

2014

El Principio De Igualdad Y No Discriminación Como Límite Al Margen De Apreciación En El Reconocimiento Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo

Amaury A. Reyes-Torres

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Reyes-Torres, Amaury A. "El Principio De Igualdad Y No Discriminación Como Límite Al Margen De Apreciación En El Reconocimiento Del Matrimonio Entre Personas Del Mismo Sexo." *American University International Law Review* 29 no. 4 (2014): 761-795.

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in *American University International Law Review* by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact fbrown@wcl.american.edu.

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN COMO LÍMITE AL MARGEN
DE APRECIACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO
DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL
MISMO SEXO**

AMAURY A. REYES-TORRES*

I. INTRODUCCIÓN	762
II. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA CORTE EUROPEA E INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	764
III. EL DERECHO DE IGUALDAD Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO Y GARANTÍA SIN DISCRIMINACIÓN.....	772
A. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN GENERAL DE DISCRIMINACIÓN: DISTINCIÓN Y GENERALIDADES.....	772
B. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA PROTEGIDA POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN	774

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM-RSTA), Santo Domingo, República Dominicana. Máster en Derecho de la Regulación Económica y Derecho Constitucional. Docente de Derecho Constitucional I y II en la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Actualmente se desempeña como Letrado de Adscripción Temporal en el Tribunal Constitucional de la República Dominicana. El autor agradece profundamente a la Academy on Human Rights and International Humanitarian Law de la American University Washington College of Law por la oportunidad. Asimismo, agradece la labor realizada por los editores y colaboradores del American University International Law Review por su excelente trabajo; en particular a Matthew D’Orsi por su disponibilidad y entrega. Asimismo, quisiera agradecer a Myriam G. Stern Velásquez por sus comentarios y observaciones a versiones anteriores de este trabajo. El presente ensayo está dedicado a Julio José Rojas Báez por su animarme a plasmar en papel estas ideas que, en innumerables ocasiones, hemos discutido; y a todo aquel que cree, en términos de Kelsen, que es posible alcanzar la paz por medio del derecho.

IV. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN VS. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL.....	779
A. SCHALK Y KOPF V. AUSTRIA: GENERALIDADES DE UN PROBLEMA DE APRECIACIÓN	779
B. PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE AL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ACCESO AL MATRIMONIO IGUALITARIO	781
V. REFLEXIONES FINALES	792

I. INTRODUCCIÓN

El derecho es el reflejo de los cambios sociales y la necesidad de que éste responda a tales cambios de manera eficiente. En un mundo de rápido crecimiento, el tema relativo a la homosexualidad ha ido más allá de lo social, hasta ser un punto de ardua y fascinante discusión, en particular respecto al matrimonio. Ante las distintas divergencias sobre el asunto, el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo plantea cuestiones que afectan el núcleo esencial de la labor del sistema interamericano, así como revela la disparidad de opiniones entre los Estados sobre su reconocimiento. Algo es claro: lo anterior somete al principio democrático a una seria tensión que no hace más que revelar esa dificultad contra-mayoritaria que Alexander Bickel una vez observó y a la cual, sin duda, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (“Corte IDH”) no puede escapar.¹

La Corte Europea de los Derechos Humanos (“Corte EDH”), a modo de hacer frente la tensión, ha recurrido al llamado “margen de apreciación” o “margen de apreciación nacional,” que no es más que la discreción reconocida al Estado respecto a sus obligaciones bajo la Convención Europea de los Derechos Humanos (“CEDH”).² Como instrumento de deferencia a favor del Estado para la determinación de un significado de derecho humano a una disposición o enunciado de la convención, el margen de apreciación resulta ser un recurso, en

1. ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* [LA RAMA MENOS PELIGROSA: LA CORTE SUPREMA A LA MARGEN DE LA POLÍTICA] 16–23 (2da. ed. 1986).

2. Véase *infra* exposición en el apartado II.

principio, saludable para la estructura democrática sobre el cual se apoya el sistema de protección de derechos humanos. A pesar de que es saludable en términos democráticos y de respeto a las diferentes perspectivas de los derechos contenidos en la convención, el recurso del margen de apreciación ha arrojado resultados confusos y contradictorios, hasta el punto de admitir apreciaciones estatales amplias respecto a cuestiones relacionadas a la identidad y existencia personal, como la orientación sexual.

El presente trabajo no trata de demostrar si existe una obligación a cargo de los Estados partes a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo o dilucidar las cuestiones propias del principio democrático del ejercicio del control por parte de la Corte IDH sobre estos temas, sino sobre el margen de apreciación como instrumento de deferencia y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, el presente trabajo versa sobre tres argumentos: (1) igualdad, (2) margen de apreciación nacional, y (3) matrimonio entre personas del mismo sexo. Mediante estos argumentos, se demuestra que en el desarrollo actual del derecho de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (“CADH”), la Corte IDH no puede valerse de un concepto amplio de la doctrina del margen de apreciación, en el mismo sentido utilizado por la Corte EDH, cuando se trata de categorías protegidas contra la discriminación como la orientación sexual.

En primer lugar, analizaremos cómo la doctrina del margen de apreciación es una doctrina ambigua y confusa, y cómo su práctica ha arrojado resultados contradictorios, pero que no se predica por igual ante la Corte EDH y la Corte IDH.³ Asimismo, en segundo lugar, se examinará que bajo la cláusula de igualdad y no discriminación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, la deferencia de la Corte IDH encuentra un límite en el fundamento último de la Convención, por lo que todo trato diferenciado debe satisfacer un escrutinio estricto que reduce el ámbito del margen de apreciación.⁴ Finalmente, reconocer un amplio margen de apreciación en relación a una categoría protegida, si tomamos como ejemplo *Schalk y Kopf v. Austria*⁵ de la Corte EDH que niega el acceso al matrimonio a las

3. Véase *infra* exposición en el apartado II.

4. Véase *infra* exposición en el apartado III.

5. *Schalk y Kopf v. Austria*, 2010 Corte E.D.H. (2010), disponible en

personas del mismo sexo, reduciría el núcleo esencial del disfrute de los derechos de la convención sin discriminación.⁶

II. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LA CORTE EUROPEA E INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La cantidad de Estados partes a un convenio de derechos humanos evidencia la pluralidad de prácticas, visiones, e ideas sobre el contenido y alcance de las disposiciones de las respectivas convenciones. Por razones que vamos a elaborar a continuación, no es una exageración afirmar que el margen de apreciación nacional desempeña un rol de gran envergadura en la interpretación de la Convención. En efecto, por medio del margen de apreciación nacional, se busca mitigar los efectos interpretativos que se puedan imponer sobre los Estados partes obligaciones distintas a las que fueron pactadas, sin que la Corte pudiese intervenir en aquellas actuaciones cubiertas por el margen.⁷

El origen del margen de apreciación se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos (“Corte EDH”),⁸ con algunos antecedentes identificados durante la

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

6. Véase *infra* exposición en el apartado IV.

7. Véase CLARE OVEY & ROBIN WHITE, *THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS [EL CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS]* 53–54 (4ta. ed. 2006) (explicando que la Corte concede deferencia a los Estados Partes cuando el asunto está dentro del margen de apreciación nacional aunque todavía se puedan revisar las decisiones).

8. Véase Cristinel Murzea, *The European Court of Human Rights and Its Theories of Interpreting the European Convention of Human Rights [La Corte Europea de Derechos Humanos y sus teorías de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos]*, 54 BULL. TRANSILVANIA UNIV. BRAȘOV 141, 142 (2012) disponible en http://webbut.unitbv.ro/BU2012/Series%20VII/BULETIN%20VII%20PDF/18_MURZEA_BUT-1%202012.pdf (indicando que un antecedente más remoto sería en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, “marge d’appréciation,” y en el derecho administrativo del derecho continental); Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law [El margen de apreciación y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: La amenaza al estado de derecho]*, 11 COLUM. J. EUR. L. 113, 116 (2004) (notando que la doctrina del margen de apreciación fue desarrollada para determinar la cantidad de criterios que se deben dar a las agencias administrativas).

época donde la Comisión era un órgano indispensable del sistema europeo de los derechos humanos.⁹ Con el caso *Handyside v. United Kingdom*,¹⁰ la Corte EDH abre una de las páginas más controversiales del sistema regional de protección de los derechos humanos al reconocer el margen de apreciación. El margen es utilizado para la determinación de si la injerencia de un Estado respecto a un derecho protegido por la convención, para alcanzar ciertos intereses, es necesario en una sociedad democrática.¹¹ Es decir, la cuestión es si la injerencia de un Estado es indispensable como parte de una necesaria presión social,¹² para lo cual el Estado goza de un margen para determinar esa necesidad.¹³

El margen de apreciación nacional implica que al Estado le es reconocido un cierto marco de discreción a la hora de adoptar una determinada medida legislativa, administrativa o judicial,¹⁴ en relación a un derecho tutelado por la convención.¹⁵ Según la Corte EDH, los Estados tienen un cierto margen de apreciación en la decisión de hasta qué punto una intervención sobre el derecho es necesaria, la cual debe ser proporcional y justificada en principio, cuya revisión estará a cargo de la Corte.¹⁶ La lógica de la discreción

9. Véase generalmente *Lawless v. Irlanda*, 3 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 28 (1961) (sosteniendo que la Corte debe determinar si los hechos y las circunstancias del caso caen dentro del ámbito de la Convención).

10. Véase *Handyside v. Reino Unido*, 1 Corte E.D.H. 737, ¶ 48 (1976) (estableciendo el análisis para el margen de apreciación nacional); Brauch, *supra* nota 8, en 116.

11. MARK W. JANIS, RICHARD S. KAY & ANTHONY W. BRADLEY, *EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW: TEXT AND MATERIALS [EL DERECHO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: TEXTO Y MATERIALES]* 242-43 (3ra. ed. 2008).

12. Brauch, *supra* nota 8, en 119.

13. Véase *Vejdeland v. Suecia*, Demanda No. 1813/07, Corte E.D.H. ¶ 51 (2012), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046>.

14. Véase *Eweida v. Reino Unido*, Demanda Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Corte E.D.H. ¶ 94 (2013), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881> (reconociendo que las autoridades nacionales, especialmente los tribunales, funcionan dentro del margen).

15. DAVID HARRIS ET AL., *LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS [EL DERECHO DEL CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS]* 11 (2da. ed. 2009).

16. Véase *Eweida*, Demanda Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Corte E.D.H. ¶ 84 (concluyendo que el Estado tiene cierto margen de apreciación sujeto del control europeo).

reconocida al Estado es que el Estado, por su proximidad a las circunstancias fácticas¹⁷ o realidades legales,¹⁸ está en una mejor posición que la Corte en valorar la pertinencia y necesidad de la medida adoptada en beneficio del interés público.¹⁹

Sin embargo, esta discreción no es absoluta: la misma está sujeta al escrutinio de los órganos del sistema, según sea el caso. De acuerdo al caso *Olsson v. Sweden*,²⁰ el ámbito de control jurisdiccional de la Corte no se limita a si el ejercicio de la discrecionalidad resulta razonable, cuidadosa o de buena fe.²¹ También examina el caso como un todo para determinar de si las medidas adoptadas por el Estado son relevantes o suficientes.²²

En efecto, el escrutinio practicado sobre las acciones del Estado que se ha amparado del margen de apreciación versa, *entre otras cosas*, si ha realizado un balance convencionalmente adecuado de los intereses del titular del derecho y los intereses del Estado en la adopción de la medida.²³ Además, en nuestra opinión, no sólo los intereses serán objeto de ponderación por parte del tribunal, sino también deberán ser contrastados respecto al contenido del derecho en cuestión y observar si la limitación compromete el contenido del

17. Véase IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW [LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO] 38–39 (5ta. ed. 1998) (discutiendo que el derecho doméstico constituye un hecho probatorio ante tribunales internacionales); *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* [Ciertos intereses alemanes en la Silesia superior polaca], 1925 P.C.I.J. (ser. A) No. 7, en 19 (25 mayo 1926) (notando que el derecho doméstico es un hecho y funciona como una decisión legal o administrativa).

