio tener un amplio margen de apreciación acerca de la decisión de reconocer dichos matrimonios como matrimonios contraídos en el extranjero*⁹⁷ (el resaltado es mío).

El consenso estatal reaparece nuevamente en un forzado giro argumentativo del tribunal que entrega un amplio margen de apreciación a los Estados, esta vez, para el reconocimiento de los matrimonios igualitarios de sus ciudadanos celebrados en otros Estados.

El tribunal también se valió de un nuevo y creo peligroso criterio el cual, aunque implícito en casos anteriores, fue utilizado por primera vez aquí de manera abierta: la legitimidad democrática o participación popular⁹⁸. En vista de la inexistencia de una obligación convencional que regule el matrimonio, el TEDH consideró incluir este criterio para reforzar aquellas situaciones en las que se solicita el reconocimiento de una institución celebrada en un Estado distinto. Para el TEDH, esto encontraría fundamento en la esencia democrática del matrimonio que como institución de interés público debe siempre someterse al escrutinio legislativo:

207. En cuanto a los intereses del Estado y de la comunidad en general para no registrar dichos matrimonios, el tribunal puede aceptar el argumento que señala que a efectos de prevenir el caos, Italia puede disuadir a sus nacionales de acudir a otros Estados para acceder a instituciones particulares no aceptadas domésticamente (como el matrimonio igualitario) y que el Estado no tiene la obligación de reconocer desde una perspectiva convencional. *En efecto, las negativas en el presente caso son el resultado de una decisión legislativa para no permitir el matrimonio igualitario —una decisión que no es condenable bajo el Convenio. Por lo tanto, el tribunal encuentra que también es un interés legítimo del Estado el asegurar el respeto de sus prerrogativas legislativas de modo que las decisiones de los gobiernos elegidos democráticamente no sean burladas*⁹⁹ (el resaltado es mío).

96 Traducción personal del inglés.

97 Traducción personal del inglés.

98 Este criterio es presentado como uno de los “factores externos” de la doctrina del margen de apreciación (Legg, 2012, pp. 69-101).

99 Traducción personal del inglés.

En efecto, para el tribunal los demandantes no podían sostener que se les ha privado de un derecho que nunca les fue concedido. En un sarcástico párrafo parece además instarles a continuar con su proyecto de vida matrimonial fuera del territorio italiano:

208. El tribunal toma nota de que el rechazo al reconocimiento del matrimonio de los demandantes no los privó de ningún derecho reconocido previamente en Italia (en caso hubiera alguno), y que los solicitantes siempre podrían beneficiarse, en el territorio del Estado en el que contrajeron matrimonio, de cualquier derecho u obligación adquirida a través de dicho matrimonio¹⁰⁰ (el resaltado es mío).

3.2.2.6. *Ratzenböck y Seydl*

El caso más reciente de la saga afectiva europea tiene como protagonista a una pareja heterosexual que solicitaba el reconocimiento de su relación de hecho bajo el marco del *registered partnership*, una institución no matrimonial que en Austria sólo estaba disponible para las personas del mismo sexo. Para Ratzenböck y Seydl, el *registered partnership* les brindaba un marco jurídico de mayor flexibilidad que el matrimonio. En marzo de 2010, el pedido de la pareja fue rechazado en el municipio local debido a que los contrayentes no cumplían con el requisito esencial de ser una pareja del mismo sexo. Las autoridades judiciales confirmaron la decisión en todas sus instancias.

Frente a ello, el 11 de mayo de 2012, la pareja plantearía una demanda ante el TEDH alegando la vulneración conjunta de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo pues habrían sido discriminados por su orientación heterosexual.

