

2014

Amicus Curiae ante la Honorable Corte Constitucional de Colombia

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 Colombia" (2014). *Amicus Briefs*. Paper 11.
http://digitalcommons.wcl.american.edu/pub_disc_briefs/11

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 Colombia

PREPARADO POR EL PROYECTO DE LITIGIO DE ALTO IMPACTO

AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON FACULTAD DE DERECHO

A solicitud de la ciudadana colombiana, Dra. Julieta Lemaitre Ripoll, identificada con cédula de ciudadanía número 45.490.856 de Cartagena, 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 Colombia el presente *Amicus Curiae* en el caso *Acción de Tutela instaurada por Luis Felipe Rodríguez Rodas v Edward Soto; contra Notaria Cuarta del Circuito de Cali, y Gustavo Trujillo Cortes, en calidad de Procurador Judicial 11 de la Procuraduría General de la Nación Delegada para Asuntos Civiles, contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá a D.C.* (Expedientes T-4.167.863 y T-4.189.649). Este informe ha sido preparado por Macarena Sáez¹ y Nicole Duffau Valdés.²

¹ LL.M de la Universidad de Yale. Abogada de la Universidad de Chile. 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. Abogada de la Universidad San Sebastián y voluntaria del Proyecto de Litigio de Alto Impacto de American University Washington College of Law.

I. DECLARACIÓN DE INTERESES DEL PROYECTO DE LITIGIO DE ALTO IMPACTO DE WASHINGTON COLLEGE OF LAW DE AMERICAN UNIVERSITY

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 en relación al matrimonio igualitario es entregarles información que permita un fallo ajustado a estándares amplios en materia de derechos humanos.

II. OBJETIVO

Este informe tiene por objeto dar a conocer a esta Honorable Corte el desarrollo que ha mostrado la jurisprudencia comparada en materia de matrimonio igualitario, y en particular, el uso del concepto de dignidad al momento de determinar la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Como este informe mostrará, en los países en los que el concepto de dignidad es un elemento fundamental de su esquema constitucional, como en el caso de Colombia, las más altas cortes de dichos países llamadas a determinar la constitucionalidad del matrimonio igualitario, han basado sus decisiones favorables en la necesidad de respetar la dignidad humana. El concepto específico de dignidad varía en distintas decisiones, y mientras algunas cortes lo relacionan con un derecho a la autonomía, otras desarrollan el respeto a la dignidad como un tema de igualdad. Una tercera interpretación del concepto de dignidad, menos compartida en Latinoamérica, es el de dignidad como status derivado del matrimonio. Sin embargo, lo que ilustra este informe es que cualquiera sea la interpretación dada por estas altas cortes, todas han llegado a la conclusión que el respeto por la dignidad humana, constitucionalmente exigida ya sea explícita o implícitamente, exige la aceptación del matrimonio igualitario.

III. ORGANIZACIÓN DEL AMICUS CURIAE

Este informe se divide en las siguientes secciones. En la Sección 1 se explica el avance jurisprudencial en material de matrimonio igualitario a nivel de derecho comparado y se analiza brevemente el uso del concepto de dignidad humana en diferentes decisiones relacionadas con matrimonio de parejas del mismo sexo. Esta sección se divide en tres sub secciones que analizan separadamente el uso de la dignidad humana como concepto relacionado con igualdad, relacionado con la autonomía o libre desarrollo de la personalidad y la dignidad como estatus derivado del matrimonio civil. La Sección 2 analiza el reconocimiento de las familias diversas a través de distintas decisiones sobre matrimonio igualitario. Finalmente la sección 3 concluye que en países donde los derechos constitucionales se basan en el respeto a la dignidad humana y cuando la protección constitucional de la familia incluye diferentes modelos familiares, el matrimonio igualitario es un imperativo constitucional que no admite el veto de las mayorías.

1. Las decisiones sobre matrimonio igualitario en la jurisprudencia comparada y el uso de la dignidad humana.

Cada día son más los países en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido aceptado legalmente. Este cambio regulatorio se ha dado de diversas maneras. Por una parte, hay países o estados de países federales como Estados Unidos y México donde el matrimonio igualitario ha sido el resultado de la voluntad política de dichos países o estados.³ En otros casos, ha sido el resultado de decisiones judiciales⁴ y en un tercer grupo ha sido el resultado de un “diálogo” entre órganos judiciales y órganos políticos, incluidos congresos y ciudadanía.⁵

³ Argentina, Bélgica, Dinamarca, Canadá (ratificado por la Corte Suprema de Canadá), Francia (ratificado por el Consejo Constitucional), Islandia, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, España (ratificado por el Tribunal Constitucional de España), Suecia, Uruguay, Inglaterra y Gales, el Distrito Federal de México, y los Estados de New Hampshire, Vermont, New York, Maine (voto popular), Maryland (voto popular), Washington, Rhode Island, Delaware, Minnesota, Hawai, Illinois, y el Distrito de Columbia (voto popular).

⁴ Brasil, Estado de Oaxaca en México, los Estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa, California, New México, y New Jersey en los Estados Unidos. Hay varios procesos pendientes que no tienen aún resolución del más alto tribunal estatal o federal. Por ejemplo, *DeBoer v. Snyder*, (Docket/Court) 2:12-cv-10285-BAF-MJH (E.D. Mich).

Una revisión comparada de las decisiones que han aceptado el matrimonio igualitario muestra argumentos comunes dados tanto por quienes se oponen al matrimonio igualitario como por aquellos que exigen el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. De todos ellos, los tribunales han tomado invariablemente el concepto de dignidad como base para su decisión. Aun cuando cada corte ha resuelto esta problemática con diferencias en cuanto a la interpretación que se ha hecho del concepto de dignidad, todas han llegado a la misma conclusión en cuanto a la necesidad de reconocer y proteger el matrimonio igualitario, integrándolo a sus legislaciones nacionales.