18. Véase OVEY & WHITE, *supra* nota 7, en 54 (reiterando que los Estados pueden tener varios aplicaciones de los partes del Convenio).

19. Véase *Vistins & Perepjolkins v. Letonia*, Demanda No. 71243/01, Corte E.D.H. ¶ 106 (2011), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103866> (identificando que el Estado conoce su sociedad y su necesidades más que un tribunal internacional).

20. *Olsson v. Suecia* (No. 1), 130 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 68 (1988).

21. Véase *id.* ¶ 68; Onder Bakircioglu, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases* [La aplicación de la doctrina del margen de apreciación en casos sobre la libertad de expresión y la moralidad], 8 GER. L.J. 711, 718 (2007).

22. *Olsson*, 130 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 68.

23. Véase generalmente Jan Katrochvil, *The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights* [La inflación del margen de apreciación por la Corte Europea de los Derechos Humanos] 29 *Netherlands Q. Hum. Rights L.*, 324, 328, 344 (2011).

mismo hasta el punto que comprometa el objeto y fin de la Convención. Si bien el margen le permite a la Corte aceptar las distintas concepciones y apreciaciones de los derechos de la Convención en beneficio de los Estados,²⁴ creemos que dicha diversidad de perspectivas no puede comprometer la esencia misma del derecho en juego, como sostendremos más adelante.

El margen de apreciación es una consecuencia directa e inmediata del carácter subsidiario de la Corte respecto a los Estados, en especial que estos últimos poseen una legitimidad democrática de manera directa.²⁵ La idea del control de convencionalidad²⁶ en el ámbito de la Corte IDH también refleja este elemento subsidiario. Es que la obligación primaria de respeto y garantía de los derechos protegidos en la Convención descansa sobre los Estados y por ello, por lo que juega a favor de ellos una presunción de que han realizado todo lo que está a su alcance para la protección de los derechos.²⁷ Por otra parte, el margen de apreciación es una consecuencia inmediata de la diversidad o divergencia moral, ya que, según la Corte EDH, “varía de tiempo en tiempo y de lugar a lugar, especialmente en nuestra era, la cual está caracterizada por una rápida evolución de opiniones sobre el tema.”²⁸

La procedencia de la discreción o del margen ha sido tratada de manera distinta por los tribunales internacionales de derechos

24. *Id.* en 6 (explicando que el equilibrio que la Corte tiene que lograr entre la Convención y las medidas del Estado sirve para las diferentes perspectivas).

25. Véase *Hatton v. Reino Unido*, 2003-VIII Corte E.D.H. ¶ 97 (2003) (opinando que los Estados son más aptos para determinar las necesidades y condiciones del municipal); Paul Gallagher, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation* [La Corte Europea de Derechos Humanos y el margen de apreciación] 7 (Univ. Coll. Dublin, Working Paper No. 52/2011, 2011) (notando que las autoridades nacionales tienen legitimidad democrática directa).

26. Véase *García v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) No. 220, ¶ 225 (26 nov. 2010) (explicando que los jueces y órganos de justicia se encargan del control de convencionalidad); *Fontevecchia & D’Amico v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) No. 238, ¶ 93 (29 nov. 2011).

27. Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1, 22 nov. 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [en adelante Convención Americana] (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.”).

28. *Handyside v. Reino Unido*, 24 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 48 (1976).

humanos, en términos particulares. Por un lado, la Corte EDH ha sostenido que donde no exista consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, o bien de la relativa importancia de los intereses en juego o de las formas de protegerlos, el ámbito del margen se amplía, particularmente si el caso implica cuestiones de alta sensibilidad moral o éticas.²⁹ En otras palabras, la Corte EDH reconoce la aplicación del margen en dos factores: cuando se deba balancear la importancia de un derecho con la importancia de una restricción, o ante la existencia de un consenso europeo sobre el asunto apoderado a la Corte.³⁰ En nuestra opinión, un nuevo elemento al margen de apreciación puede derivarse de la inexistencia de una concepción europea de lo moral.³¹

La Corte IDH, con mucha menor frecuencia, ha reconocido en algunos casos que los Estados partes de la CADH gozan de un cierto margen de apreciación, lo cual era de esperarse por el carácter subsidiario de la misma. En este sentido, en la opinión consultiva sobre la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización,³² la Corte IDH reconoció que el Estado tiene un margen de apreciación en el establecimiento de requisitos para la nacionalización de extranjeros³³ o bien para precisar los imperativos del bien común.³⁴ Asimismo, en el caso de acceso a los recursos, a propósito de la doble instancia, la Corte IDH ha reconocido un margen de apreciación al Estado para la configuración de los mismos pero sin que afecte la esencia misma de ellos.³⁵ Además, la Corte IDH reconoció que la ley doméstica deberá

29. Véase *Evans v. Reino Unido*, 2007-I, Corte E.D.H. ¶ 77 (2007).

30. Cf. *Brauch*, *supra* nota 8, en 126–27.

31. Véase *generalmente Handyside*, 24 Corte E.D.H. (ser. A) ¶¶ 48–50 (analizando los diferentes factores del margen que la Corte tiene que evaluar).

32. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, Corte I.D.H. (ser. A) No. 4, ¶ 62 (19 ene. 1984) [en adelante Propuesta de Modificación].

33. Véase *id.* ¶ 62 (aclarando que los Estados no pueden implementar requisitos que sean exagerados e injustificados).

34. *Id.* ¶¶ 57–58.

35. Véase *Barreto Leiva v. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 206, ¶ 90 (17 nov. 2009) (notando que los Estados pueden controlar sus recursos pero no pueden implementar restricciones o requisitos que dañan la característica del derecho); *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 107, ¶ 161 (2 jul. 2004).

darle un margen de apreciación objetivo al juez nacional para evaluar la gravedad de un delito, a propósito de la pena de muerte.³⁶

Sin embargo, la Corte Interamericana, aunque lo abordaremos más adelante, respecto al margen de apreciación, rechazó una concepción amplia de la falta o ausencia de consenso. En efecto, en *Atala Riffo v. Chile*³⁷ la Corte IDH consideró que la falta de consenso en el interior de algunos países sobre el pleno respeto de los derechos no puede ser considerada como válida, a propósito de las minorías sexuales.³⁸ Esto supone una separación de la concepción de la doctrina del margen de apreciación que tiene la Corte EDH a la hora de determinar la vulneración de un derecho por alguna medida establecida por el Estado. Además, cabe mencionar que la Corte IDH no se ha valido de los ambiguos y amplios parámetros descritos *ut supra* sobre los cuales la Corte EDH reconoce el margen de apreciación a los Estados.

