

2014

AMICUS CURIAE ante la Honorable Corte Constitucional de Yucatán, México

Macarena Saez
msaez@wcl.american.edu

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.wcl.american.edu/pub_disc_briefs

Recommended Citation

Saez, Macarena, "AMICUS CURIAE ante la Honorable Corte Constitucional de Yucatán, México" (2014). *Amicus Briefs*. Paper 9.
http://digitalcommons.wcl.american.edu/pub_disc_briefs/9

This Amicus Brief is brought to you for free and open access by the Public Discourse at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in Amicus Briefs by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

Informe AMICUS CURIAE

ante la Honorable Corte Constitucional de Yucatán, México

PREPARADO POR EL PROYECTO DE LITIGIO DE ALTO IMPACTO

AMERICAN UNIVERSITY – WASHINGTON COLLEGE OF LAW

A solicitud de la ciudadana mexicana, Licda. Consuelo Ramírez, Maestra en Psicología Educativa, con domicilio legal en la calle 24-A #92-A x 21. Colonia Itzimmá, Mérida, Yucatán, el Proyecto de Litigio de Alto Impacto (ILP) de la Facultad de Derecho de American University Washington College of Law, con domicilio en 4801 Massachusetts Ave. N.W. Washington D.C., Estados Unidos y representada por su Directora Académica, Profesora Macarena Sáez, respetuosamente presenta ante la Honorable Corte Constitucional de Yucatán, México el presente *Amicus Curiae* en el caso *Acción por Omisión Legislativa o Normativa v. el H. Congreso del Estado de Yucatán*. (Acción por Omisión 1/2014). Este informe ha sido preparado por Macarena Sáez¹ y Nicole Duffau Valdés.²

I. Declaración de Intereses del Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law

El Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law busca promover el estado de derecho y la democracia en las Américas a través del litigio internacional de casos cruciales que permitan promover, mejorar y fomentar el desarrollo de la jurisprudencia y los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Como proyecto patrocinado por una institución académica, no está comprometido con grupos de interés o causas particulares. Su interés en el caso que esta Honorable Corte tiene a la vista, es el debate de fondo, referido al matrimonio igualitario, para lo cual entregaremos información que permita a esta corte no perder de vista el debate real en que se centra este caso, entregando elementos jurisprudenciales que permitan una visión amplia de la tendencia y de los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia.

II. Objetivo

El objetivo de este informe es entregar a esta Corte elementos de derecho comparado a fin de que estos sean tomados en consideración al momento de fallar este caso. Este amicus centra su atención en el rol de las cortes como generadoras de cambio y la realidad que han

¹ Profesora de Derecho y Directora Académica del Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law en Washington D.C.

² LL.M. en Derechos Humanos y Género de American University Washington College of Law.

enfrentado en el tema de matrimonio igualitario. Como ilustra este informe, todos los tribunales que han fallado a favor del matrimonio igualitario, independiente del mecanismo por el que han llegado a conocer del tema, han basado sus sentencias en el respecto a los principios constitucionales de igualdad y autonomía. Asimismo, la relación y tensión entre la función política y la función judicial se repite en todos los países donde el matrimonio igualitario se ha consolidado, ya sea por vía política o por vía judicial. Este informe presenta a esta Honorable Corte algunos ejemplos de países en que los más altos tribunales han resuelto controversias similares en cuanto al déficit de protección constitucional derivado de la falta de matrimonio igualitario. Estos ejemplos muestran un común denominador en cuanto a la forma de resolver estas controversias.

III. Organización del *Amicus Curiae*

Este informe se divide en las siguientes secciones. En la Sección 1 analizaremos el rol de las cortes cuando el voto de las mayorías ha generado legislación que impide el acceso al matrimonio a las parejas de un mismo sexo, refiriéndonos de manera específica al caso de los estados de Virginia y California en los Estados Unidos. La Sección 2 analiza las diferentes hipótesis de relación entre los poderes políticos y el poder judicial en relación con el matrimonio igualitario. La primera hipótesis muestra el trabajo de los tribunales cuando han sido llamados a determinar la constitucionalidad de reformas legislativas en pos del matrimonio igualitario, particularmente los casos de España y Francia. La segunda hipótesis analiza la situación contraria, cuando son los tribunales los que han ordenado a los legisladores modificar estatutos a fin de extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo. El informe se enfoca específicamente en la situación de Sud África y de Colombia. La tercera hipótesis se refiere a casos en que los tribunales han ordenado a órganos administrativos hacer efectivo el matrimonio igualitario. Este es el caso en particular de Brasil. Finalmente, esta sección muestra cómo una decisión que no ordena directamente la apertura del matrimonio igualitario puede tener el efecto de cambiar el escenario de litigio sobre matrimonio y abrir la puerta al matrimonio igualitario de manera paulatina. Este es el caso reciente de los Estados Unidos con la decisión de la Corte Suprema en *United States v. Windsor*. La Sección 3 realiza un análisis resumido de los principios constitucionales de igualdad, autonomía y dignidad, dado que son recurrentemente utilizados por los tribunales que se han pronunciado sobre

matrimonio igualitario y finalmente la Sección 4 entrega algunas conclusiones que esperamos sean de utilidad a esta Honorable Corte.

1. El rol de las cortes cuando el voto de las mayorías ha generado legislación que impide el acceso al matrimonio a las parejas de un mismo sexo.

En aras de sintetizar la experiencia de algunas cortes en este punto, nos referiremos a la experiencia de dos estados federados en Estados Unidos, donde las cortes estatales y federales han revocado legislación originada en referendos populares que negaban el acceso al matrimonio a parejas de igual sexo.

Los estados a los que nos referiremos son Virginia y California. Las decisiones sobre el fondo del asunto de todos los tribunales involucrados en los casos mencionados más adelante centraron sus argumentos en los principios constitucionales del debido proceso e igualdad.

1.1. El estado de Virginia.

Varios fueron los mecanismos utilizados por el estado de Virginia para prohibir el reconocimiento de la relación de pareja entre personas del mismo sexo. Desde 1975, el código de Virginia prohibía expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. A mediados de los noventa, cuando la Corte Suprema de Hawai legalizó el matrimonio, Virginia amplió dicha prohibición al establecer que los matrimonios de parejas del mismo sexo celebrados fuera de su jurisdicción eran nulos y que los derechos contractuales creados por estos, además de nulos, no podían exigirse dentro del estado.³ En el 2004 se sumó a esta lista de relaciones prohibidas las uniones civiles entre personas del mismo sexo.⁴

Los esfuerzos para evitar el reconocimiento legal de las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo se consolidaron en la Enmienda Marshall/Newman, un proyecto de modificación de la Constitución de Virginia que persiguió establecer como único matrimonio legal reconocido, el celebrado entre un hombre y una mujer. Además, prohibía la creación de legislación o reglamentos que dieran origen o reconocieran algún estatus legal a las relaciones

³ *Bostic v. Schaefer* (formely *Bostic v. Rainey* (case n° 2: 13cv395)). Pag 20.

⁴ Affirmation Marriage Act. Ver Va. Cod Ann. Art. 20-45.3.

no matrimoniales que se asimilaran al matrimonio. Y por último, prohibía la creación o reconocimiento de cualquier otro tipo de uniones o *partnerships* a las que se les asignaran los mismos derechos, beneficios, obligaciones, cualidades o efectos del matrimonio.⁵

Para que este proyecto de modificación constitucional se convirtiera en una realidad, requería la aprobación de la asamblea general en dos sesiones separadas y la ratificación de la ciudadanía. Es así como en 2005 y 2006 la Asamblea general aprobó la modificación y el noviembre de 2006 la ciudadanía la ratificó con un 57% de votos a favor y 43% en contra.⁶

Esta modificación constitucional prohibió no solo el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también negó el reconocimiento a otro tipo de uniones y a los matrimonios celebrados legalmente en otras jurisdicciones.⁷

En Julio de 2013, se presentó una demanda en contra del estado de Virginia alegando la inconstitucionalidad de las leyes que regulan el matrimonio como violatorias del debido proceso y del principio de igualdad.⁸ En Febrero de 2014 la Corte del Distrito de Virginia dictó sentencia declarando la inconstitucionalidad de las leyes regulatorias del matrimonio en Virginia.⁹ En su conclusión, la corte indicó que para aquellas personas y los hijos/as de estas que optan por el matrimonio, las leyes aseguran que dicho matrimonio entregue importantes beneficios y obligaciones legales, financieras y sociales. Por ello es importante que el rol del gobierno en la definición de matrimonio y la determinación de dichos beneficios y obligaciones pase por el escrutinio constitucional. Aquellas leyes que no se ajusten al mandato constitucional deben eliminarse aun cuando estén legitimadas por una profunda herencia religiosa.¹⁰

El fallo de esta corte fue apelado ante la Corte Federal del Cuarto Circuito, cuya jurisprudencia afecta a tres estados más (Carolina del Norte, Carolina del Sur y Virginia del Oeste). El 28 de julio de 2014 la Corte Federal confirmó la sentencia de primera instancia.¹¹

⁵ Constitución de Virginia. Art I (15-A).