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. En otros casos, el desarrollo del concepto de dignidad viene derivado de otros derechos constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad en México y Brasil. En un tercer grupo, la dignidad es usada como una calidad inherente del ser humano, entendida entonces como un elemento implícito en la Constitución. Este es el uso dado en los Estados Unidos, especialmente en relación a casos sobre aborto⁵ y derechos de las personas gay y lesbianas.⁶

El análisis comparado del uso de la dignidad humana muestra básicamente tres usos diversos de dicho concepto: 1) dignidad como igualdad; 2) dignidad como autonomía; 3) dignidad como status derivado del matrimonio legal. Por otra parte, las decisiones judiciales sobre matrimonio igualitario que han abierto la puerta para la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo muestran también dos tendencias muy claras en cuanto a las razones para aceptar su legalización. Por una parte, las decisiones basadas en la dignidad humana ligada a la igualdad y a la autonomía, o aquellas que se han basado en la igualdad y autonomía sin hacer referencia expresa a la dignidad y que se refieren a un derecho de familia llamado a proteger y a reconocer las familias constituidas fuera de la esfera del matrimonio heterosexual.

⁵ Para un análisis del uso de dignidad en los casos de aborto *ver* Reva B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 YALE L.J. 1694, 1737 (2008).

⁶ *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 571 (2003).

Otras decisiones, en cambio, se basan en una idea perfeccionista del matrimonio. En estas últimas, el matrimonio entre parejas del mismo sexo es la consecuencia de la necesidad de reconocer igual derecho a todos los individuos para acceder al matrimonio. Como se explicará, no se trata de un argumento de igualdad *per se*, sino de un argumento de igualdad ligado a la necesidad de dar cabida a una institución que, según dichas decisiones, hace mejor a la sociedad y a las personas en general. La tendencia a aceptar el matrimonio igualitario como corolario de la obligación de respetar distintos modelos familiares es la que actualmente prevalece en el mundo occidental. En cambio, las decisiones que se basan en la importancia del matrimonio son minoritarias.

1.1. Igualdad y Dignidad: El derecho a la asociación familiar en igualdad

En 2005 la Corte Constitucional Sudafricana (CCS) decidió el caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*.⁷ Este caso abrió el matrimonio entre personas 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 mes de plazo para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁹ La decisión, emitida por el magistrado Albie Sachs se basó en los principios de igualdad y autonomía. El magistrado comenzó la redacción de su sentencia narrando la historia de Marié Adriaana Fourie y Cecelia Johanna Bonthuys, las demandantes en el primero de los dos casos decididos por esta corte.⁸ La descripción que la corte realizó de las demandantes no hizo referencia alguna a las características específicas de la pareja:

Encontrándose fuertemente atraídas una por la otra, dos personas comenzaron a salir regularmente y eventualmente decidieron formar un hogar juntas. Después de ser reconocidas como una pareja por sus amigos por más de 10 años, decidieron que era tiempo de obtener reconocimiento público y registrar su relación, y formalmente comprometerse con los derechos y responsabilidades que sentían debían fluir y que eran inherentes

⁷ *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.) (de ahora en adelante Fourie).

⁸ *Id.*

*a esta [relación]. Como muchas personas en su misma situación, ellas querían casarse. Había solo un impedimento, ambas eran mujeres.*⁹

La CCS no intentó presentar a las demandantes como similares al resto de las personas que se casan, sino que las presentó como dos personas que “eventualmente decidieron formar un hogar juntas.” La historia relatada por la decisión es la de dos personas Sudafricanas que se prestan apoyo mutuo y que quieren contraer matrimonio.

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.”¹⁰ 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 vida familiar sin interferencia del estado.”¹¹ 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.*”¹²

Este es el comienzo de un enfoque transformador del matrimonio entre parejas del mismo sexo. La decisión no descarta el matrimonio como institución que deba ser protegida. Por el contrario, dedica varios párrafos explicativos sobre los beneficios del matrimonio. Sin embargo, su 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

⁹ *Id.* Par 1. A menos que se indique lo contrario, todas las traducciones al español son de las autoras, para uso exclusivo en este informe.

¹⁰ *Id.* Par. 45.

¹¹ *Id.* Par. 46.

¹² *Id.* Par. 47.

mutuo.¹³ 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 así como el caso *Fourie* no fue una decisión sobre matrimonio, sino sobre igualdad, y 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. La falta de información sobre las demandantes, *Fourie* y *Bonthouys*, es esencial para acentuar la posición de la Corte sobre la diversidad individual y familiar.

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.*”¹⁴ Insistió en aceptar la diversidad individual como componente central de la igualdad: “*Igualdad significa igual preocupación y respeto en la diferencia. No presupone la eliminación o supresión de la diferencia.*”¹⁵ 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...*”¹⁶

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*

¹³ *Id.* Par. 65.

¹⁴ *Id.* Par. 59.

¹⁵ *Id.* Par. 60.

¹⁶ *Id.* Par. 15.

*desarrolla, por lo que es inapropiado velar por una sola forma en particular como la única legal y socialmente aceptable.”*¹⁷

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, como el caso que origina este *amicus curiae* frente a la Honorable Corte Constitucional de Colombia. 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.¹⁸ 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 sudafricana¹⁹ y de una historia de masiva discriminación racial bajo el régimen de Apartheid.²⁰ En el contexto sudafricano, la dignidad requiere que reconozcamos en toda persona un valor intrínseco a su condición de ser humano, es un

¹⁷ *Id.* Par. 59.

¹⁸ 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” (Definitions, 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.” (Definitions, N.1 ii).

¹⁹ 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.

²⁰ “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). at 1381.

principio de igualdad de valor.²¹ 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.”*²²

El caso *Fourie* no solo uso 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.”*²³ 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.²⁴

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 logro de la dignidad, igualdad y libertad del ser humano.”²⁵ 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

²¹ *Id.*

²² *Fourie*, *supra* nota 7 Par. 13.

²³ *Id.* at Par. 16.

²⁴ *Id.* at Par. 80.