¿Ahora que el supuesto era el inverso (heterosexuales aparentemente discriminados por la homonormatividad de una institución), el tribunal razonaría distinto? La sentencia del TEDH, que se hizo definitiva el 9 de abril de 2018, determinaría, al igual que en *Oliari*, *Chapin y Charpentier* y *Orlandi*, que el Estado no habría vulnerado derecho alguno de los demandantes:

40. El tribunal observa que la exclusión de las parejas heterosexuales del *registered partnership* debe ser examinada a la luz del marco general vigente para el reconocimiento jurídico de las relaciones afectivas. El *registered partnership* fue introducido como una alternativa al matrimonio con el fin de que las parejas del mismo sexo, que permanecen excluidas del matrimonio, tengan disponible una institución sustancialmente similar que les reconozca legalmente [...]. De hecho, el *Registered Partnership Act* [...] buscaba contrapesar la exclusión que las parejas del mismo sexo sufrieron en términos del acceso al reconocimiento legal de sus relaciones antes del año 2010. En el caso de *Schalk y Kopf* el tribunal señaló que el *Registered Partnership Act* otorgaba a los demandantes, una pareja del mismo sexo, la posibilidad de obtener un *status* jurídico igual o similar al matrimonio en varios aspectos. El tribunal concluyó allí que no existía indicación alguna de que el Estado demandado hubiera excedido su margen de apreciación al diseñar los derechos y obligaciones en el marco tal institución [...]. Así, el matrimonio y el *registered partnership* son esencialmente complementarios para el Derecho austriaco.

41. Los demandantes, como pareja heterosexual, tienen acceso al matrimonio. Esto satisface —contrariamente a lo que sucedía con las parejas del mismo sexo antes de la entrada en vigor

100 Traducción personal del inglés.

del *Registered Partnership Act*— su principal necesidad de reconocimiento jurídico. [...] Su oposición al matrimonio se basa en su particular perspectiva de que un *registered partnership* es una institución más moderna y sencilla. Sin embargo, no han demostrado que se hayan visto específicamente afectados por alguna diferencia jurídica a partir de tales instituciones.

42. *Dicho esto, el tribunal considera que los demandantes, siendo una pareja heterosexual que tiene acceso al matrimonio civil (pero no al registered partnership), no se encuentran en una situación mínima o comparablemente similar a la de las parejas del mismo sexo que, bajo la legislación actual, no pueden casarse y requieren del registered partnership como un medio alternativo para reconocer jurídicamente su relación.* Por lo tanto, no hay violación alguna del Artículo 14 visto en conjunto con el Artículo 8 del Convenio¹⁰¹ (el resaltado es mío).

Para el tribunal, la realidad (y el privilegio) en el reconocimiento jurídico de las parejas heterosexuales no resulta comparable con la vivencia cotidiana de una pareja del mismo sexo. Para el TEDH, es evidente que el matrimonio concede mayores derechos, siendo así una institución de mayor valor. Todo lo otro simplemente compensa porque “lamentablemente, no se puede hacer por ahora más”.

La mera existencia de alguna institución alternativa parecería blindar siempre a cualquier Estado europeo frente a los cuestionamientos de su política regulatoria de los afectos.

No quisiera terminar este comentario sobre *Ratzenböck y Seydl* sin hacer mención al voto disidente de los jueces Tsotsoria y Grozev, que realizaron la crítica siguiente:

Nosotros encontramos este análisis poco convincente. En nuestra perspectiva, el análisis que hace el tribunal del Artículo 14 confunde dos aspectos distintos que terminan vaciando de contenido la protección proporcionada por tal disposición. El análisis del tribunal se niega comparar a las parejas homosexuales y heterosexuales como una realidad social; por el contrario, las considera como grupos creados por la legislación, la misma que puede decidir tratarles de manera diferente porque simplemente le considera conveniente. Las parejas homosexuales y heterosexuales no son grupos de individuos creados a partir de decisiones regulatorias. Al contrario, son grupos sociales que existen al margen de ellas y, lo que es más importante, son colectivos respecto a los que el tribunal ya ha reconocido que “se encuentran en principio en una situación relativamente similar o comparable en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y de protección de sus relaciones”.