⁶ *Bostic v. Schaefer*, *Supra* nota 3, Pag. 22.

⁷ Código de Virginia sección 20-45 y 20-45.3.

⁸ *Bostic v. Schaefer*, *Supra* nota 3, Pag. 24

⁹ *Id.*, Pag. 62-63.

¹⁰ *Id.*, Pag. 38-39.

¹¹ *Id.*

El Tribunal afirma que como indicaron los apelantes, la Enmienda Marshall/Newman es la codificación legal de la voluntad de los votantes, acompañada de un fuerte debate social y político.¹² La corte reconoce la importancia que tiene para una democracia que los ciudadanos/as hagan oír sus voces a través del voto, sin embargo, la Corte estableció que: "...la sola voluntad del pueblo no es un interés lo suficientemente independiente para obligar a que se garantice la privación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo".¹³

"el propósito central de la Carta de Derechos es remover ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de las autoridades y establecerlos como principios legales que las cortes deben aplicar. El derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad, a la libertad de expresión.... y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; ellos no dependen del resultado de ninguna elección."¹⁴

La corte concluyó que aunque exista un interés del federalismo en definir el matrimonio, o existió un proceso democrático para determinar legalmente dicha definición, no podría justificarse ley alguna que viole el derecho a casarse.¹⁵

En ambas instancias, las cortes condenaron al estado de Virginia por violaciones constitucionales al derecho al debido proceso y al principio de igualdad.

1.2. El estado de California

Otro caso que comparte características similares al anterior, pero con una mayor complejidad es el que presenta el estado de California.

California es un estado que antes de 2004 emitía certificados de matrimonio a parejas del mismo sexo, aun cuando la ley indicaba que el matrimonio era la unión entre un hombre y una mujer. Esta práctica terminó con la presentación de una demanda y posterior fallo de la Corte Suprema de California en el caso conocido como *Lockyer*¹⁶. La Corte en dicha oportunidad indicó que las autoridades habían actuado fuera del margen de la ley ya que no

¹² *Id.*, Pag. 49.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*, citando *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638, 63 S.Ct. 1178, 87 L.Ed. 1628 (1943).

¹⁵ *Id.*, Pag. 50.

¹⁶ *Lockyer v. City and County of San Francisco* (2004) 33 Cal. 4th 1055.

existía una decisión judicial que declarara la inconstitucionalidad de la norma que regulaba el matrimonio en ese entonces.

En base al fallo anterior es que se presentó una demanda solicitando la declaración de inconstitucionalidad de las normas que regulaban el matrimonio en California, caso conocido como *In Re Marriage Cases*¹⁷. A diferencia de lo ocurrido en Virginia, el estado de California ya reconocía legalmente otros tipos de uniones entre personas del mismo sexo a través de las cuales las parejas gozaban de los mismos derechos y obligaciones que generaba la institución del matrimonio. La Corte en este caso se planteó como cuestión a determinar si la constitución del estado de California prohibía al estado crear reglamentos separados, uno para parejas de sexo distinto y otro para parejas del mismo sexo, con el fin de que estas gozaran del derecho al reconocimiento oficial de su relación familiar, considerando que en ambas uniones las obligaciones y derechos eran las mismas que se asociaban a la institución del matrimonio, pero el nombre asignado a las uniones de parejas de distinto sexo era matrimonio mientras que a las uniones entre parejas del mismo sexo se les llamaba “*domestic partnership*”.¹⁸ La Corte buscó determinar si bajo estas premisas se violaban los derechos establecidos en la Constitución al asignar un nombre diferente al de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

En su fallo de Mayo de 2008, la Corte declaró inconstitucional los reglamentos que reservan la designación de matrimonio solo para parejas heterosexuales y negaban el acceso a dicha designación a las parejas de un mismo sexo, usando para ello el principio de igualdad.¹⁹ Ante la decisión de la Corte Suprema de California, ese mismo año la ciudadanía se movilizó para solicitar una modificación a la Constitución. Esta iniciativa legislativa conocida como Proposición 8 fue aprobada por voto popular y enmendó la constitución de California definiendo el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.²⁰ A pesar de que este procedimiento de modificación constitucional trató de ser impugnado judicialmente, la Corte Suprema de California indicó que este se había realizado ajustado a derecho.²¹

¹⁷ *In Re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757, 183 P.3d 384 (2008)

¹⁸ *Id.*, Pag. 3-4.

¹⁹ *Id.*, Pag 118.

²⁰ Constitución del Estado de California, art I, sección 7.5.

²¹ *Strauss v. Horton*, 46 cal. 4th 364, 474-475, 207 P. 3d 48, 122 (2009)

Ante lo ocurrido, se presentó una demanda ante la Corte del Distrito Federal solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la Proposición 8, basándose en los principios constitucionales del debido proceso e igualdad.²² En su fallo la Corte indicó como cuestiones a resolver 1) si existía o no evidencia que respaldaran la posición del estado de California para negarse a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, 2) si California había presentado pruebas suficientes de tener un interés en diferenciar las uniones entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo, y 3) si se había prueba para determinar que la Proposición 8 representaba más bien una posición moral de carácter privada que no avanzaba un interés público legítimo.²³ En relación al punto 3 el tribunal señaló no haber encontrado fundamentos de racionalidad que apoyaran el fin que tenía la Proposición 8, por lo que solo podía inferir que dicha Proposición se fundaba en la creencia que las parejas de un mismo sexo no eran tan iguales a las parejas de distinto sexo. A este respecto, la Corte fue clara al señalar que aun cuando existiera una desaprobación moral de la homosexualidad, animosidad en contra de personas gay y lesbianas, o la creencia que una relación de pareja es inherentemente mejor cuando se da entre un hombre y una mujer, estas creencias no eran fuente apropiada para legislar.²⁴

Adicionalmente, la Corte enfatizó que la obligación del estado de California no era la imposición de códigos molares a sus ciudadanas/os, sino tratarlos a todos con igualdad.²⁵ De acuerdo al tribunal, lo que hizo la Proposición 8 fue validar un punto de vista moral que consideraba que las parejas del mismo sexo no eran tan buenas como las parejas de sexo diferente.²⁶ Es así como la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Proposición 8, ya que esta violaba los principios constitucionales del debido proceso e igualdad.

Frente a la decisión de la Corte de Distrito Federal, algunos miembros de la sociedad civil apelaron el fallo ante la Corte Federal del Noveno Circuito. Dicha Corte autorizó a los peticionarios actuar en juicio ya que las autoridades gubernamentales se negaron a apoyar la

²² *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 974 (N.D. Cal. 2010) aff'd sub nom. *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) vacated and remanded sub nom. *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652, 186 L. Ed. 2d 768 (U.S. 2013).

²³ *Id.*, Pag. 60 a la 85.

²⁴ *Id.*, Pag. 132.

²⁵ *Id.*, Pag. 133.