Retomando las consideraciones iniciales sobre el margen de apreciación, cuando en un determinado caso se reconoce el margen, es importante determinar en qué o para qué se reconoce el margen. Si no, la discreción se convierte en arbitrariedad. Tal como sostiene Peter Van Dijk “la conducta de los Estados contratantes tiene que ser controlada, no sólo para su conformidad con el derecho nacional y las apreciación de las autoridades nacionales, pero también para su conformidad con las normas de la Convención.”³⁹ En efecto, consideramos que si mediante la deferencia se permite a los Estados participar activamente en la concreción de los derechos, no se renuncia a su favor los mismos, ya que si no perdería el objeto y fin de la convención.

A pesar de la inconsistencia y ambigüedad, lo que el margen dispone, en cuanto se refiere a los posibles límites de un derecho

36. Véase *Raxcacó Reyes v. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 133, ¶¶ 70–71 (15 sept. 2005).

37. *Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239 (24 feb. 2012).

38. Véase *Atala Riffo*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶¶ 92–93 (declarando que no importa si hay un consenso con respecto a la orientación sexual porque es un derecho reconocido, y los Estados no pueden negar o restringir los derechos humanos básicos de las personas).

39. PETER VAN DIJK, *THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS [LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DEL CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS]* 432 (1984).

protegido en la Convención, es que el Estado puede tener un mayor grado de flexibilidad. Como bien sugieren A.H. Robertson & J.G. Merrills, existen casos relacionados a la protección de derechos específicos que regularmente están sujetos a limitación, como las cuestiones sobre políticas públicas, económicas o sociales.⁴⁰ Puede ser cierto en términos razonables que, por ejemplo, en temas de seguridad nacional ciertos derechos puedan ser suspendidos y difícilmente no puedan ser limitados durante la emergencia; o bien los temas obscenos o de discursos de odio (“*hate speech*”).⁴¹ Sin embargo no existen parámetros objetivos para determinar los “derechos que normalmente son limitados” bajo estas circunstancias.

Por otro lado, a primera mano, la doctrina parece revelar una estructura coherente, pero en términos prácticos, no ha sido tal cosa. En este tenor, como bien expone Ivana Radacic, la Corte EDH se ha inclinado a la doctrina en al menos cuatro circunstancias.⁴² En primer lugar, la Corte EDH ha recurrido a la doctrina para limitar su propio poder de control.⁴³ En segundo lugar, al abrogarse a la doctrina, la Corte EDH difiere el asunto al juicio de las autoridades locales o bien se sustenta en el juicio de estos.⁴⁴ En tercer lugar, la doctrina ha sido utilizada por la Corte para limitar el ámbito de control o revisión

40. Véase A.H. ROBERTSON & J.G. MERRILLS, *HUMAN RIGHTS IN EUROPE* [LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA] 200 (3ra. ed. 1993); *Vistins & Perepjolkins v. Letonia*, Demanda No. 71243/01, Corte E.D.H. ¶ 106 (2011), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103866> (proponiendo que los legisladores nacionales deben recibir un amplio margen de apreciación en relación a las políticas sociales y económicas porque los Estados tienen diversas opiniones sobre las normas de interés público).

41. Véase *Vejdeland v. Suecia*, Demanda No. 1813/07, Corte E.D.H. ¶ 53 (2012) (notando que la libertad de expresión se puede restringir si el Estado lo ve necesario y si se hace de una manera convincente).

42. Véase Ivana Radacic, *The Margin of Appreciation, Consensus, Morality and the Rights of the Vulnerable Groups* [El margen de la apreciación, el consenso, la moralidad, y los derechos de los grupos vulnerables], 31 ZB. PRAV. FAK. RIJ. 599, 600–02 (2010) (proponiendo que la aplicación de la doctrina del margen es inconsistente porque no existe un consenso sobre los problemas morales).

43. Véase *Schalk y Kopf v. Austria*, 2010 Corte E.D.H. ¶¶ 108–10 (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605> (decidiendo que los Estados gozan de la doctrina cuando deciden qué clase de reconocimiento quieren dar para parejas del mismo sexo).

44. Véase Radacic, *supra* nota 42, en 601–02 (mostrando que la Corte puede utilizar la doctrina para evitar explicar sus decisiones).

de los asuntos que le son apoderados, pero a la vez se apoya en el principio de proporcionalidad para el control de la razonabilidad del ejercicio del margen por parte del Estado.⁴⁵ En cuarto lugar, se ha valido del margen de apreciación para indicar, tras la evaluación del caso, que un derecho ha sido vulnerado si el Estado ha sobrepasado los límites del margen o porque el Estado no ha actuado de conformidad al margen.⁴⁶

El propio concepto que ha manejado la Corte EDH tampoco ha sido claro para evitar esto. De hecho, la Corte EDH ha indicado que el ámbito de aplicación o del reconocimiento de un margen de apreciación puede variar de acuerdo a las circunstancias, el objeto y sus antecedentes.⁴⁷ Éstas son palabras tan ambiguas que dejan abierta la posibilidad de determinaciones arbitrarias del ámbito de aplicación del margen de apreciación. En efecto, la indeterminación de estos conceptos por parte de la Corte EDH ha dejado la puerta abierta para los que Estados hagan lo que les plazca.⁴⁸

A final de cuentas, lo que ha demostrado la jurisprudencia de la Corte EDH, de la cual parece apartarse la Corte IDH con *Atala Riffo*, es que el estándar del margen de apreciación no ha sido tanto un estándar de interpretación sino más bien un estándar para la justificación de las actuaciones del Estado. Por lo que el margen de apreciación en los términos expuestos, como un estándar para determinar el valor moral o de aceptación de las previsiones de la Convención, significa una excesiva flexibilización de las obligaciones de respeto y garantía sin discriminación de los derechos en la Convención.