²⁵ *Id.* at Par 95.

sudafricana.²⁶ 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.*²⁷

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).²⁸ La CCS estableció con claridad las consecuencias que la falta de acción del legislador provocaría:

*...Es necesario que 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 beneficios y responsabilidades que hoy están disponibles a las parejas heterosexuales.*²⁹

²⁶ Arthur Chaskalson, *supra* note 20. Stu Woolman, The Architecture of Dignity, in THE DIGNITY JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA: CASES AND MATERIALS 76 (Drucilla Cornell et. al. eds., 2013) at 73.

²⁷ Arthur Chaskalson, *supra* note 20.

²⁸ *Fourie*, *supra* nota 7 Par. 158, 159.

²⁹ *Id.* Par. 162.

En 2011 el Tribunal Constitucional de Portugal (TCP) tuvo que decidir si la legislación que modificaba la ley de matrimonio civil e incluía el matrimonio entre parejas del mismo sexo era una violación a un principio constitucional. La Constitución de Portugal, al igual que la Constitución de Colombia, basa todos sus derechos constitucionales sobre el respecto a la dignidad humana.³⁰ Es así como la decisión del TCP menciona la dignidad varias veces, aunque no vinculándola de manera especial a los conceptos de igualdad o autonomía. La decisión, sin embargo, se basó especialmente en el derecho a la igualdad.³¹

1.2. Autonomía y Dignidad: El derecho a elegir una familia

Varias cortes han utilizado la dignidad como autonomía en apoyo del matrimonio entre parejas del mismo sexo. La idea central es que la negación del matrimonio a parejas del mismo sexo cuando se acepta el matrimonio entre personas de sexo opuesto significa una restricción a la autonomía o al libre desarrollo de la personalidad de quienes han formado, o quisieran formar una familia con una persona de su mismo sexo. Esta restricción al desarrollo de la personalidad, es contraria a la dignidad humana.

En el año 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN), en un caso de reconocimiento de la identidad sexual, había incluido la sexualidad de una persona en el concepto de dignidad como autonomía al establecer que:

*La sexualidad es un componente esencial de la vida y mente de una persona; forma parte de la esfera más íntima y personal de la vida humana. Por ello la autodeterminación sexual es trascendental en el reconocimiento de la dignidad humana y su pleno desarrollo; y es por ello que la protección constitucional incluye decidir libremente sobre la sexualidad.*³²

³⁰ “Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana y la voluntad popular y comprometida con la construcción de una sociedade libre, justa y solidaria.” Constitución de la República de Portugal, Artículo 1 (Por.).

³¹ Tribunal Constitucional [T.C] [Constitutional Tribunal], Acórdão No. 121/2010, 08.04.2010, 82, Diário da República, 2.ª série [D.R.], 28.04.2010, (Portugal). pag. 22378.

³² SCJN, Acción de Amparo directo Civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, 90, citado por Alejandro Madrazo & Estefanía Vela, *The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?*, 89 Tex. L. Rev. 1863, 1883-84 (2011).

El libre desarrollo de la personalidad incluía, entre otros, la libertad de elegir libre y autónomamente casarse, tener hijos, y el derecho a la identidad sexual.³³ Es así como la SCJN concluyó que elegir vivir con una persona del mismo o diferente sexo era también parte del derecho al desarrollo libre de la personalidad.³⁴ Este derecho formaba parte de la dignidad humana.

En el 2010 la SCJN tuvo que analizar si la constitución de México establecía una limitación a la posibilidad de regular el matrimonio a parejas heterosexuales.³⁵ Si este era el caso, el Congreso del distrito federal habría dado un paso fuera de su competencia al enmendar la definición de matrimonio establecida en el código civil mexicano para incluir a las parejas del mismo sexo. Esa era la opinión del Fiscal Nacional Mexicano quien alegó la inconstitucionalidad de la modificación legal.³⁶ El Fiscal Nacional argumentó que, a pesar de que la constitución mexicana no contenía un concepto de matrimonio, se refería al matrimonio como asociación que se concebía solo entre un hombre y una mujer.³⁷ Esta interpretación fue argumentada en base al artículo 4 de la Constitución Mexicana que indicaba que una mujer u hombre extranjero que contrae matrimonio con un hombre o mujer mexicana (y cumple con otros requisitos) puede convertirse en mexicano por naturalización.³⁸

El Fiscal Nacional sostuvo que esta disposición llevaba a la conclusión de que la Constitución de México, de manera inequívoca, limitaba el matrimonio a las parejas de distinto sexo.³⁹ El vínculo entre esta disposición y el artículo 4 significaba, por lo tanto, que la familia protegida por la Constitución mexicana era la familia matrimonial. Teniendo en cuenta que la identidad y orientación sexual ya habían sido declaradas como parte de la dignidad humana, la exclusión de las parejas del mismo sexo en el matrimonio tendría que venir de una distinción que no ofendiera la dignidad humana. Como otros lo han hecho en diferentes países, el Fiscal

³³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia Nacional [SCJN], Novena Época, 16 de Agosto de 2010, Par. 275 (Mex.) disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115026> (última visita, 23 de abril de 2014) at Par. 263.

³⁴ *Id.* at 264.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* Par 13.

³⁸ *Id.*, en relación al art. 30 B (II) de la Constitución of México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P].

³⁹ *Id.* Par. 14.