²⁶ *Id.*

Proposición 8. La Corte confirmó el fallo declarando la inconstitucionalidad de la Proposición 8 bajo las premisas de debido proceso y el principio de igualdad.²⁷

“Al utilizar el poder de presentar iniciativas legislativas en contra de una minoría y privarla de un derecho que ya poseen sin una razón legítima para ello, los/as ciudadanos/as de California incurrieron en la violación de la cláusula de igualdad de protección.”²⁸

“...los/as ciudadanos/as de California no pueden, de conformidad con la Constitución Federal, incluir en su constitución estatal enmiendas cuyo único efecto práctico es el de privar a gays y lesbianas de su derecho a usar la designación oficial que el estado y la sociedad ha dado a una relación de pareja comprometida, afectando de esta manera el estatus y dignidad de los miembros de una clase desfavorecida.”²⁹

Esta decisión llegó a conocimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con el fin de que esta se pronunciara, por una parte, sobre si la cláusula de igualdad prohibía al estado de California definir el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, y por la otra sobre si el estado de California, habiendo reconocido con anterioridad el derecho a casarse de las parejas del mismo sexo, podía dejar dicha decisión en manos de un referéndum.³⁰

La Corte Suprema de Estados Unidos no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino más bien señaló que los peticionarios no tenían competencia para apersonarse en un juicio federal donde se reclamaba la defensa de un interés estatal general, competencia que solo recaía en las autoridades de dicho estado, pues son estas las que debe representar en la instancia federal dichos intereses y no particulares. La Corte anuló el fallo de la Corte Federal del Noveno Circuito por falta de jurisdicción para conocer de la apelación de la sentencia emitida por la Corte de Distrito Federal. Consecuentemente, el fallo de la Corte de Distrito

²⁷ *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) vacated and remanded sub nom. *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652, 186 L. Ed. 2d 768 (U.S. 2013).

²⁸ *Id.*, Pag. 79.

²⁹ *Id.*, Pag. 80.

³⁰ *Hollingsworth v. Perry*, *Supra* nota 22, Pag. 1.

Federal es la que definió este caso cuyo resultado consolidó el matrimonio igualitario en California.

Tanto en el caso de California como en el de Virginia vemos tribunales enfrentados a tener que definir si el matrimonio igualitario es un tema de derechos que debe ser fallado en foro judicial, o si se trata de un tema que corresponde a los órganos políticos y, por ende, a las mayorías. Ambos casos muestran una animadversión de las mayorías hacia las parejas del mismo sexo. En el caso de Virginia la legislación había ido tan lejos hasta prohibir cualquier regulación que pudiera otorgarle protección a las parejas y familias del mismo sexo. En ambos casos son los tribunales los que terminan la controversia rechazando que el matrimonio igualitario sea un tema de carácter político que se puede dejar a las mayorías. Al igual que el matrimonio interracial unos años antes,³¹ es un tema de Igual Protección ante la ley del que no pueden desentenderse los tribunales.

2. Modificación legislativa en relación al matrimonio igualitario como mandato judicial.

En esta sección nos referimos al papel que han jugado los tribunales en aquellos casos donde ha habido un mandato judicial de modificar la legislación. A través de decisiones judiciales algunas cortes han avalado el trabajo del legislador confirmando la constitucionalidad de reformas legislativas que han abierto el matrimonio a parejas del mismo sexo; otras decisiones han ordenado modificar el ordenamiento jurídico, u ordenado a los organismos públicos el registro de los matrimonios entre parejas de un mismo sexo ya sea porque la legislación vigente es discriminatoria, o porque la legislación no lo prohíbe expresamente.

2. 1. Decisiones judiciales que han avalado el trabajo del legislador en el tema del acceso al matrimonio a parejas de un mismo sexo.

a. España

España cuenta con legislación referida al matrimonio igualitario desde el 2 de julio de 2005 con la publicación de la ley 13/2005, que vino a modificar el Código Civil español

³¹ La prohibición en los Estados Unidos de matrimonio entre personas de diferente raza fue ordenado por la Corte Suprema en *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

ampliando el acceso al matrimonio a las parejas de un mismo sexo. Ese mismo año representantes de los partidos políticos opuestos al cambio legislativo presentaron ante el tribunal constitucional español una demanda solicitando declarar la inconstitucionalidad de dichas modificaciones.³²

El Tribunal Constitucional español decidió centrar su análisis en la compatibilidad entre la norma del Código Civil impugnada y la norma del art 32 n° 1 y 2 de la Constitución española.³³ “Nuestra jurisprudencia ha interpretado el art. 32 CE en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el matrimonio, en la Constitución española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional”³⁴.

La Corte enfocó su análisis en dos temas 1) si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, 2) si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio.³⁵

La Corte concluyó respecto de la cuestión 1 que la categoría de garantía institucional en la jurisprudencia española persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Su configuración institucional concreta se deja en manos del legislador ordinario, cuyo único límite constitucional es el núcleo de la institución que se dispuso por la Constitución.³⁶

“... no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional

³² Supremo Tribunal Constitucional de España (STC). Sentencia 198/2012 sobre recurso de inconstitucionalidad de la ley 13/2005. 6 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20674>

³³ Artículo 32 de la Constitución española. “1) El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2) La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”

³⁴ Supremo Tribunal Constitucional de España (STC), *Supra* nota 32.

³⁵ *Id.*, Párr 6.5.

³⁶ *Id.*, Párr 7.1.

de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.”³⁷

Respecto de la cuestión 2, la Corte señaló que atendida su ubicación en el texto constitucional este derecho fundamental carece de protección por vía de amparo constitucional, pero goza de la garantía de preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador.³⁸

La Corte en este sentido señaló que no se encontraba frente a una cuestión relativa a la ampliación de titulares del derecho a casarse, ya que este derecho es de titularidad individual, pero atendido a que su ejercicio no es individual, se estaba frente a la modificación de las formas en que este derecho era ejercido.³⁹ Consecuentemente, la Corte planteó que lo que debía resolverse era si la aprobación de la ley 13/2005 impedía el ejercicio de este derecho a las parejas heterosexuales en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, concluyendo que la modificación no afectaba de manera alguna el derecho de las parejas heterosexuales.⁴⁰

“Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad...que han de orientarse a la

³⁷ *Id.*, Párr 9.15.

³⁸ *Id.*, Párr 10.1.

³⁹ *Id.*, Párr 11.1.

⁴⁰ *Id.*, Párr 11.1.

plena efectividad de los derechos fundamentales..., además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental...”⁴¹

b. Francia

Situación parecida ocurrió en Francia cuando la asamblea nacional aprobó un proyecto de ley que permitía a las parejas de un mismo sexo acceder a la institución del matrimonio y a la adopción, iniciativa que posteriormente contó con el apoyo del senado, convirtiéndose en ley en el 2013.⁴² Los partidos políticos conservadores solicitaron al Consejo Constitucional declarar la inconstitucionalidad de la nueva ley.⁴³ En relación con la constitucionalidad del matrimonio igualitario, el Consejo indicó que las normas relativas al matrimonio se relacionan con el estatus de los individuos, por lo que el argumento dado por quienes demandaban la inconstitucionalidad de la ley en cuanto a que la Constitución no entregaba al legislador la competencia para determinar las características y condiciones que se requerían para contraer matrimonio, debía desestimarse.⁴⁴

Además, indicó que la regla que establecía que el matrimonio era la unión entre un hombre y una mujer, lo que en ningún caso afecta derechos y libertades fundamentales, soberanía nacional, o la organización pública de autoridades, no podía ser considerada un principio fundamental reconocido por las leyes y la constitución, agregando, que la idea que el matrimonio fuera “naturalmente” la unión entre un hombre y una mujer debía rechazarse.⁴⁵

El Consejo concluyó que la nueva legislación no violaba los derechos de los matrimonios establecidos con anterioridad a esta, y que en ningún caso atentaba contra el derecho al matrimonio, libertades personales y el derecho a mantener acuerdos legalmente establecidos.⁴⁶

⁴¹ *Id.*, Párr 11.4.

⁴² Ley n° 2013-404 del 17 de mayo de 2013 que abre el matrimonio a las parejas compuestas por personas de un mismo sexo. (Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe), y que modifica el artículo 143 del Código Civil francés señalando: “El matrimonio puede contraerse entre dos individuos de diferente sexo o de igual sexo”.

⁴³ Conseil Constitutionnel [CC] [Constitutional Court], *Decisión No 2013-669*, 17 de Mayo de 2013 (Fr). Disponible en inglés en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-137411.pdf>.

⁴⁴ *Id.*, Parr 20.

⁴⁵ *Id.*, Párr 21.

⁴⁶ *Id.*, Párr 23.