45. Véase *Vistins & Perepjolkins*, Demanda No. 71243/01, Corte E.D.H. ¶ 106 (concluyendo que las autoridades nacionales entendían el interés público sobre el asunto de propiedad y que sus juicios son válidos si sus fundaciones son razonables).

46. Véase *Campbell v. Reino Unido*, 233 Corte E.D.H. (ser. A) ¶¶ 53-54 (1992) (determinando que el Estado infringió la Convención porque no tenía una necesidad pública para su decisión de abrir y leer la correspondencia de la víctima).

47. *Rasmussen v. Dinamarca*, 87 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 40 (1984).

48. Véase *Z. v. Finlandia*, 1997-I Corte E.D.H. 33-34, ¶ III (1997) (De Meyer, J., disintiendo) (rechazando el uso del margen de apreciación para derechos humanos y recomendando que la Corte decida el ámbito).

III. EL DERECHO DE IGUALDAD Y LA OBLIGACIÓN GENERAL DE RESPETO Y GARANTÍA SIN DISCRIMINACIÓN

A. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICIÓN GENERAL DE DISCRIMINACIÓN: DISTINCIÓN Y GENERALIDADES

El derecho a la igualdad y a la no discriminación constituyen los pilares fundamentales de la protección internacional de los derechos humanos, y sin excepción, los fundamentos de toda sociedad democrática. Aunque podrían ser principios comúnmente asimilados como sinónimos, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen distintas connotaciones; no quiere decir que están desligados uno del otro.⁴⁹

En el ámbito de la CADH, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se evidencian en dos dimensiones.⁵⁰ La primera forma parte de los principios rectores y de las obligaciones generales de respeto y garantía en la convención, a propósito del artículo 1.1.⁵¹ La segunda dimensión, respecto al derecho a la igualdad ante la ley y de la protección igualitaria de la

49. Véase *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, Corte I.D.H. (ser. A) No. 18, ¶ 83 (17 sept. 2003) [en adelante *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*] (“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados . . . al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que [e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio.”).

50. Véase Julio José Rojas Báez, *El establecimiento de la responsabilidad internacional del estado por violación a normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre*, 25 AM. U. INT'L. L. REV. 7, 28 (2010).

51. Véase Convención Americana, *supra* nota 27, art. 1.1 (expresando la prohibición de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social); Apitz Barbera v. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 182, ¶ 209 (5 ago. 2008) (“[S]i un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión.”).

ley, acarrea obligaciones a cargo del Estado.⁵²

Para la Corte IDH, un determinado acto discriminatorio del Estado será examinado bajo una u otra dimensión dependiendo respecto a qué se realiza un tratamiento diferenciado irrazonable y no objetivo. En efecto, si la conducta del Estado es discriminatoria respecto a uno o varios derechos garantizados por la CADH, entonces la imputación de responsabilidad y su evaluación se realiza bajo la óptica del artículo 1.1. En este sentido, si se ha vulnerado cualquiera de los derechos consagrados en la convención, también se ha vulnerado el artículo 1.1, en vista de que el Estado no ha cumplido con el deber general de garantía:⁵³

El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.⁵⁴

Asimismo, si la conducta discriminatoria se refiere a “una protección desigual de la ley interna,” entonces se entiende que la imputación de responsabilidad es bajo el artículo 24 de la CADH.⁵⁵ En este sentido, a propósito de la distinción con la primera dimensión, la Corte IDH sostuvo que:

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de

52. Cf. *Apitz Barbera*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 182, ¶ 209 (indicando que la cláusula de no discriminación es una obligación general); *Ríos v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 194, ¶ 348 (28 ene. 2009) (observando que los Estados se han comprometido a no implementar legislación discriminatoria).

53. *Las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 120, ¶ 107 (1 mar. 2005).

54. Propuesta de Modificación, *supra* nota 32, ¶ 53.

55. Véase Convención Americana, *supra* nota 27, art. 24 (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”); véase también *Duarte v. Uruguay*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 234, ¶ 174 (13 oct. 2011); *Cantú y otros v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 216, ¶ 183 (31 ago. 2010).

derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1. de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.⁵⁶

El sistema europeo bajo el CEDH opera en sentido similar, distinguiendo entre el artículo 14 del convenio y el artículo 1 del Protocolo 12. En este sentido, de acuerdo a la Corte EDH, el artículo 14 no prescribe un contenido autónomo en términos procesales:⁵⁷ es decir, aplica únicamente para los derechos protegidos por la Convención.⁵⁸ Debe ser reclamado en conjunción con otro de los derechos protegidos por el convenio, aunque no bajo la misma extensión y ámbito que el mandato de la CADH que lo prescribe como obligación general de respeto y garantía sin discriminación.⁵⁹ Aunque la Corte EDH recurre a un estándar particular para aplicar el artículo 14 de la CEDH, cuando la pretensión del titular del derecho bien no pruebe que es un derecho en sí protegido por la convención, sí cae no obstante dentro del ámbito de protección.

B. LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA PROTEGIDA POR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

Agotada la necesaria distinción entre la prohibición de discriminación y el principio de igualdad como parte de la obligación

56. *Yatama v. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) No. 127, ¶ 186 (23 jun. 2005).

57. Véase *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium"* [Caso "sobre ciertos aspectos de la ley del uso de idiomas en educación en Bélgica"] v. Bélgica, 6 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 9 (1968) (dando un contenido autónomo al artículo 14º porque no es necesario que haya una violación del derecho sustantivo en cuestión cuando la Corte lo aplique).

58. Véase Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 14, 4 nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221, *disponible en español en* http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (afirmando que la prohibición de discriminación aplica a los derechos y las libertades del Convenio).

59. *Clift v. Reino Unido*, Demanda No. 7205/07, Corte E.D.H. ¶ 41 (2010), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99913>.

general de respeto y garantía, y como de la protección igualitaria ante la ley, debemos embarcarnos, brevemente, sobre su naturaleza jurídica en el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, se hace necesario abordar el ámbito de protección del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, a fin de realizar una crítica a la utilización del margen de apreciación nacional como supuesto de exclusión del matrimonio a las personas del mismo sexo.