Nacional encontró tal diferencia en la procreación.⁴⁰ Sin embargo, la SCJN, como lo han afirmado otras cortes también, desestimó la procreación como esencial para el matrimonio:

*Por tanto, aun cuando es cierto que existen diferencias entre unas y otras parejas, sobre todo en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicamente comunes en las del mismo sexo, ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la "potencialidad" de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, o bien, se encuentran, en ocasiones, ante la imposibilidad de tenerlos, lo que, en modo alguno, les impide contraerlo, ni es una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva.*⁴¹

La Corte se centró en el derecho a la dignidad como autonomía o derecho al libre desarrollo de la personalidad, y concluyó que esta incluía el derecho a elegir casarse. Por lo tanto, si la orientación sexual fue incluida en el concepto de dignidad, las personas también tenían el derecho a elegir con quién casarse.⁴²

Sólo después del establecimiento de un marco constitucional para la protección de la familia y proclamando el sexo de las partes como un elemento accidental y modificable del matrimonio, la Corte analizó el papel de la igualdad bajo la Constitución mexicana. Al igual que el Tribunal Constitucional sudafricano, la Suprema Corte de México destacó que la Constitución mexicana prohibía toda discriminación por razón de sexo o cualquier otro motivo que pueda atacar la dignidad humana.⁴³

⁴⁰ A nivel comparado la procreación ha sido uno de los argumentos más recurrentes para oponerse al matrimonio igualitario. Ver, por ejemplo, SCJN, *supra* nota 33 Par 93-95; Conseil Constitutionnel, Décision No 2013-669, May 17, 2013 (Francia), Par. 17; *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 882 (Iowa 2009), p. 882; *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941, 948 (Mass. 2003), p. 948; *Griego v. Oliver*, *Griego v. Oliver*, 2014-NMSC-003, 316 P.3d, p. 865.

⁴¹ SCJN, *supra* nota 33, Par. 270.

⁴² *Id.* Par. 265.

⁴³ *Id.* at Par. 315.

El Tribunal Supremo Federal de Brasil (FST) siguió una lógica similar. Aunque el matrimonio entre personas del mismo sexo es oficialmente legal en todo Brasil desde 2013 después de una decisión del Consejo Nacional de Justicia,⁴⁴ la decisión que abrió el camino a un reconocimiento nacional de las parejas del mismo sexo fue emitida por FST brasileño en 2011.⁴⁵ Esta decisión también se basó en un concepto de dignidad como autonomía.⁴⁶

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.⁴⁷ 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.⁴⁸

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.⁴⁹⁵¹ 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 "dignidad legal."⁵⁰ 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."*⁵¹ 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."*⁵² EL énfasis mayor, sin embargo, está dado en la dignidad relacionada con la autonomía.

⁴⁴ Resolução Nº 175, May 14, 2013, Conselho Nacional de Justiça (Braz.)

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal [STF], ADI4277, *Ação direta de inconstitucionalidade*, May 5, 2011 (Brasil). opinión del Magistrado Ayres Brito

⁴⁶ *Id.* at Par. 315.

⁴⁷ *Id.*, opinión del Magistrado Luiz Fux at 12.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.* at 15 and 16; opinión del Magistrado Brito at 20, 26 and 35

⁵⁰ *Id.*, opinión de la Magistrada Lucia at Par. 8.

⁵¹ *Id.*, opinión del Magistrado Marco Aurelio at 7.

⁵² *Id.*, opinión del Magistrado Ayres Brito, pag. 14.

En 2012 el Tribunal Constitucional de España (TCE) también utilizó la dignidad como autonomía para declarar la constitucionalidad de la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo aprobada por el Congreso en 2005.⁵³ Sólo hace referencia a la dignidad una vez, afirmando que la nueva ley no afecta el matrimonio de personas heterosexuales. Para ellos, el matrimonio seguía siendo la misma institución. Lo que la nueva ley hizo fue dar a las personas una opción que no tenían antes, casarse con personas de su mismo sexo. Esta ley respeta "la garantía de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad" según lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución Española.⁵⁴ Es muy interesante cómo el TCE explica que el derecho al matrimonio igualitario es resultado del libre desarrollo de la personalidad pues no solo permite a todas las personas independiente de su orientación sexual de desarrollarse según su plan de vida, sino que este derecho no restringe en absoluto el derecho de las personas heterosexuales:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. 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

⁵³ S.T.C. Nov 6, 2012, 198/2012 (B.O.E. N. 286, Nov 28, 2012, p. 168) (España) at 168.

⁵⁴ *Id.*, at 199.

*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.*⁵⁵

1.3. Dignidad como estatus

En Estados Unidos la dignidad no es un concepto nuevo. La Corte Suprema y las cortes estatales han usado este concepto que no se encuentra expresamente regulado en la Constitución de los Estados Unidos para enriquecer sus decisiones en variados temas.⁵⁶ Por ejemplo, el Ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos Anthony M. Kennedy, ha usado el concepto de dignidad como argumento en sus decisiones relativas a casos de aborto y parejas del mismo sexo.⁵⁷ Asimismo, el caso *Goodridge v. Dept. of Public Health* también hace uso de la dignidad como un elemento central para apoyar el matrimonio de parejas del mismo sexo.⁵⁸

A pesar de que no existe una cláusula específica sobre dignidad en la constitución de Estados Unidos, los tribunales americanos han basado, o al menos argumentado, muchas de sus decisiones constitucionales en distintas concepciones de la dignidad.⁵⁹

En el caso *Lawrence v. Texas* la Corte Suprema estadounidense se refirió a la dignidad mayoritariamente como una consecuencia de la libertad. Las personas que eligen a su pareja y tienen relaciones sexuales dentro de los confines de “sus hogares y vidas privadas” “siguen manteniendo su dignidad como personas libres.”⁶⁰ La dignidad en este contexto se refiere al derecho de las personas a ser autónomas, de elegir sus parejas sin, por esa razón, disminuir su estatus como seres humanos merecedores de reconocimiento. “La libertad protegida por la

⁵⁵ *Id.*, at 199.

⁵⁶ Neomi Rao, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law*, 14 COLUM. J. EUR. L. 238 (2008); Erin Daly, *Human Dignity in the Roberts Court: A Story of Inchoate Institutions, Autonomous Individuals, and the Reluctant Recognition of A Right*, 37 OHIO N.U. L. REV. 381 (2011).

⁵⁷ Reva B. Siegel, *supra* nota 5, p. 1737.

⁵⁸ Ver *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, *supra* note 40 at 312, 313, 337,392, and 395. A lo mejor no es coincidencia que el Juez Marshall fuera sudafricano.