El tribunal ha sostenido previamente que la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio es compatible con el Convenio porque ésta se encuentra justificada, y no porque las parejas homosexuales no se encuentren en una situación análoga a las heterosexuales. Como ya fue mencionado, en *Schalk y Kopf* el tribunal estableció explícitamente que estos dos grupos se encontraban en una situación análoga. Luego de realizar esta conclusión, el tribunal analizó si la negativa de acceso al matrimonio se encontraba justificada para sostener que, por razones de historia y tradición, lo estaba. El mismo enfoque, en nuestra perspectiva, debió seguirse en este caso. *Lo decidido perpetúa un enfoque similar al de la doctrina de “separados pero iguales”, una visión que no encuentra justificación alguna en el Convenio o en la jurisprudencia de este tribunal. Estamos ante una opción riesgosa, [...] que inevitablemente corre el riesgo de asentar estereotipos sobre la “diferencia” natural entre las relaciones heterosexuales y homosexuales*¹⁰² (el resaltado es mío).

101 Traducción personal del inglés.

102 Traducción personal del inglés.

Como veremos en la siguiente sección, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 adoptará este razonamiento para ir más allá y afirmar que negar el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no es otra cosa que simple discriminación.

4. Una nueva esperanza: Las posibilidades del sistema interamericano

Querido lector: Tengo que hacerle una confesión. Cuando este texto fue originalmente concebido, allá a inicios de 2016, todavía no era sabido que Costa Rica presentaría a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva en torno al reconocimiento jurídico del patrimonio de las parejas del mismo sexo.

Para entonces, me preguntaba si frente a los inconvenientes del DIDH con el matrimonio igualitario, el sistema interamericano podría darnos una respuesta más auspiciosa que la de sus pares¹⁰³. Creía además que la Convención Americana ofrecía una avenida de solución que, de ser bien calibrada, tendría la capacidad de borrar los efectos de algunas de las decisiones de los sistemas vecinos.

Éste era mi argumento. Si bien la Convención Americana no hace referencia explícita a la orientación sexual, su artículo 17.2, referido al derecho a contraer matrimonio, contiene una particular redacción en su parte final, ausente en los textos de sus pares:

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 que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención* (el resaltado es mío).

El principio en cuestión, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana¹⁰⁴, ha sido interpretado por la Corte IDH en la sentencia *Atala Riffo y niñas*¹⁰⁵ del modo siguiente:

91. *Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, [...] 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* (el resaltado es mío).

Estaba convencido de que, a partir de esta interpretación, en el ámbito de la Convención Americana las normas internas sobre el matrimonio siempre estarían limitadas por este principio. ¿Era la ausencia de reconocimiento jurídico (matrimonial o no) de las parejas del mismo sexo en un Estado una violación de este principio? ¿Tienen los Estados la obligación positiva de regular el matrimonio de acuerdo con estas pautas? Para mí, las posibilidades de respuesta bajo el marco interamericano mostraban, al menos teóricamente, un mejor augurio.

103 Total, si consideramos que en estricto *Pérez Meza* es una situación de inadmisibilidad, podría decirse que antes de la Opinión Consultiva OC-24/17, ni la CIDH ni la Corte IDH habían emitido pronunciamiento de fondo alguno en torno al matrimonio igualitario.

104 El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que: “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”.

105 Esta misma interpretación ha sido reiterada en los tres casos contenciosos posteriores de la Corte IDH que han abordado cuestiones sobre la orientación homosexual: *Duque Vs. Colombia, Flor Freire Vs. Ecuador y Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*.

A esto se sumaba que en *Atala Riffo* la Corte Interamericana también realizaba un frontal rechazo a la doctrina del margen de apreciación en esta región:

92. [...] la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.

Parecía así que era oportuno hacerle la pregunta al sistema interamericano. Total, ya estábamos en el tercer ciclo del matrimonio igualitario, donde el número de Estados que reconoce el afecto *marica* sigue creciendo. Hoy, cualquier decisión de la CIDH o la Corte IDH sería mejor que la inadmisibilidad en *Pérez Meza*, que ocurrió cuando la línea de tiempo a favor del matrimonio igualitario era inexistente.