Tanto el caso de Francia como el de España muestran que una vez que el legislador decide ampliar el matrimonio a parejas del mismo sexo, no existe fundamento en derecho para restringir la actuación del legislador. A diferencia de lo que ocurre en los casos en que las legislaturas deciden restringir derechos, como los casos de California y Virginia, los tribunales han encontrado que las actuaciones de los legisladores en estos casos son correctas en base a la protección de derechos fundamentales. Estas decisiones (y otras similares como el caso de Canadá y de Portugal) analizadas en forma conjunta con decisiones donde las mayorías han restringido derechos como en el caso de Virginia y California, sirven para mostrar el rol de los tribunales como garantes de derechos en forma independiente de las opiniones personales y tendencias religiosas o políticas de una comunidad determinada.

2. 2. Decisiones judiciales que han ordenado al legislador que modifique su ordenamiento jurídico para que las parejas del mismo sexo tengan acceso al reconocimiento y protección legal de su estatus afectivo.

a. Sud África

En 2005 la Corte Constitucional Sudafricana (CCS) decidió el caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*.⁴⁷ Este caso abrió el matrimonio a parejas del mismo sexo en Sud África al reconocer que el matrimonio heterosexual dejaba sin una protección similar a las parejas del mismo sexo. La CCS le dio al poder legislativo un año de plazo para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴⁸ La decisión, emitida por el magistrado Albie Sachs se basó en los principios de igualdad y autonomía.

En *Fourie*, el primer problema que la decisión analizó fue si la ley “denegaba igual protección y discriminaba injustamente contra parejas del mismo sexo al no incluirlas dentro de la ley de matrimonio civil.”⁴⁹ Los argumentos del gobierno en contra de las demandantes fueron dos: 1) que no existía un derecho constitucional al matrimonio ya que la constitución “solo garantizaba a las parejas del mismo sexo el derecho a establecer sus propia forma de

⁴⁷ *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and another* [CC] [Corte Constitucional] (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCRL 355(CC); 2006(1) SA524 (CC) (1 Diciembre 2005) (S. Afr.).

⁴⁸ *Id.*, Parr. 1.

⁴⁹ *Id.*, Parr. 45.

vida familiar sin interferencia del estado.”⁵⁰ y 2) que el matrimonio históricamente y por naturaleza era una institución heterosexual.

La Corte sudafricana respondió a ambos argumentos de tal manera que reforzó el principio de igualdad y el rol de la constitución de proteger a las familias, más que a los matrimonios. El magistrado Sachs señaló que a pesar que el derecho a casarse podía no estar en la constitución, “esto no significa que la constitución no haga nada para proteger este derecho, y con ello el derecho a ser tratado con igualdad y dignidad al ejercerlo.”⁵¹

La decisión no se basa en la importancia del matrimonio sino en la importancia de tratar con igualdad a las personas en sus relaciones afectivas. Adicionalmente, la CCS señaló que una de las funciones más importantes del matrimonio era la obligación de brindar apoyo mutuo.⁵² Esta función no varía si las relaciones afectivas son entre parejas del mismo o de diferente sexo. El tono general de la decisión enfatizó que el significado del matrimonio no era tan importante como sí lo era el hecho que casarse era una opción privada que debía estar disponible para las parejas del mismo sexo, como consecuencia del derecho a la igualdad y el respecto a la dignidad.

Es importante destacar que la CCS no dejó al arbitrio del legislador la forma de reparar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo. Si bien le dio un mandato de un año para establecer la fórmula de reparación de dicho déficit, lo hizo de manera específica, incluso sugiriendo la modificación legal de la ley de matrimonio (Marriage Act).⁵³ La CCS estableció con claridad las consecuencias que la falta de acción del legislador provocaría:

“...la orden de esta Corte...es clara en cuanto que si el Parlamento fracasa en remediar el defecto legal dentro de los próximos doce meses, las palabras “o esposos” serán automáticamente leídas dentro de la sección 30(1) de la Ley de Matrimonio. En este caso la Ley de Matrimonio será, sin más, el instrumento legal que posibilitará a las parejas del mismo sexo lograr el status y los

⁵⁰ *Id.*, Parr. 46.

⁵¹ *Id.*, Parr. 47.

⁵² *Id.*, Parr. 65.

⁵³ *Id.* Parr. 158, 159.

beneficios y responsabilidades que hoy están disponibles a las parejas heterosexuales.⁵⁴

El legislador sudafricano promulgó la Ley de Unión Civil (*Civil Union Act*) de 2006 regulando tanto las uniones civiles como los matrimonios de parejas heterosexuales y del mismo sexo. Así, en Sud África hay tres estatutos que regulan el matrimonio:

1. Matrimonio según la Ley de Matrimonio de 1961 al que solo pueden acceder las parejas heterosexuales.
2. Matrimonio según la Ley de Unión Civil de 2006, por la que pueden acceder tanto al matrimonio como a la unión civil tanto parejas heterosexuales como del mismo sexo
3. Matrimonio según la Ley de Reconocimiento de Matrimonios Consuetudinarios (*Customary Marriages Act*) de 1998 por el que se reconocen los matrimonios celebrados por los pueblos indígenas africanos según sus usos y costumbres.

Lo interesante es que esta diversidad de estatutos conducen todos a los mismo derechos y obligaciones, incluyendo el nombre legal “matrimonio” para las parejas del mismo sexo con lo que se encuentran en igualdad de condiciones legales frente a las parejas heterosexuales que acceden al matrimonio a través de la Ley de matrimonio de 1961.

b. Colombia

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional tuvo a la vista una causa en que se acumularon dos demandas, las cuales solicitaban la revisión de preceptos legales relativos a la definición de matrimonio y familia,⁵⁵ con argumentos que diferían unos de otros.

⁵⁴ *Id.* Parr. 162.

⁵⁵ Artículo 113 del Código Civil colombiano. “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Artículo 2 inciso 1 de la Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”

Artículo 2 inciso 1 de la Ley 1361 de 2009. Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia. “DEFINICIONES. Para los efectos de esta ley, se entenderá por: Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

En este sentido nos referiremos a lo indicado por la Corte sobre la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del código civil colombiano: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. La Corte concluyó que este precepto no se encuentra afectado

“...por una omisión legislativa de carácter relativo, pues se limita a regular el matrimonio entre heterosexuales de un modo compatible con la Carta que, conforme se ha indicado, cuenta con expresa previsión en el artículo 42 superior, lo que no se opone a que el legislador defina los caracteres y alcances de una institución que, brindándole a las parejas homosexuales la alternativa de formalizar su unión, torne posible superar el déficit de protección anotado que no tiene su origen en la expresión acusada del artículo 113 de la codificación civil.”⁵⁶

Atendido a que la Corte entendió que la institución que el legislador regula es la del matrimonio entre heterosexuales, indicó que corresponde al legislador crear una institución de carácter contractual que regule las uniones entre parejas de un mismo sexo. Señaló que esta omisión del legislador no implica que la norma del artículo 113 sea inconstitucional y “...que una institución contractual proporcionada por el legislador es la adecuada para superar el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo.”⁵⁷

“Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexequibilidad diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un exhorto al Congreso de la República, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de

⁵⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-577/11. Sobre demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1 del artículo 2 de la ley 294 de 1996 y en el inciso 1 del artículo 2 de la ley 1361 de 2009. De fecha 26 de julio de 2011.

⁵⁷ *Id.*

manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho.”⁵⁸

Es así como la Corte, en su fallo de fecha 26 de julio de 2011,⁵⁹ señaló que ante el evidente déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que permitiera a las parejas del mismo sexo gozar de un vínculo jurídico que las constituya como familia, requería de una respuesta urgente por parte del legislador, por lo que estableció un plazo para que el Congreso subsanara dichas deficiencias a través de la creación de legislación que solucionara este vacío legal.