El derecho a la igualdad y no discriminación son principios básicos de toda sociedad democrática bajo la protección de derechos humanos.⁶⁰ Permean todo el ordenamiento jurídico doméstico e internacional, y en el estado actual del desarrollo del derecho, el mismo ha entrado al dominio del *jus cogens*.⁶¹ El hecho de que pertenezca al dominio del *jus cogens* significa que no puede prevalecer otro valor o bien sobre una norma *jus cogens* salvo que sea de la misma naturaleza, tal como se deriva del artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁶²

A los fines del presente trabajo no nos adentraremos a las debilidades que presenta el concepto de *jus cogens* en cuanto a la determinación de su contenido y qué órgano sujeto de derecho está autorizado para ello. Sin embargo, lo que es importante—en base al desarrollo actual del principio de igualdad respecto a la norma *jus cogens*—es que cualquier actuación que sea contraria a la posición que tiene en el sistema de normas en el derecho internacional queda excluida y por ende desechada. Solamente otra norma *jus cogens* puede desechar o derogar otra norma de carácter *jus cogens*.⁶³

60. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 49, ¶ 83.

61. Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 214, ¶ 269 (24 ago. 2010).

62. Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53, *abierto para firma* 23 de mar. 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 443 (“Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general [*jus cogens*] es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”).

63. Véase BROWNIE, *supra* nota 17, en 515 (explicando que las normas con carácter de *jus cogens* no pueden ser negados); véase también Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law* [*Hacia una doctrina de un margen de apreciación general en*

Conforme a la doctrina del principio de igualdad, la Corte IDH ha considerado que no es posible crear diferencias de trato entre personas que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁶⁴ Si el Estado implementa alguna medida que implique una diferencia de trato entre personas, será permitida en la medida que sea razonable, proporcional y objetiva, por oposición a toda restricción irrazonable y no objetivo en detrimento de los derechos humanos.⁶⁵

La Corte distingue estas formas de tratamiento diferenciado bajo los conceptos de distinción y discriminación.⁶⁶ Resulta necesario, en ese entendido, que el tratamiento diferenciado persiga un fin legítimo. En su defecto, de acuerdo a la Corte EDH, debe guardar una relación proporcional razonable entre los medios empleados y el fin que se busca alcanzar, de ahí la diferenciación entre distinción y discriminación.⁶⁷

Cuando existe un tratamiento diferenciado, la intensidad del control realizado por el derecho internacional de los derechos humanos aumenta. En efecto, al tratarse de categorías *sospechosas*⁶⁸ o protegidas, la Corte en Estrasburgo y la Corte en San José deben realizar un escrutinio estricto sobre las medidas que realizan la distinción al ser tratamientos particularmente serios.⁶⁹ En el caso de

el derecho internacional], 16 EUR. J. INT'L L. 907, 925–26 (2005) (destacando que existen argumentos que se oponen a las normas *ius cogens*, los que crean un motivo para no reconocer un margen de apreciación a los Estados).

64. Propuesta de Modificación, *supra* note 32, ¶ 54.

65. Véase *id.* ¶ 56 (opinando que no se prohíbe tener un tratamiento jurídico diferente).

66. Véase Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 49, ¶ 84.

67. Karlheinz Schmidt v. Alemania, 291-B Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 24 (1994); Petrovic v. Austria, 1998-II Corte E.D.H. ¶ 30 (1998); Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal, 1999-IX Corte E.D.H. ¶ 29 (1999), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>.

68. Véase *Korematsu v. Estados Unidos*, 323 U.S. 215, 216 (1944) (“[T]odas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca.”) (traducción propia).

69. Véase *generalmente* Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II Doc. 68 (20 ene. 2007), ¶¶ 80–83, *disponible en*

la Corte EDH, no ha utilizado el concepto “categorías sospechas,” pero se deriva un estándar más alto al utilizar las palabras “razones de mucho peso.”⁷⁰ La Corte IDH sólo utiliza el concepto “categoría protegida.”⁷¹

La orientación sexual no sólo se encuentra ligada al concepto de vida privada; también guarda un estrecho vínculo al concepto de libertad y a la posibilidad de auto-determinarse conforme a sus intereses, deseos y convicciones.⁷² En efecto, “la orientación sexual es una característica que es fundamental al sentido personal de sí mismo . . . es, más aún, usada como identificación de una identidad grupal.”⁷³ Por ello, en palabras de la Corte EDH, la discriminación en base a la orientación sexual es tan seria como la discriminación basada en la raza, origen o color.⁷⁴ En consecuencia, tal como sucede al tratarse de diferencias basadas en el sexo, las diferenciaciones realizadas en base a la orientación sexual de una persona, requiere, particularmente, convincentes⁷⁵ y serias razones por los cuales se justifica la diferenciación.⁷⁶

Una aproximación parecida ha adoptado la Corte IDH al respecto, aceptando que la distinción en el trato basado únicamente en cuanto a la orientación sexual resulta inaceptable a la luz de la CADH. En efecto, la Corte IDH realiza su apreciación desde dos puntos de vistas, desde la obligación general de respeto y garantía (1.1) y del

<http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%2020507.pdf>.

70. HARRIS ET AL., *supra* nota 15, en 590.

71. Véase *Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 83 (24 feb. 2012) (discutiendo la orientación sexual como categoría protegida).

72. *Id.* ¶ 136.

73. Véase *Vejdeland v. Suecia*, Demanda No. 1813/07, Corte E.D.H. ¶ 45 (2012).

74. Véase *id.* ¶¶ 42, 45; *Smith & Grady v. Reino Unido*, 1999-VI Corte E.D.H. ¶ 97 (1999).

75. Véase *E.B. v. Francia*, 2008 Corte E.D.H. ¶ 91 (2008), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84571>; véase también *Gas v. Francia*, 2012 Corte E.D.H. ¶ 59 (2012), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109572> (citando varios casos que demuestran que el precedente que requiere razones convincentes para justificar la discriminación en base a la orientación sexual es bien establecido en la Corte).