⁵⁹ Reva B. Siegel, *supra* nota 5, p. 1737 (2008). Vicki C. Jackson también explica que “todavía hay conceptos similares en el texto de la constitución, como la prohibición de castigos crueles e inusuales, la protección del debido proceso, y otros que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Estados Unidos.” Vicki C. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, 65 MONT. L. REV. 15, 16 (2004).

⁶⁰ *Lawrence v. Texas*, *supra* nota 6, p. 558.

constitución permite a las personas homosexuales ejercer el derecho a hacer esta elección.”⁶¹ En el caso *Lawrence* la decisión de esta Corte relaciona el concepto de dignidad con el de libertad y autonomía. Otro caso emblemático de la Corte Suprema estadounidense es el caso *United States v. Windsor*, donde tuvo una vez más la oportunidad de desarrollar un concepto constitucional estadounidense de dignidad.^{62,64} Siendo consecuente con el caso *Lawrence*, desarrolló el concepto de dignidad como uno de los pilares para revertir la “ley de defensa del matrimonio” (*Defense of Marriage Act - DOMA*), usando la dignidad como conectada al concepto de libertad. *Windsor*, sin embargo, agregó un concepto de dignidad ligada específicamente al matrimonio. Las personas son dignificadas ante la posibilidad de casarse.

Parece que la dignidad no proviniera tanto de la posibilidad de elegir casarse (o elegir no casarse), sino del estatus de estar casado.

*Parece justo concluir que hasta hace poco tiempo, muchos ciudadanos no habían siquiera considerado la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudiesen aspirar a ocupar el mismo estatus y dignidad que las de un hombre y una mujer legalmente casados.*⁶³

La idea de dignidad derivada del matrimonio es reforzada nuevamente cuando la sentencia señala:

Al reconocer la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otras jurisdicciones y luego al autorizar uniones civiles entre personas del mismo sexo y matrimonios entre personas del mismo sexo, Nueva York buscó dar mayor protección y dignidad a estas relaciones. Para las parejas del mismo sexo que deseaban estar casadas, el estado actuó dándole a su conducta legal un estatus legal. Este estatus es un importante reconocimiento legal de la íntima relación entre dos personas, una relación entendida por el estado como merecedora de dignidad en la comunidad, igual que todos los otros matrimonios. Refleja tanto la

⁶¹ *Id.*

⁶² *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2682, 186 L. Ed. 2d 808 (2013).

⁶³ *Id.* at 2689.

*perspectiva que tiene la comunidad respecto de las raíces históricas de la institución del matrimonio, como su comprensión evolutiva del concepto de igualdad.*⁶⁴

En el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, la dignidad como autonomía podría verse limitada por la concepción de dignidad como estatus que deriva de instituciones específicas. El uso de la dignidad en el caso *Windsor* derivado del estatus que entrega el matrimonio limita sus posibilidades de uso fuera del matrimonio. Según este razonamiento algunas opciones son mejores que otras, aun cuando no violen la igualdad, el debido proceso o cualquier otro derecho constitucional. El matrimonio provee dignidad a las parejas casadas, dignidad a la que no pueden acceder las parejas no casadas. Este razonamiento queda aún más claro cuando la decisión apela a la humillación que sufren los niños de parejas del mismo sexo cuyo matrimonio no es reconocido.⁶⁵ El matrimonio dignifica no solo a la pareja, sino también a los niños de la pareja casada. En esta línea, para la Corte Suprema estadounidense existe algo humillante en ser hijo de una pareja no casada y dicha humillación termina cuando los padres se casan. Según esta línea argumentativa, el matrimonio dignifica a la pareja y a sus hijos. Es así como el caso *Windsor*, vincula la dignidad con un efecto intrínseco del estatus especial que otorga el matrimonio.

Esta forma de analizar el concepto de dignidad también había sido utilizada por la Corte Federal estadounidense del Noveno Circuito en el caso *Perry v. Brown*, , caso que luego derivó a la misma Corte Suprema con el nombre *Perry v. Hollingsworth*.⁶⁶

La designación “matrimonio” es el estatus que reconocemos. Es la manera principal con la cual el Estado le da respeto y dignidad a la

⁶⁴ *Id.* at 2692-93.

⁶⁵ “Esto coloca a las parejas del mismo sexo en una inestable posición al considerárseles una segunda categoría de matrimonio. La diferenciación perjudica a la pareja, cuyas opciones morales y sexuales la Constitución protege, y cuya relación el estado busca dignificar. Y humilla a miles de miles de niños y niñas que hoy son criados por parejas del mismo sexo. La ley en cuestión hace aún más difícil para los niños y niñas entender la integridad y unión de su propia familia y su concordia con otras familias en sus comunidades y vida diaria.” *U.S. v. Windsor*, *Id.* at 2694.

⁶⁶ *Hollingsworth v. Perry* (formerly *Perry v. Brown* and *Perry v. Schwarzenegger*), 570 U.S.(2013) (Docket No. [12-144](#))

*forma más importante de relación estable y a los individuos que la conforman.*⁶⁷

La utilización del concepto de dignidad por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Windsor* y por otras cortes que han fallado casos de matrimonio igualitario es la más reducida de las que hemos presentado hasta ahora. En ningún otro país el matrimonio como derecho fundamental, aun cuando este se encuentre en la Constitución de dicho país, ha sido conceptualizado de la manera que lo ha hecho Estados Unidos, colocándolo en un pedestal frente a todas las demás relaciones afectivas. *Windsor* no era un caso donde la Corte Suprema tuviera que decidir sobre la constitucionalidad del matrimonio igualitario. Sus argumentos, sin embargo, invariablemente conducen hacia allá. De hecho, en la práctica *Windsor* ha significado que haya hoy varias decisiones pendientes en favor del matrimonio igualitario en distintos Estados. Sin embargo, esta decisión no contribuye a un cambio de paradigma donde se reconozca el valor del matrimonio igualitario basado en un concepto amplio de autonomía o de igualdad. A pesar de lo anterior, es importante destacar que aún el discurso más restringido en materia de matrimonio, cuando se analiza a la luz de la dignidad humana, da por resultado, invariablemente, la aceptación del matrimonio igualitario.