El Tribunal estableció como fecha límite el 20 de junio de 2013, indicando que si a esa fecha el Congreso no había cumplido con lo ordenado,

“...las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión”⁶⁰

La Corte se refiere en su fallo al razonamiento utilizado para llegar a dicha conclusión al indicar que:

“...con la utilización de esta fórmula, la Corte busca respetar la facultad de apreciación de las circunstancias que atañe al órgano de representación popular y el alcance que le otorgue a su decisión legislativa, de manera que, si lo estima conveniente, pueda incluso prohijar un entendimiento de la expresión “parejas del mismo sexo”, más amplio que el empleado en esta sentencia.”⁶¹

El 20 de junio de 2013 se cumplió el plazo, y el Congreso colombiano no había legislado al respecto. Si no hay ley que regule las formalidades de estas uniones, cuales son entonces los efectos legales que pueden tener dichas formalidades? Después de varias semanas de desconcierto, las notarías públicas empezaron a emitir certificados de matrimonio

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

a las parejas de un mismo sexo y algunos jueces comenzaron a solemnizar los matrimonios de estas parejas.⁶² Al mismo tiempo, otros jueces comenzaron a declarar la nulidad de dichos matrimonios.⁶³ Esta situación generó nuevas solicitudes ante la Corte Constitucional Colombiana con dos demandas interpuestas por parejas de un mismo sexo. Aun no es claro cuándo la Corte se pronunciará sobre esta situación.⁶⁴ La sentencia colombiana fue similar a la sentencia sudafricana en su análisis respecto del déficit de protección constitucional que afecta a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, la Corte Constitucional no fue lo suficientemente específica en su mandato al legislador colombiano. A diferencia de la Corte Constitucional Sudafricana, la CC Colombiana dejó espacio al legislador para buscar una figura legislativa alternativa al matrimonio, aun cuando reconoció que la regulación de las uniones de hecho era insuficiente para proteger de igual manera a las parejas de igual y diferente sexo. La Corte sudafricana fue más específica en su mandato y por lo tanto dejó poco espacio al legislador sudafricano que, sin embargo, fue lo suficientemente creativo para encontrar una solución que mantuviera conforme a los grupos que se oponían a la expansión de la Ley de Matrimonio de 1961.

La diferencia de resultados entre Sud África y Colombia evidencian la necesidad de los tribunales de, una vez determinado un déficit constitucional de protección, establecer un mandato específico al legislador en cuanto a su obligación de disponer de mecanismos efectivos basados en el derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas.

2.3 Decisiones judiciales que han ordenado a los organismos públicos registrar matrimonios de parejas del mismo sexo ya sea porque consideran que la legislación existente es discriminatoria o por que la autoridad se niega a realizar los registros aun cuando la norma no lo prohíbe.

Brasil

El matrimonio entre personas del mismo sexo es oficialmente legal en todo Brasil desde 2013 después de una decisión del Consejo Nacional de Justicia que prohibió a las

⁶² Colombia Judge orders notary to perform same-sex marriage, Jurist, July 29, 2013. Disponible en: <http://jurist.org/paperchase/2013/07/colombia-judge-orders-notary-to-perform-same-sex-marriage.php>.

⁶³ Anulan segundo matrimonio entre parejas gay en Colombia, El Espectador, 18 de Octubre de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/anulan-segundo-matrimonio-entre-parejas-gay-colombia-articulo-453213>.

⁶⁴ Corte Constitucional Revive Discusión sobre Matrimonio Gay, Eltiempo.com, 20 de Febrero, 2014. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13528410>.

autoridades competentes negarse a emitir licencias, celebrar matrimonios civiles o convertir uniones estables en matrimonios respecto de parejas de un mismo sexo.⁶⁵ Este es un ejemplo de orden judicial dirigida no al legislador ni a la ciudadanía sino a las autoridades administrativas. Así, por vía judicial, los órganos administrativos no solo tienen la facultad, sino la obligación de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo que lo soliciten, así como la obligación de convertir a matrimonio las uniones civiles de las parejas que así lo requieran. La decisión que abrió el camino a un reconocimiento nacional de las parejas del mismo sexo fue emitida dos años antes por el Tribunal Supremo Federal de Brasil (FST).⁶⁶

El FST a través una Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y la Alegación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales (AIPF) 132, otorgó protección constitucional a las uniones de personas del mismo sexo. Este importante fallo reconoció a estas uniones como entidades familiares que gozaban de los mismos derechos y obligaciones que las uniones estables compuestas por un hombre y una mujer. Dicha decisión basó su razonamiento en el concepto de dignidad como autonomía.⁶⁷

La decisión argumentó que la Constitución brasileña de 1988 se refiere a la familia como un instrumento para proteger la dignidad de sus miembros y su libertad para disfrutar de los derechos fundamentales.⁶⁸ En consecuencia, la familia no es una unidad que restrinja derechos para adaptarse a obligaciones legales o incluso sociales. Por el contrario, la familia es el espacio que garantiza el desarrollo y la autonomía de sus integrantes.⁶⁹

La idea de dignidad estuvo presente en cada una de las opiniones que formaron la decisión final. La decisión indicó que la dignidad estaba en el núcleo de la autonomía individual.⁷⁰ Una de las opiniones señaló que el derecho a la dignidad significaba el derecho de un individuo a elegir cómo vivir su vida, y la creación de asociaciones que tienen

⁶⁵ Resolução Nº 175, May 14, 2013, Conselho Nacional de Justiça (Braz.)

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal [STF], ADI4277, Ação direta de inconstitucionalidade, May 5, 2011 (Brasil). opinión del Magistrado Ayres Brito

⁶⁷ *Id.*, Parr. 315.

⁶⁸ *Id.*, Opinión del Magistrado Luiz Fux Pag. 12.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*, Opinión del Magistrado Luiz Fu, Pag 15 y 16; Opinión del Magistrado Ayres Britto, Pag. 20, 26 y 35.

"dignidad legal."⁷¹ La dignidad es parte de un grupo central de derechos relacionados con la autonomía:

"las garantías de libertad de religión y estado laico previene que concepciones morales religiosas guíen el tratamiento que el estado da a los derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad, el derecho a la libre determinación, el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad de orientación sexual."⁷²

En esta decisión también se refirió a la dignidad de manera que esta pareciera implicar un derecho a la igualdad: *"uno no es más ni menos dignificado por el hecho de haber nacido hombre o mujer."*⁷³ El énfasis mayor, sin embargo, está dado en la dignidad relacionada con la autonomía.

Este fallo fue utilizado como pilar para la resolución 175 emitida por el Consejo Nacional de Justicia en 2013, el cual prohíbe a las autoridades competentes negarse a emitir licencias, celebrar matrimonios civiles o convertir uniones estables en matrimonios respecto de parejas de un mismo sexo. Más aun, la resolución indica que la negativa de estas obligaciones por parte de la autoridad competente implicará la comunicación inmediata al respectivo juez supervisor para que este tome las medidas que estime pertinentes.⁷⁴ La decisión del año 2011 tenía como base la igualdad y la autonomía derivadas del derecho a la dignidad humana, pero en ningún momento dicha decisión desarrolló una justificación para la diferenciación entre el matrimonio heterosexual y las uniones de personas del mismo sexo. Por lo mismo, era solo cuestión de tiempo hasta que el razonamiento de la decisión del 2011 se tradujera en la aceptación legal, por vía judicial o legislativa, del matrimonio igualitario.

La decisión colombiana antes mencionada tenía también un mandato a autoridades administrativas respecto de cómo actuar si el legislador no cumplía su parte del mandato. Lamentablemente, la orden de la Corte era tan vaga como el mandato al legislador. En ese sentido la decisión sudafricana es también superior a la colombiana puesto que estableció una

⁷¹ *Id.*, Opinión de la Magistrada Lucia, Parr. 8.

⁷² *Id.*, Opinión del Magistrado Marco Aurelio, Pag. 7.

⁷³ *Id.* Opinión del Magistrado Ayres Brito, Pag. 14.

⁷⁴ Resolução N° 175, *Supra* nota 65, Art 1 y 2.

modificación legal a través de su sentencia. Si el Congreso sudafricano no llegaba a una decisión, la sentencia efectuaba automáticamente el reemplazo legislativo.