76. *L. v. Austria*, 2003-I Corte E.D.H. ¶ 45 (2003), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60876>.

derecho a la igualdad ante la ley (24):

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas . . . la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. . . .⁷⁷

Continúa la Corte:

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona.⁷⁸

En efecto, la Corte IDH consideró que “[t]ratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.”⁷⁹ Esto adquiere especial relevancia, cuando se trata de una diferencia de trato basada en la posible discriminación social a la que pueden enfrentarse los menores de edad por la condición del padre o de la madre, lo cual no puede ser justificación para perpetuar tratos de carácter discriminatorios.⁸⁰

Sin embargo, ¿vale oponer la existencia de un margen de apreciación del Estado que aduce alguna medida que implique un

77. *Atala*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 91.

78. *Id.*

79. *Id.* ¶ 124.

80. *Id.* ¶ 119 (aclarando que “[s]i bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como . . . la orientación sexual de una persona, los Estados no lo pueden utilizar como justificación para perpetuar tratos discriminatorios”).

trato diferenciado? Al respecto, la Corte EDH ha sostenido que los Estados partes al convenio “disfrutan de ‘un margen de apreciación’ en la determinación de las diferencias en relación a situaciones similares para justificar un tratamiento diferenciado.”⁸¹ En efecto, tal como expresamos *ut supra*, el ámbito del margen dependerá de las circunstancias, la materia y los antecedentes,⁸² pero además si no existe consenso entre los Estados partes, como tampoco uniformidad sobre cuestiones morales, a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Es admisible diferir al criterio de los Estados partes cuando se traten de cuestiones relacionadas a la orientación sexual, en particular, el matrimonio entre personas del mismo sexo?

IV. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN VS. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

A. SCHALK Y KOPF V. AUSTRIA: GENERALIDADES DE UN PROBLEMA DE APRECIACIÓN

Es importante destacar los aspectos más importantes de la decisión *Schalk y Kopf v. Austria* de la Corte EDH, a fin de poder argumentar con detalle por qué reconocer un margen de apreciación respecto a cuestiones relacionadas a categorías protegidas está limitada por el principio de igualdad y no discriminación.

En tal sentido, Schalk y Kopf (peticionarios) son nacionales austriacos vinculados por una unión romántica.⁸³ Éstos solicitan a las autoridades competentes una licencia para contraer nupcias, la cual fue rechazada en vista de que las nupcias solo podrían ser contraídas por personas de distintos sexos.⁸⁴ Posteriormente, los petitionarios iniciaron una acción constitucional alegando que la imposibilidad legal de contraer nupcias constituye una violación constitucional respecto a su derecho a una vida privada y familiar, así como del

81. Rasmussen v. Dinamarca, 87 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 40 (1984).

82. Eweida v. Reino Unido, Demanda Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Corte E.D.H. ¶ 88 (2013), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115881>.

83. Schalk y Kopf v. Austria, 2010 Corte E.D.H. ¶ 7 (2010), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

84. *Id.* ¶¶ 8–9.

principio de no discriminación.⁸⁵ Sin embargo, la Corte Constitucional rechazó su petición bajo el alegato de que ni el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales ni la Constitución Austriaca reconoce la posibilidad de que sea extendido a parejas del mismo sexo.⁸⁶

Ante esta situación, los peticionarios iniciaron el procedimiento ante la Corte EDH bajo el alegato que el Estado de Austria vulneró el artículo 12 (Derecho al Matrimonio) y el artículo 14 (No discriminación en el Disfrute de Derechos) en conjunto con el artículo 8 (Derecho a la Vida Privada y Familiar).⁸⁷ No obstante, la Corte EDH rechazó sus pretensiones reconociendo un margen de apreciación al Estado para regular las uniones entre personas del mismo sexo.⁸⁸

En este sentido, la Corte EDH examinó el artículo 12 del convenio bajo la cuestión de si el derecho al matrimonio otorgado al hombre y a la mujer puede ser extendido a los peticionarios.⁸⁹ La Corte EDH sostuvo que el criterio de familia hoy en día no requiere la existencia de un niño para que se materialice de forma o de facto, más aun para prohibir el matrimonio.⁹⁰ Aun cuando la CEDH, a juicio de la Corte, debe ser interpretada acorde a las condiciones dadas en el presente, dicha interpretación no permite que el artículo 12 se deba leer de manera que los Estados partes deban proveer acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo, a pesar de que no puede ser entendida la disposición como prohibitiva de la unión de estas parejas.

Al respecto, la Corte observó que entre los miembros del Consejo de Europa no existe un consenso sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Habiendo tomado en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que deja abierta la cuestión de si el matrimonio es aplicable a personas de orientación sexual distintas,⁹¹ bien puede dejar dicho que el matrimonio puede ser

85. Véase *id.* ¶ 11 (razonando que el concepto del matrimonio ha evolucionado desde cuando se promulgó el código civil en el año 1812).

86. *Id.* ¶ 13.

87. *Id.*

88. *Id.* ¶ 53.

89. *Id.* ¶¶ 49, 61.

90. *Id.* ¶ 56.

91. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea art. 9, 2000/C

aplicado a otros tipos de personas.⁹² No obstante la Carta deja abierta esa decisión al margen de apreciación de los Estados partes y su implementación en su legislación interna.⁹³

La Corte enfatizó que las autoridades nacionales están en una mejor posición de responder a las necesidades de la sociedad en este aspecto, dado que el matrimonio está bien arraigado en las connotaciones culturales y sociales de los Estados.⁹⁴ Por lo que la Corte EDH concluyó, contrario a los argumentos de los peticionarios, el artículo 12 del convenio no impone una obligación al gobierno Austriaco de otorgar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio.⁹⁵

B. PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE AL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ACCESO AL MATRIMONIO IGUALITARIO

En *Schalk y Kopf v. Austria* la Corte EDH reconoció que la unión entre personas del mismo sexo representa una “familia” en el sentido del artículo 8 del convenio europeo.⁹⁶ No obstante, dejaba al margen de apreciación de los Estados, *entre otros*, el tema del reconocimiento del matrimonio a las personas del mismo sexo, por oposición al matrimonio heterosexual.⁹⁷ En este tenor, sostuvo que el artículo 12 del convenio no impone a los Estados partes del mismo a reconocer el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo.⁹⁸ En efecto, en cuanto al reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, la Corte EDH sostiene que es un derecho en evolución sobre el cual no existe consenso y donde el Estado debe gozar de un margen de apreciación.⁹⁹

364/10 [en adelante Carta de Derechos Fundamentales] (garantizando el “derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulan su ejercicio”).