2. El rol de la realidad en la creación de conceptos jurídicos: la familia social y el matrimonio legal

Las decisiones de matrimonio igualitario analizadas acá se refirieron a la necesidad de reconocer a las familias que ya existen. Ninguna de ellas proporcionó un concepto de lo que son las familias, pero estas decisiones reconocieron la existencia de construcciones sociales de asociaciones familiares fuera de los límites impuestos por los sistemas legales. Los tribunales superiores en Canadá, México, Portugal y Brasil interpretaron sus normas constitucionales adaptándolas a las nuevas realidades. La decisión de la Corte Suprema de Iowa en el caso *Varnum v. Brien* también merece un espacio en esta sección para la interpretación de la igualdad como un concepto evolutivo.⁶⁸⁷⁰ Asimismo, las cortes canadienses han analizado en

⁶⁷ *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) actualmente bajo el nombre de *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652, 186 L. Ed. 2d 768 (U.S. 2013).at 1079.

⁶⁸ *Varnum*, supra nota 40.

varias ocasiones la institución del matrimonio.⁶⁹ La Corte Suprema de Canadá emitió su última decisión sobre esta materia en el año 2004, en el caso *Reference Re Same Sex Marriage*.⁷⁰ Esta decisión surgió de una petición formulada por el Gobernador en Consejo para que la Corte escuchara una solicitud de aclaración en la redefinición legal del matrimonio, definido por la ley como "la unión legal de dos personas excluyendo de ella a todos los demás."⁷¹ El Gobernador en Consejo planteó varias preguntas a la corte, incluyendo si el Parlamento podría modificar el significado del matrimonio. El Tribunal declaró que Canadá era una sociedad pluralista y uno de los principales pilares de la interpretación constitucional canadiense era la idea de la Constitución como "*un árbol viviente que, que por la vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna.*"⁷²

La Corte Suprema de Canadá explicó que la idea de la Constitución como un árbol viviente se aplicaba al concepto de matrimonio al referirse a otras situaciones que no fueron originalmente contempladas por la Constitución, como la participación de la mujer en la vida pública o la competencia legislativa que Canadá tenía sobre los teléfonos en virtud de un poder establecido antes de su invención.⁷³

La decisión de la Corte estableció que la Constitución de Canadá se adapta a las nuevas realidades sociales y rechazó la idea de un concepto natural del matrimonio - o un concepto supra jurídico del mismo- que sólo puede ser modificado dentro de los límites de la propia naturaleza de esta institución. La Corte canadiense, a diferencia de la Corte mexicana, no se pronunció sobre el concepto funcionalista del matrimonio, ni lo vinculó a la protección de la familia, sino que rechazó la heterosexualidad como elemento esencial o natural del mismo. La Corte canadiense entendió que los conceptos constitucionales evolucionan.

Las decisiones canadienses sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo se produjeron después de varios cambios legales que minimizaron las diferencias entre las parejas

⁶⁹ *EGALE Canada Inc. v. Canada* (Attorney General) 2003, 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; *Halpern v. EGALE Canada Inc. v. Canada* (Attorney General) (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Hendricks v. Quebec* (Attorney General) [2002] R.J.Q. 2506 (Sup. Ct.); *Barbeau v. British Columbia* 2003 BCCA 251 (Court of Appeal for BC, May 1, 2003).

⁷⁰ *Reference Re Same Sex Marriage*, 2004 SCC 79 (Canadá 2004), at 79.

⁷¹ *Id.* at Par 1.

⁷² *Id.* Par.22.

⁷³ *Id.* at Par. 22 and 23.

matrimoniales y no matrimoniales. El rol del derecho de familia ya había comenzado a reconocer a las familias no matrimoniales y el papel de la ley en garantizar que dichas relaciones estuvieran legalmente protegidas. El caso *Reference Re Same-Sex Marriage*, por lo tanto, debe ser leído en conjunto con las decisiones y leyes canadienses previas para entender el rol de familias funcionales.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue más específica que la Corte canadiense, y dio algunos detalles sobre lo que consideraba eran los elementos esenciales del concepto de matrimonio. Tanto las relaciones entre personas del mismo sexo como de distinto sexo cumplen los mismos fines de afecto, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyección común hacia el futuro, etc.⁷⁴ Por tanto, el matrimonio en México es en su esencia una institución donde las personas se apoyan mutuamente. Este enfoque funcionalista del matrimonio inevitablemente reduce el espacio entre las parejas casadas y no casadas, al centrar su atención en el cuidado mutuo y la solidaridad como valores que pueden encontrarse en diferentes tipos de asociaciones personales.

La SCJN tuvo la tarea de interpretar la Constitución mexicana ya sea aceptando la posición presentada por el Fiscal Nacional sobre la existencia de una familia constitucional específica-la familia matrimonial- o avanzar en una posición diferente. La SCJN eligió esta última posición y con ello optó por un análisis transformador del rol del derecho de familia opuesto a un enfoque conformista basado en un concepto restringido del matrimonio. La Corte argumentó su decisión no sobre la base de la importancia que el matrimonio tenía para el pueblo mexicano, sino en la protección constitucional de la familia que rechaza privilegiar a un tipo de familia por sobre los otros:

Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir

⁷⁴ *Id.* at par. 27.

*todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar. Al respecto, adquiere relevancia que el propio Código Civil, en su artículo 338, dispone que: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia..."*⁷⁵

De acuerdo con la SCJN el rol de la Constitución en relación con la familia no es el de alentar a la gente a adaptarse a un modelo particular de familia, como sucedería si sólo la familia matrimonial heterosexual gozara de protección constitucional. La Constitución juega el rol de protector de las familias que pueden o no ser deseadas por la mayoría democrática. Mientras que existan en la realidad social mexicana, y se basen en el principio de igualdad entre hombres y mujeres, ellas deben ser reconocidas como "Familia Constitucional." Este último requisito es especialmente importante para evitar alegaciones sobre la existencia de una protección constitucional a la poligamia. Sería difícil solicitar a la Constitución mexicana la protección de matrimonios polígamos, dado que uno requisito esencial de las unidades familiares se basa en la igualdad entre hombres y mujeres.⁷⁶

La Corte SCJN analizó el concepto de matrimonio concluyendo que también era un concepto mutable que necesitaba adaptarse a los cambios sociales. Aquí, una vez más, vemos una Corte Suprema que ve el rol de la ley como adaptable a las necesidades sociales en lugar de exigir a la realidad adaptarse a una idea normativa de familia.

La realidad social exige una respuesta por parte de los legisladores... es un hecho innegable que la sociedad, en incluso, la secularización del matrimonio y la transformación de las relaciones humanas, han conducido gradualmente a diferentes formas de relaciones afectivas, sexuales y de apoyo mutuo, y al mismo tiempo, han conducido a

⁷⁵ SCJN, *supra* note 33, Par. 235.

⁷⁶ Incluso antes de analizar la institución de la familia, la corte analiza el principio de igualdad entre hombres y mujeres. *Id.* at Par. 233.

*cambios legislativos en relación con la institución del matrimonio, que han resultado en la redefinición del concepto tradicional [de matrimonio] utilizado en diferentes períodos de tiempo...*⁷⁷

La decisión de la Corte mexicana comienza con una explicación del rol de la Constitución como protectora de las familias y no demandando a las personas ajustarse a un modelo específico de familia. Luego pasó a explicar que era incorrecto creer que la Constitución mexicana sólo permitía que las personas se casaran con personas de diferente sexo.⁷⁸ Por el contrario, la Corte consideró que la Constitución, al igual que el Tribunal Constitucional sudafricano y la Corte Suprema canadiense declararon respecto de sus constituciones, tenía que adaptarse a los cambios sociales.⁷⁹ Analizó el matrimonio como una institución que ya no podía ser vinculada a la procreación y, por tanto, no podía basarse en ello para limitar el matrimonio solo a personas de distinto sexo.⁸⁰

Recientemente, la SCJN tuvo la oportunidad de poner a prueba su decisión sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en un caso que desafió el concepto tradicional del matrimonio del Código Civil del Estado de Oaxaca.⁸¹ En su decisión la SCJN no sólo reforzó su jurisprudencia, sino que también estableció que la orientación sexual era una categoría sospechosa, por lo que estaba sujeta a escrutinio estricto.⁸² Como tal, el Estado de Oaxaca tenía que probar que una medida limitando los derechos constitucionales basada en la orientación sexual respondía a un objetivo constitucionalmente imperativo y que dicha medida debía tener relación directa con el alcance de dicho objetivo constitucionalmente imperativo.⁸³ La SCJN determinó que la regulación del matrimonio del Estado de Oaxaca tenía como fin la protección de la familia y esto era un objetivo imperativo.⁸⁴ Sin embargo, la Corte no consideró que tal medida estaba directamente vinculada con dicha protección ya que la familia protegida por la Constitución mexicana no era la familia nuclear formada por un padre

⁷⁷ *Id.* at Par.242.

⁷⁸ *Id.* at Par. 250.

⁷⁹ *Id.* at Par. 254.

⁸⁰ *Id.* at Par. 249, 250 and 270.

⁸¹ SCJN, *supra* note 33.

⁸² *Id.* at 34.

⁸³ *Id.* at 35.

⁸⁴ *Id.* at 36.

y una madre casados y sus hijos, sino que era la familia entendida como "realidad social."⁸⁵ Nuevamente vemos una Corte Suprema que enfrentada a la tarea de determinar si a las parejas del mismo sexo debe concedérseles el derecho al matrimonio opta por centrarse no en el derecho a contraer matrimonio, sino en el derecho a la familia.

Este es el mismo enfoque adoptado por el STF de Brasil y Tribunal Constitucional de Portugal. La decisión de 2011 sobre uniones permanentes entre parejas del mismo sexo por parte del STF brasileño estaba llena de referencias a las familias no matrimoniales. Adicionalmente a la narrativa sobre la autonomía y la igualdad, varias de las opiniones que formaron la decisión hablaron específicamente sobre la necesidad de reconocer la realidad como la base para la construcción jurídica.⁸⁶ Una de las opiniones hace referencia a la frase latina utilizada en el Derecho Romano para justificar el reconocimiento legal de las realidades cambiantes: *ubi societas, ibi jus*.⁸⁷ Esto significa que la ley sigue la realidad y se adapta a ella. Al igual que las decisiones mexicanas, las opiniones brasileñas conceptualizan a la familia como una unidad de apoyo mutuo.⁸⁸ Una de las opiniones dejó abierta la posibilidad para el reconocimiento de unidades familiares más allá de la división tradicional de “parejas del mismo sexo/heterosexuales” al afirmar que la familia es una construcción cultural que evoluciona con el tiempo. La opinión criticó la unidad familiar patriarcal y dio un recuento histórico de su evolución hacia un concepto igualitario de la familia.

La Corte portuguesa utilizó un razonamiento similar para justificar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, argumentando que la Constitución portuguesa utilizaba conceptos amplios que permitían al legislador mantener una conexión entre la ley y la realidad social. La Corte declaró que la Constitución utiliza un concepto abierto del matrimonio que permite la inclusión de diferentes convicciones sociales, políticas y éticas en diferentes momentos históricos.

⁸⁵ *Id.* at 37.

⁸⁶ El magistrado Luis Fux señaló en su decisión que “los homosexuales crean continuas y duraderas relaciones de amor y apoyo mutuo para compartir medios y proyectos de vida. Esto simplemente ocurre, como siempre ha ocurrido (aunque en muchos casos secretamente), y de seguro continuará ocurriendo.” *Ação direta de inconstitucionalidade, supra* note 45, opinión del magistrado Luis Fux; el magistrado Ayres Brito indicó que el concepto de familia en la Constitución brasileña no tenía un significado ortodoxo, pero que se ligaba a la realidad. *Id.* opinión del magistrado Ayres Brito at 37.