2.4 Decisiones judiciales que no fallan directamente sobre matrimonio igualitario pero afectan la discusión de casos futuros

Estados Unidos: El caso Windsor

El 26 de junio de 2013 la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU) emitió por primera vez dos decisiones relacionadas directamente con el matrimonio igualitario: *Hollingsworth v. Perry (Perry)*⁷⁵ y *United States v. Windsor (Windsor)*.⁷⁶ En *Perry* la Corte Suprema no emitió una opinión sustantiva en relación a la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Debido a un tema procedimental, la decisión tuvo como efecto que se terminara la controversia sobre matrimonio igualitario en California y se confirmara la sentencia de instancia que ordenaba la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. El otro caso, *Windsor*, no se relacionaba directamente con la constitucionalidad del matrimonio igualitario sino que reclamaba la inconstitucionalidad de una norma federal que restringía para efectos federales el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. En esta decisión la CSEU podría haberse abstenido de hacer referencias sustantivas en favor o en contra del matrimonio igualitario. Sin embargo, decidió pronunciarse sobre la constitucionalidad de restringir el matrimonio a las parejas heterosexuales dejando la puerta abierta para que las cortes supremas estatales y las cortes distritales federales usaran posteriormente la sentencia *Windsor* para justificar decisiones favorables al matrimonio igualitario.

Windsor cambió el escenario del litigio sobre matrimonio igualitario en los Estados Unidos. Solo 13 meses después de la decisión, se han presentado más de 70 casos pidiendo la inconstitucionalidad de leyes que restringen el matrimonio a parejas heterosexuales y ha habido a lo menos 29 decisiones, todas ellas favorables al matrimonio igualitario.⁷⁷

⁷⁵ *Hollingsworth v. Perry*, *Supra* nota 22.

⁷⁶ *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2682, 186 L. Ed. 2d 808 (2013).

⁷⁷ Las estadísticas cambian día a día. Para un recuento detallado de las decisiones, ver la página web de la organización Freedom to Marry en <http://www.freedomtomarry.org/litigation>

En *Windsor* la CSEU debió decidir si la Sección 3 de la Ley de Defensa del Matrimonio (*Defense of Marriage Act*, conocida como DOMA), promulgada por el Congreso en 1996 es constitucional. Dicha Sección establece que para efectos federales:

“Al determinar el significado de cualquier estatuto legal (*Act*) del Congreso, o de cualquier decisión, regulación o interpretación proveniente de las oficinas y agencias administrativas de los Estados Unidos, la palabra “matrimonio” significa solo la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y esposa, y la palabra “esposa/o” se refiere solo a la persona del sexo opuesto que es un marido o una esposa.”⁷⁸

El estado de Nueva York reconoce desde el año 2008 los matrimonios de parejas del mismo sexo celebrados legalmente en otras jurisdicciones.⁷⁹ Edith Windsor y Thea Spyer se casaron en Ontario, Canadá, en 2007 y Thea Spyer murió en el año 2009 dejando como heredera única a Edith Windsor. Aun cuando su matrimonio era reconocido como válido en Nueva York, debido a la aplicación de la Sección 3 de DOMA Edith Windsor no podía beneficiarse de la exención tributaria federal para la esposa o esposo sobreviviente. Windsor pagó más \$300.000 dólares americanos en impuesto a la herencia dado que su matrimonio no tenía validez para efectos federales. Por ello, demandó ante los tribunales que el Servicio de Impuestos Internos Federal le rembolsara la cantidad pagada dado que se trataba de una violación a la cláusula de Igual Protección de la Constitución de los Estados Unidos. El gobierno de los Estados Unidos decidió no defender la Sección 3 de DOMA ante los tribunales, sin embargo, se negó a pagar a Windsor el monto exigido indicando que no podían hacerlo mientras la Sección 3 de DOMA estuviese vigente. Un grupo de congresistas (*Bipartisan Legal Advisory Group*, BLAG) decidió tomar la defensa de la constitucionalidad de DOMA. El caso llegó a la Corte Suprema donde esta accedió a revisar el caso.

En *Windsor* la CSEU dio razones basadas en la dignidad y el derecho a la igualdad para justificar la inconstitucionalidad del a Sección 3 de DOMA. Uno de los temas centrales del caso era si DOMA interfería con el poder de los estados para regular temas de derecho de

⁷⁸ Defense of Marriage Act, Section 3.

⁷⁹ *Martinez v. County of Monroe* (50 A.D.3d 189; 850 N.Y.S.2d 740)

familia. La CSEU tenía la posibilidad, por lo tanto, de haber fallado el caso desde la esfera específica de la división de poderes federales/estatales. La definición del matrimonio es la base para establecer la autoridad de los estados para regular el tema de las relaciones domésticas con respecto a la “protección de los descendientes, derechos de propiedad y el cumplimiento de responsabilidades maritales.”⁸⁰ La Corte además estableció que “consecuente con la distribución de la autoridad, el Gobierno Federal, a través de nuestra historia, ha entregado a las políticas estatales las decisiones sobre relaciones domésticas.”⁸¹ La CSEU podría haberse limitado a justificar la inconstitucionalidad en esta separación de funciones entre gobierno federal y estatal. Sin embargo, argumentó la inconstitucionalidad en base al derecho a la igualdad y la dignidad.

La decisión *Windsor* hizo mucho más que ordenar que el gobierno federal le rembolsara a la Sra. Windsor el monto pagado en impuestos federales. La decisión dio nueva fuerza al argumento de la discriminación a las parejas del mismo sexo al no reconocérseles el derecho a contraer matrimonio. El fallo puede ser criticable porque se basa en una idea glorificada del matrimonio, argumentando que el matrimonio dignifica a las personas que lo contraen: “Parece justo concluir que, hasta hace pocos años, muchos ciudadanos no habían si quiera considerado la posibilidad que dos personas del mismo sexo pudiesen aspirar a ocupar el mismo estatus y dignidad que el de un hombre y una mujer legamente casados.”⁸² La decisión luego agregó que “al reconocer la validez de matrimonios del mismo sexo celebrados en otras jurisdicciones y luego al autorizar las uniones y matrimonios del mismo sexo, Nueva York buscó entregar mayor protección y dignidad a ese vínculo.”⁸³ Sin embargo, a pesar de su visión restringida en cuanto a la protección de las familias no matrimoniales, entregó herramientas a otros jueces estatales y federales para trabajar hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario estado por estado.

Por ejemplo, en marzo de 2014 una corte distrital decidió que la Enmienda del Matrimonio en Michigan (*Michigan Marriage Amendment*) violaba la cláusula de Igual

⁸⁰ *Windsor, Supra* nota 76, Pag. 2691.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*, Pag. 2689.

⁸³ *Id.*, Pag. 2692.

Protección de la Constitución de Michigan.⁸⁴ La decisión citó la sentencia *Windsor* reiteradamente. Los demandados alegaron que la prohibición del matrimonio igualitario se justificaba porque el mejor ambiente para criar a los hijos era el de un padre y madre casados.⁸⁵ La Corte Distrital, siguiendo el razonamiento de *Windsor*, criticó duramente el argumento:

“En su intento por definir este caso como una impugnación de la ‘voluntad de la gente’ los demandados perdieron de vista el punto central de lo que se trata este caso: la gente. Ningún registro de este caso podría jamás mostrar completamente todos los sacrificios personales de los dos demandantes, que buscan la seguridad de que el estado no podrá nunca más afectar los derechos de sus hijos y de los miles de niños criados por parejas del mismo sexo. Esta Corte tiene la ferviente esperanza que estos niños crecerán ‘para entender la integridad y la cercanía de sus propias familias y la concordia de estas con otras familias de su comunidad y en sus vidas diarias. *Windsor*, 133 S. Ct. at 2694.”⁸⁶

Esta ola de decisiones sobre matrimonio igualitario ha alcanzado los estados más conservadores de Estados Unidos como Virginia.⁸⁷ *Windsor* también ha sido citado por legislaturas estatales que han decidido cambiar sus legislaciones e incluir el matrimonio igualitario. Por ejemplo, en Hawai el legislador ha decidido revisar su propia postura en cuanto al matrimonio. En octubre de 2013, el Fiscal General de Hawai emitió la Opinión Formal (*Formal Opinion*) 13-1 señalando que “el texto del artículo I sección 23 [de la Constitución de Hawai] no compele al legislador a limitar los matrimonios a un hombre y una mujer; le da al legislador la opción de hacerlo así.”⁸⁸ En Noviembre de 2013 el Senado de Hawai aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario (*Hawaii Marriage Equality Act*) de 2013. El Proyecto de ley contenía en sus primeros párrafos el nexo entre la nueva legislación y la decisión de la CSEU *Windsor*:

“La legislatura reconoce la decisión reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013), que estableció que la

⁸⁴ *DeBoer v. Snyder*, Civil Action No. 12-CV-10285.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Ver análisis de *Bostic v. Rainey* en *Supra* Sección 1.1.