Pero faltaba que llegue un caso contencioso para demostrarlo. De pronto, cortando la ruta con garrocha, llegaba la Opinión Consultiva OC-24/17. En la solicitud, presentada por Costa Rica en mayo de 2016, se preguntaba al tribunal acerca de “la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”¹⁰⁶.

Sin hacer explícita la existencia de una obligación convencional inmediatamente exigible alrededor del matrimonio igualitario¹⁰⁷, el tribunal respondería al Estado señalando que:

182. [...], con respecto al artículo 17.2 de la Convención, la Corte considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, *esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia*. Para esta Corte, el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.

191. [...] [el tribunal] no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente

106 La otra cuestión consultada se refería a “la protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la Convención Americana al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.

107 De hecho, la Corte IDH reconoció que:

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo, por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. *No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.*

198. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales. Como fue constatado por este Tribunal, las implicaciones del reconocimiento de este vínculo familiar permean otros derechos como los derechos civiles y políticos, económicos, o sociales así como otros internacionalmente reconocidos. Asimismo, la protección se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (el resaltado es mío).

En ese sentido, señala la Corte IDH que:

220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un *test* estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

Y que, por lo tanto,

224. [...] *crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia [...] estigmatizante.* Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos, pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo.

228. [...] *Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.* Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo [...] (el resaltado es mío).

Con estas afirmaciones, la Corte IDH se distanciaba kilométricamente de los sistemas universal y europeo para afirmar a viva voz lo que sus pares no se habían atrevido: que la creación de instituciones no matrimoniales sólo para parejas del mismo sexo constituye un acto discriminatorio por orientación sexual. Que, si hay matrimonio, éste siempre debe ser igualitario. Y que no cabe margen de apreciación alguno que justifique la intangibilidad de las instituciones afectivas.

¿Cuáles serán las ondas expansivas de esta decisión? La Opinión Consultiva OC-24/17 coloca indudablemente al sistema interamericano en la delantera del reconocimiento jurídico internacional de las sexualidades no hegemónicas. Pero, ¿tendrá esta decisión la

capacidad de impactar a los vecinos? ¿Se dejará persuadir el TEDH con este planteamiento para desechar por fin la doctrina del margen de apreciación? ¿Se animará el CDH a revertir *Joslin* en algún nuevo caso?

Hablando del sistema europeo, en *Orlandi* el TEDH (2017) ya ha afirmado que la doctrina del margen de apreciación encuentra un límite cuando el derecho invocado se relaciona con “facetas de la existencia e identidad del individuo”. Esta formulación ha sido aplicada con éxito en el caso *Goodwin* para afirmar que el reconocimiento jurídico de las identidades trans* no puede entregarse más a la discrecionalidad de los Estados. ¿Se animará el TEDH a aplicar este razonamiento en algún caso próximo que involucre la pregunta sobre el matrimonio igualitario? O lo que sería mejor, ¿utilizará la Opinión Consultiva OC-24/17 en su respuesta?

Esta decisión plantea también un reto de implementación a nivel de los Estados de esta región, pues a diferencia de las sentencias en los casos contenciosos, las opiniones consultivas carecen de un proceso formal de supervisión de cumplimiento. Tocaré que la Corte IDH apele a la buena fe de los Estados para que la Opinión Consultiva OC-24/17, vía control de convencionalidad, también sea aplicada espontáneamente por nuestros funcionarios estatales. Se hace vital entonces incidir en la ruta *de abajo hacia arriba* para que esta decisión no se convierta en una pieza de exhibición de museo.