⁸⁷ *Id.* opinion of Justice Luis Fux at 10.

⁸⁸ *Id.* opinion of Justice Luis Fux at 12.

La decisión de la Corte Suprema de Iowa en el caso *Varnum v Brien* podría ser visto como reforzando el paradigma del matrimonio. Al igual que la Corte Suprema de Massachusetts en *Goodridge*, la Corte Suprema de Iowa hizo hincapié en las buenas cualidades de las demandantes para resaltar sus similitudes con las parejas de distinto sexo. La Corte indicó en su razonamiento que la única diferencia entre las demandantes y la mayoría de los habitantes de Iowa era que estaban "sexual y románticamente atraídas por personas de su mismo sexo." Por lo tanto, el dilema que debía decidir la Corte era si las parejas del mismo sexo estaban situadas en una posición similar a las parejas de distinto sexo con respecto al matrimonio. Es así como decidió que restringir el matrimonio a las parejas del mismo sexo violaba la cláusula constitucional sobre igual protección. Esta decisión se refiere al matrimonio como marco que proporciona estabilidad:

*La sociedad se beneficia, por ejemplo, al proveer a las parejas del mismo sexo de un marco estable en el que críen a sus hijos y puedan tomar decisiones respecto de sus seres queridos en cuanto a su salud y continuación de vida, al igual que lo hacen las parejas de diferente sexo cuando está así previsto.*⁸⁹

Varnum aceptó el matrimonio como una institución que beneficia a la sociedad, pero lo hizo con base en la práctica más que en una visión idealista del matrimonio. No dijo nada sobre que el matrimonio como institución que hace mejores a las personas, o que el matrimonio dé una dignidad especial a las partes. Más importante aún, junto con el análisis sobre el matrimonio, afirmó que las interpretaciones constitucionales evolucionan. Citando una resolución previa, señaló que la "Constitución de Iowa no está ni remotamente ligada a la tradición, pero sí reconoce la naturaleza cambiante de la sociedad." En el caso *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, la Corte Suprema del Estado de Connecticut en Estados Unidos, también abrió un espacio para concepciones futuras más realistas de la familia.⁹⁰ Se entiende que las normas constitucionales deben interpretarse de acuerdo con el contexto en que se están aplicando.

⁸⁹ *Varnum*, *supra* nota 40.

⁹⁰ *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 289 Conn. 135, 156-57, 957 A.2d 407, 420-21 (2008),

3. Conclusiones y Recomendaciones

Las parejas del mismo sexo son una realidad que no puede negarse. La orientación sexual es una parte esencial de todas las personas, lo cual el derecho puede reconocer, o negar. Si lo niega, sin embargo, está violando derechos fundamentales de las personas. Es una violación al derecho a la igualdad consagrado en la mayoría de las constituciones occidentales, y consagrado en los tratados internacionales de carácter universal y regional de derechos humanos suscritos por Colombia. El matrimonio igualitario es solo un corolario del reconocimiento del derecho a la igualdad y a la autonomía.

Este informe ha tenido por objeto mostrar a la Honorable Corte Constitucional de Colombia dos elementos de análisis que han tenido en consideración las más altas cortes en otros países cuando se han visto enfrentadas a la demanda por el reconocimiento del matrimonio igualitario. Por una parte, el análisis del rol de la dignidad humana como base para el reconocimiento de derechos constitucionales, y por otra parte, la discusión sobre el rol de las constituciones en sociedades cambiantes. En cuanto al concepto de dignidad humana, vemos que ya se ha adoptado como una base del derecho a la igualdad, o del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando un Estado reconoce el matrimonio a algunos de sus individuos, es un imperativo de la dignidad humana no restringir ese derecho a algunas personas en base a un elemento esencial de toda mujer u hombre como es su orientación sexual. Esa es una violación innegable a la dignidad humana. En países donde el matrimonio ha sido la institución fundamental del derecho de familia, el razonamiento para determinar el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, a la luz del concepto fundamental de reconocimiento de la dignidad humana, lleva al mismo resultado: Si el matrimonio es fundamental, se niega la dignidad de las personas gays y lesbianas al negarles acceso a dicha institución tan importante para esas sociedades.

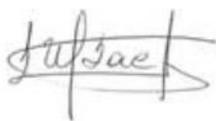
En cuanto al rol de la constitución y el derecho de familia en cada país, la demanda por el reconocimiento del derecho al acceso a la familia matrimonial obliga a las cortes a un análisis sobre la rigidez o movilidad de los conceptos constitucionales. Un análisis comparado nos muestra que las más altas cortes de distintos países y Estados en países federados han reconocido que los conceptos legales evolucionan a la par con la evolución social de los países.

El rol de la constitución no es forzar a las personas a ajustarse a los deseos de las mayorías. Precisamente, uno de los roles de la constitución es proteger a las personas de los deseos de las propias mayorías cuando tienen como resultado la discriminación de las minorías. Junto con la evolución de las sociedades, el concepto de familia evoluciona.

Esperamos que estos elementos puedan asistir a la Honorable Corte Constitucional de Colombia, cuya jurisprudencia en materia de igualdad ha sido un modelo argumentativo seguido por otras cortes en la región en materias de discriminación por orientación sexual. Como bien sabe esta Honorable Corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado recurrentemente la jurisprudencia colombiana y fue muy importante en su primera decisión *Atala e hijas v. Chile*, por el cual estableció que la discriminación por orientación sexual constituía violación a la Convención Americana de Derechos Humanos. Tanto la jurisprudencia colombiana, como su marco regulatorio llevan directamente hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario como un imperativo constitucional y convencional.



Julieta Lemaitre Ripoll



Macarena Sáez Torres



Nicole Duffau Valdés

CC 45.490.856 de Cartagena