⁸⁸ State of Hawaii, Office of the Attorney General, October 14, 2013, Op. No 13-1.

Sección 3 de la Ley de Defensa del Matrimonio, Ley Pública 104-199, ilegalmente discriminaba en contra de las personas casadas del mismo sexo al prohibir al gobierno federal reconocer esos matrimonios y negarles derechos federales, beneficios, protecciones y responsabilidades.”⁸⁹

3. Los principios constitucionales centrales para la discusión sobre matrimonio igualitario

3.1. La igualdad y la dignidad

El uso de la dignidad humana para resolver controversias constitucionales como la relacionada con la regulación del matrimonio igualitario es un análisis obligatorio en aquellos países en los que la Constitución basa su marco regulatorio en el respeto por la dignidad humana. Este fue el caso de la Corte sudafricana, la que ha dado un desarrollo amplio al concepto de dignidad.

Como ya mencionamos anteriormente, la Corte Constitucional Sudafricana en el caso *Minister of Home Affairs v. Fourie, de 2005* abrió las puertas al matrimonio igualitario. El caso *Fourie* no fue una decisión sobre la importancia del matrimonio, sino sobre igualdad, usando además un concepto de igualdad que no demanda asimilar a los grupos de orientación sexual diversa a la mayoría heterosexual. Al contrario, la decisión apoya la diversidad no solo respecto de las opciones individuales, sino también respecto de las familias que Sudáfrica está dispuesta a proteger.

Los párrafos 59 al 62 de la sentencia del caso *Fourie* se concentran en explicar “el derecho a ser diferente” describiendo el rol que le compete a la constitución sudafricana como representación de “ruptura radical con el pasado, un pasado que se basó en la intolerancia y la exclusión; y de avance hacia la aceptación y la necesidad de desarrollar una sociedad que se base en la igualdad y el respeto de todos por todos.”⁹⁰ Insistió en aceptar la diversidad individual como componente central de la igualdad: “Igualdad significa igual preocupación y

⁸⁹ Hawaii State Legislature, Senate Bill 1 (SB1).

Available at http://www.capitol.hawaii.gov/splsession2013b/SB1_HD1_.pdf.

⁹⁰ *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and another, Supra* nota 47, Parr. 59.

respeto en la diferencia. No presupone la eliminación o supresión de la diferencia.”⁹¹ La CCS siguió una línea de razonamiento basada en la diversidad: “la familia como la contempla la constitución puede estar constituida de diferentes maneras y por diferentes concepciones legales, y lo que constituye la vida familiar debería cambiar a medida que cambian las prácticas y tradiciones sociales...”⁹²

Al explicar por qué el matrimonio no es un derecho constitucional, la corte indicó que “Sudáfrica tiene formaciones múltiples de familia que están evolucionando rápidamente a medida que nuestra sociedad se desarrolla, por lo que es inapropiado velar por una sola forma en particular como la única legal y socialmente aceptable.”⁹³

Podría argumentarse que el multiculturalismo específico de Sudáfrica fue la base para que la corte fallara a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. De ser así, los argumentos dados por la CCS no serían extrapolables a situaciones analizadas en otros países. Sin embargo, cuando salió el fallo de la CCS en el año 2005, ningún grupo étnico sudafricano había celebrado matrimonios entre personas del mismo sexo como parte de sus tradiciones, a pesar de la existencia de un reglamento que reconocía el matrimonio consuetudinario.⁹⁴ La Corte tuvo bastante espacio para elaborar una interpretación restrictiva de la diversidad familiar usando como base para ello la cultura y las tradiciones de la sociedad sudafricana. La Corte pudo haber argumentado que la asociación, no contemplada en los dos reglamentos que regulaban el matrimonio en Sud África, debía considerarse ajena a la constitución sudafricana. Sin embargo, usó otro principio constitucional y amplió el alcance de la protección de la familia. El pilar de esta decisión es la dignidad humana como igualdad.

La fuerte protección a la dignidad como igualdad proviene de una referencia explícita sobre dignidad en la constitución sudafricana ⁹⁵ y de una historia de masiva discriminación

⁹¹ *Id.*, Parr. 60.

⁹² *Id.*, Par. 15.

⁹³ *Id.*, Par. 59.

⁹⁴ Sud África regula los matrimonios consuetudinarios a través de la ley Recognition of Customary Marriages Act N. 120 of 1998 (S. Afr.). La ley regula los matrimonios “celebrados de acuerdo al derecho consuetudinario” (Definiciones, N.1 iii); “derecho consuetudinario” significa las costumbres y usos observados tradicionalmente entre los pueblos africanos indígenas de Sud África y que forman parte de la cultura de esos pueblos.” (Definiciones, N.1 ii).

⁹⁵ El artículo 10 de la Constitución de Sud África señala que: “Todos tienen dignidad inherente y el derecho a que dicha dignidad sea respetada y protegida.” S. AFR. CONST., 1996.

racial bajo el régimen de Apartheid.⁹⁶ En el contexto sudafricano, la dignidad requiere que reconozcamos en toda persona un valor intrínseco a su condición de ser humano, es un principio de igualdad de valor.⁹⁷ Al inicio de la decisión en el caso *Fourie*, el magistrado Sachs citó la decisión del tribunal de primera instancia:

“La espina del pasado y la continua discriminación contra las personas gays y lesbianas’ visibiliza el real trasfondo de esta realidad, que vistos como individuos o en sus relaciones homosexuales, ‘son personas a las que no se les atribuye una dignidad inherente ni se les considera merecedores del respeto de la humanidad, que si poseen y han acordado los heterosexuales y sus relaciones’ Esto ‘niega a las personas gays y lesbianas lo que es uno de los pilares fundacionales de nuestra constitución y de los conceptos de igualdad y dignidad, que todas las personas tenemos el mismo valor y dignidad inherentes’, cualesquiera que sean las otras diferencias.”⁹⁸

El caso *Fourie* no solo usó la dignidad como igualdad sino también como autonomía. El magistrado Sachs citó un párrafo de la sentencia del tribunal de primera instancia indicando que “la capacidad de elegir casarse refuerza la libertad, la autonomía y la dignidad de una pareja comprometida a vivir la una para la otra.”⁹⁹ No era el matrimonio lo que daba a los individuos dignidad, sino la capacidad de elegir casarse. Sin embargo, la mayoría de las referencias del caso *Fourie* sobre dignidad la vinculan en el sentido de igualdad de valor que inequívocamente conlleva al trato igualitario.¹⁰⁰

De acuerdo al CCS, el test, “sea que la posición mayoritaria o minoritaria estén involucradas, debe siempre versar sobre si la medida bajo escrutinio promueve o retrasa el

⁹⁶ “El respeto por la dignidad de todos los seres humanos es particularmente importante en Sud África ya que el Apartheid fue una negación de la dignidad común. A la gente negra se le rechazó su respeto a la dignidad y por ello la dignidad de todos los sudafricanos se vio disminuida. La nueva Constitución rechaza este pasado y afirma la igualdad en el valor que tenemos todos los sudafricanos. Así, su reconocimiento y protección es un pilar del nuevo orden político y es fundamental para la nueva Constitución.” Chief Justice Arthur Chaskalson, “Dignity as A Constitutional Value: A South African Perspective”, 26 AM. U. INT’L L. REV. 1377, 1382 (2011) (citas internas omitidas), Pag. 1381.

⁹⁷ Chief Justice Arthur Chaskalson, “Dignity as A Constitutional Value: A South African Perspective”, 26 AM. U. INT’L L. REV. 1377, 1382 (2011) (citas internas omitidas).

⁹⁸ *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and another*, *Supra* nota 47, Parr. 13.

⁹⁹ *Id.*, Parr. 16.

¹⁰⁰ *Id.*, Parr. 80.

logro de la dignidad, igualdad y libertad del ser humano.”¹⁰¹ El reconocimiento del valor del ser humano y la igualdad de trato que sigue a este reconocimiento están al centro del concepto sudafricano de dignidad.