Lo cierto es que el próximo caso contencioso sobre matrimonio igualitario que llegue al sistema interamericano tendrá un camino casi asegurado hacia el altar. Yo conozco al menos la petición de una pareja contra Ecuador, que duerme ya durante varios años el sueño de los justos en la sección de registro de la CIDH. Lamentablemente, la ruta procesal interamericana no es expedita, por lo que podrían pasar algunos años hasta que la opinión consultiva sea aplicada a un caso concreto en la vía internacional.

Por último, creo que las decisiones en *Joslin* y *Schalk y Kopf*, que causaron tanto daño en el camino *marica* hacia el altar, podrían ser finalmente revertidas si los sistemas universal y europeo deciden aplicar la propuesta argumentativa de la Opinión Consultiva OC-24/17. ¿Será el sistema interamericano el gran referente de sus pares para *dis-locar* de una vez la *heteromirada* del *cis-tema*¹⁰⁸ del Derecho Internacional Público? Qué duda cabe que hoy vivimos en un mejor momento para el matrimonio igualitario en el mundo. Pero desconfíe, *querido lector*. A veces el Derecho puede ser nuestro aliado menos confiable.

Y ya no comparé distancias,
no existían nombres ni medidas
y la única belleza fue la imposible de tocar,
de contemplar, de retener
porque el deseo no se puede nombrar,
solo padecer.

Violeta Barrientos Silva
"Las imposibles orquídeas"

108 Cuando digo *cis-tema* me refiero al régimen que, como estructura de normalización de las identidades, es creado por la cisgeneridad.

Referencias bibliográficas

- Barrientos, S. (1992). *El innombrable cuerpo del deseo*. Lima: Intermezzo tropical.
- Brundage, J. (2000). *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Díez, J. (2015). *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781316162804>
- Falconí Trávez, D. (ed.) (2018). *Inflexión Marica. Escrituras del descalabro gay en América Latina*. Barcelona: Egales.
- Gallo, D. et. al. (2014). *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-35434-2>
- García Lorca, F. (2005). *Sonetos del amor oscuro*. Madrid: Altera.
- Gimeno, B. y Barrientos, V. (2009). La institución matrimonial después del matrimonio homosexual. *Íconos* (35), 19-30. <https://doi.org/10.17141/iconos.35.2009.379>
- Keck, T. (2014). *Judicial Politics in Polarized Times*. Chicago: University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226182551.001.0001>
- Legg, A. (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199650453.001.0001>
- Pierceson, J. et. al. (2013). *Same-Sex Marriage in Latin America: Promise and Resistance*. Maryland: Lexington Books.
- Ragone, S. (2013). El matrimonio homosexual en Europa, entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, 16 (1), 241-261.
- Rosenberg, G. N. (2008). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press. <https://doi.org/10.2307/2075854>
- Zelada, C. J. y Neyra Sevilla, C. (2017). Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú. *Ius et Veritas* (55), 90-111. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.006>

Sentencias

- Corte IDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- (2016a). *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- (2016b). *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- (2018). *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

Observaciones, Resoluciones, Recomendaciones, Informes y Opiniones Consultivas

- CIDH / Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001). Informe No. 96/01 (Inadmisibilidad). Petición 19-99: José Alberto Pérez Meza (Paraguay), 10 de

octubre de 2001.

- Corte IDH / Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- OHCHR / Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1994). *Nicholas Toonen v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).
- (2002). *Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002).
- (2003). *Edward Young v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).
- (2007). *X v. Colombia*, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007).
- TEDH / Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1981). *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45.
- (2003). *Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX.
- (2008). *Goodwin v. the United Kingdom*, no. 65723/01, 22 January 2008.
- (2010). *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.
- (2013). *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, ECHR 2013.
- (2014). *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, ECHR 2014.
- (2015). *Oliari and Others v. Italy*, nos. 18766/11 and 36030/11, 21 July 2015.
- (2016). *Chapin and Charpentier v. France*, no. 40183/07, 9 June 2016.
- (2017a). *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, 14 December 2017.
- (2017b). *Ratzenböck and Seydl v. Austria*, no. 28475/12, 26 October 2017.