La Corte Constitucional de Sudáfrica es famosa por utilizar la dignidad como pilar principal en la revisión de constitucionalidad y como una de las bases de la constitución sudafricana.¹⁰² La decisión del caso *Fourie* de 2005 hace referencia al concepto de dignidad más de 40 veces como justificación para abrir el matrimonio a parejas del mismo sexo. Sudáfrica mayoritariamente se refiere a la dignidad como una cualidad que provee a las personas de igual valoración, estrechamente relacionado con el concepto de igualdad ante la ley. La dignidad, usada como lo hace la Corte Constitucional Sudafricana está fuertemente ligada a la idea de igualdad de todos los seres humanos. En palabra del Magistrado Arthur Chaskalson,

“reconociendo que la dignidad es un concepto difícil de capturar en términos precisos, la corte constitucional ha sostenido que la protección constitucional de la dignidad requiere de nosotros al menos “reconocer el valor y valoración de todos los miembros individuales de nuestra sociedad” y tratar a todos con “igual respeto y preocupación.” Construir sobre esta base es dar a la dignidad un rol central en la evolución jurisprudencial de las cortes”.¹⁰³

3.2.La autonomía y la dignidad

En 1990 Colombia creó un régimen legal para aquellas parejas heterosexuales que no estaban casadas.¹⁰⁴ Este reconocimiento sentó las bases para que los activistas LGBT buscaran reconocimiento de las parejas de un mismo sexo. La estrategia era comparar a las parejas heterosexuales no casadas con las parejas compuestas por personas de un mismo sexo. En una misma línea la CCC reconoció derechos a las parejas de un mismo sexo originalmente

¹⁰¹ *Id.*, Parr 95.

¹⁰² Chief Justice Arthur Chaskalson, “Dignity as A Constitutional Value: A South African Perspective”, 26 AM. U. INT’L L. REV. 1377, 1382 (2011) (citas internas omitidas). Stu Woolman, The Architecture of Dignity, en THE DIGNITY JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA: CASES AND MATERIALS 76 (Drucilla Cornell et. al. eds., 2013), Pag. 73.

¹⁰³ Chief Justice Arthur Chaskalson, *Id.* 1382.

¹⁰⁴ En 1990 el Congreso colombiano aprobó la Ley 54. El Artículo 1 define la “Union Marital de hecho” como una formada por un hombre y una mujer quienes sin estar casados, tienen una comunidad de vida exclusiva y permanente. Ley 54/90, diciembre 28, 1990, Diario Oficial [D.O.] 39615-31 de diciembre de 1990 (Colom.).

pensados para las uniones maritales heterosexuales de facto, reduciendo la diferencia entre parejas casadas y no casadas.¹⁰⁵ Cada vez, la CCC ha adoptado una aproximación funcionalista de la familia, comparando lo que parejas casadas y no casadas hacen y concluyendo que si estas cumplen objetivos y comportamientos similares, la legislación que otorga beneficios específicos no debe distinguir entre tipos de familias.¹⁰⁶ Esta posición deriva de la fuerte protección de la CCC al principio de autonomía:

“Es claro entonces que el actual orden jurídico, fundado en el respeto por la dignidad humana, la tolerancia, la solidaridad y la autonomía personal (C.P. arts. 1º, 2º, 15 y 16), no legitima al Estado para crear dispositivos legales que estigmaticen determinados comportamientos sexuales y, en alguna medida, dificulten el ejercicio libre de la sexualidad. Tal proceder anularía, además de los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad, el pluralismo que el propio ordenamiento constitucional acepta y ordena amparar (C.P. art 7º).”¹⁰⁷

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los países que relaciona el concepto de dignidad con el derecho a la autonomía, especialmente en el contexto de las decisiones relativas a la formación de la familia.

Como ya señalamos anteriormente, el fallo de la corte C-577/11 no declaró la inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual, creando un doble estándar en la protección de los derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (LGBT) en Colombia.¹⁰⁸ Sin embargo, la Corte Constitucional reforzó su jurisprudencia sobre diversidad familiar al señalar que:

“...La familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, “independientemente de su constitución por

¹⁰⁵ Colombia reconoce el derecho de un o una cohabitante a recibir pensión por la muerte de su cohabitante incluso cuando hay esposa o esposo legal. Corte Constitucional [C.C.], Octubre 22, 2008, Sentencia C-1035/08 (Colom.). Ver también Corte Constitucional [C.C.], Marzo 22, 2012, Sentencia C-238/12 (Colom.) y C.C., 13 de abril de 2011, Sentencia C-283/11 (Colom.).

¹⁰⁶ C.C., Sentencia C-577/11, *Supra* nota 56.

¹⁰⁷ C.C., julio 14, 1999, Sentencia C-507/99, Par. 5.3 (Colom.).

¹⁰⁸ C.C., Sentencia C-577/11 *Supra* nota 56.

vínculos jurídicos o naturales” y, por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, “sin tener en cuenta el origen de la misma familia”, salvo que, según se acaba de ver, “la igualdad está referida a los derechos y obligaciones”, motivo por el cual, aunque “no implica identidad”¹⁰⁹, el legislador “no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente”¹¹⁰.

Sin extendernos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de México, es claro que dicho tribunal también relaciona el concepto del libre desarrollo de la personalidad con el de dignidad humana, el que incluye el derecho a elegir libre y autónomamente casarse, tener hijos y el derecho a la identidad sexual.¹¹¹ Otras cortes como el STF de Brasil¹¹² y la Corte Constitucional Española (CCE) utilizan la conexión entre el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía y la dignidad humana para justificar la necesaria constitucionalidad del matrimonio igualitario. En palabras del Ministro Lucia del STF el derecho a la dignidad implica el derecho de un individuo a elegir como vivir su vida y la creación de asociaciones emocionales que tengan “dignidad legal”¹¹³ Asimismo, la CCE señaló que la modificación a la legislación española en el sentido de aceptar el matrimonio igualitario garantizaba “la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad” según el mandato constitucional del artículo 10.1.¹¹⁴

4. Conclusión

Este informe ha tenido por objeto mostrar que son muchos los tribunales a nivel comparado que han debido revisar solicitudes de acceso al matrimonio igualitario en distintos países y estados federales. Estas decisiones muestran la compleja relación entre los poderes políticos y los poderes de adjudicación llamados a determinar si los derechos fundamentales están siendo respetados por esos poderes políticos. A 14 años de la primera legislación que aprobó el matrimonio igualitario, hay cientos de decisiones de cortes nacionales que han

¹⁰⁹ Ver Sentencia C-105 de 1994.

¹¹⁰ Ver Sentencia C-1033 de 2002.

¹¹¹ SCJN, Acción de Amparo directo Civil 6/2008, Párr. 263.

¹¹² Ver *Supra* Sección 2.3.

¹¹³ STF, *Supra* nota 66, Opinión Ministro Lucia, Par. 8.

¹¹⁴ S.T.C. España 198/2012, Párr. 199

analizado el tema y hay un número importante de cortes constitucionales y supremas que han debido pronunciarse sobre la prohibición del matrimonio igualitario. Las decisiones de estos tribunales nos muestran un común denominador en las sentencias favorables al matrimonio igualitario en cuanto a que no es posible respetar los derechos a la igualdad, a la autonomía y sobre todo a la dignidad humana, y mantener un déficit de protección legal de las parejas del mismo sexo al negarles el acceso al matrimonio igualitario. Esta argumentación no varía cuando las mayorías han manifestado su rechazo al matrimonio igualitario a través de enmiendas legales o constitucionales. Por el contrario, es en esos momentos cuando el rol de los tribunales como protectores de los derechos aún menos populares cobra mayor importancia. Esta es la idea central de la diferencia entre lo que las mayorías están llamadas a hacer y el rol de los tribunales. La Corte Constitucional Sudafricana lo expresó con claridad:

“La esclavitud duró en este país por un siglo y medio, el colonialismo duró el doble, la prohibición de matrimonios interraciales incluso más, y la abierta dominación masculina por milenios. Todos se basaron en supuestos hechos sociales y biológicos auto-evidentes; todos ellos fueron avalados por la religión e impuestos por el derecho; (...) [Q]ue el Derecho hoy exprese los puntos de vista convencionales de la mayoría no mitiga de manera alguna su impacto discriminatorio”¹¹⁵.



Consuelo Ramirez



Macarena Sáez Torres

Nicole Duffau Valdés

¹¹⁵ *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, *Supra* nota 47.