92. *Pero véase Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 43 (explicando el argumento del gobierno austriaco que, aunque había visto cambios en el matrimonio desde que se adoptó la CEDH, todavía no existe consenso entre los Estados europeos ni se puede inferir un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en este documento).

93. Carta de Derechos Fundamentales, *supra* nota 91, art. 52.

94. *Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 62.

95. *Id.* ¶ 63.

96. *Id.* ¶ 94.

97. *Id.* ¶ 62.

98. *Id.* ¶ 63.

99. *Id.* ¶ 105.

A pesar que la propia Corte EDH ha establecido que el convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a las condiciones actuales,¹⁰⁰ en este caso la Corte EDH prefirió una visión más conservadora. Aunque en *Goodwin*¹⁰¹ dejó de lado el criterio biológico,¹⁰² la Corte EDH implícitamente se apoya en este criterio para determinar que, aunque las parejas del mismo sexo constituyen una familia, no existe una obligación al reconocimiento del matrimonio o bien la habilitación de protección legal a unión.¹⁰³ En otras palabras, la Corte EDH sí reconoce que constituyen una familia al tenor del artículo 8 del CEDH, pero no es suficiente a fin de determinar la existencia de una obligación positiva de que exista una protección o reconocimiento legal a su unión. Queda al margen de apreciación del Estado ante la falta de consenso europeo y la divergencia moral existente sobre el tema.

En este tenor, la deferencia les deja a ellos con su propia visión de lo que es el matrimonio y el rol que este desempeña en la sociedad. En *Schalk y Kopf* sostuvo que no existe el consenso sobre el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁰⁴ Esto nos lleva a la siguiente pregunta: si las parejas del mismo sexo son tan capaces como las personas de distinto sexo, como bien se desprende de *Schalk y Kopf*,¹⁰⁵ ¿cómo pueden, entonces, tener un régimen jurídico distinto, en especial si la procreación o la ausencia de descendientes no es un obstáculo para contraer matrimonio?¹⁰⁶

En el ámbito de la CADH, el derecho al matrimonio se encuentra adscrito a la disposición del artículo 17 sobre la protección a la familia.¹⁰⁷ En cuanto al numeral 1, la familia constituye el elemento

100. E.B. v. Francia, 2008 Corte E.D.H. ¶ 92 (2008).

101. *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 100 (2002), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596>.

102. *Id.*

103. Véase *Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶¶ 60, 90 (refiriendo al comentario que acompaña al artículo 9 del CEDH).

104. *Id.* ¶ 58.

105. Véase *id.* ¶ 99 (reconociendo que, porque las parejas del mismo sexo son tan capaces como las parejas de distinto sexo, necesitan la protección legal en sus relaciones de la misma manera).

106. Véase *Goodwin*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 98 (clarificando que, aunque el artículo 12 del CADH establece el derecho de un hombre y una mujer de contraer matrimonio y de fundar a una familia, una pareja de distinto sexo no pierde su derecho al matrimonio si no puede tener o cuidar a un hijo o una hija).

107. Convención Americana, *supra* nota 27, art. 17.

natural y fundamental de la sociedad, tanto los Estados y la sociedad tienen una obligación para su protección.¹⁰⁸ La familia no se entiende en sentido tradicional, sino que es un vínculo que trasciende dicha característica. En efecto, tanto la Corte EDH¹⁰⁹ como la Corte IDH han identificado que el concepto de familia también ampara a las personas cuya inclinación u orientación sexual es hacia su mismo sexo. En palabras de la Corte IDH:

[. . .] [E]n la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.¹¹⁰

En cuanto al numeral 2, el mismo establece que tanto el hombre como la mujer tiene el derecho a contraer matrimonio, bajo las condiciones que prescriban las leyes internas.¹¹¹ En este sentido, tal como se deriva del fallo *Schalk y Kopf*, queda al margen de apreciación de los Estados la regulación del matrimonio para las parejas.¹¹² Sin embargo, del texto del artículo 17 numeral 2 se deriva una condicionante esencial derivada de la obligación general de respeto y garantía que limita el margen de apreciación de los Estados. En efecto, las leyes internas podrán prescribir las

108. *Id.* art. 17.1.

109. Véase *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, 1999-IX Corte E.D.H. ¶¶ 34–36 (1999), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58404>; véase también *Karner v. Austria*, 2003-IX Corte E.D.H. ¶ 41 (2003), *disponible en* <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263> (“El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo . . . como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo. . . .”); *Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 94.

110. *Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 142 (24 feb. 2012).

111. Convención Americana, *supra* nota 27, art. 17.2 (proponiendo que, por hablar de “hombre y mujer”—es decir, resaltando la conjunción “y” y no así “entre”—tanto el hombre y mujer tendrán acceso derecho de acceder al matrimonio sin circunscribir la unión entre estos).

112. *Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 51.

condiciones particulares para la regulación del matrimonio, sin que las mismas constituyan una violación o desconocimiento del principio de no discriminación establecida en la CADH. De hecho, el texto del “*principio de no discriminación*”, en nuestra opinión, se refiere a la doble dimensión del principio de igualdad en el ámbito de la convención, en cuanto a la prohibición de no discriminación en el disfrute de derechos garantizados en la CADH (el artículo 1.1), así como en el derecho a la igualdad ante la ley (el artículo 24).

En este tenor, el margen de apreciación que puedan tener los Estados al respecto no puede implicar un tratamiento tal que se impida el disfrute sin discriminación de los derechos protegidos en la convención. Esto adquiere especial importancia si se tratan de minorías que, por su inferioridad numérica en la sociedad o bien por su posición no dominante en el seno social debido a la exclusión, están en una posición de vulnerabilidad respecto a la mayoría.¹¹³

En efecto, bajo la CADH, la discreción reconocida al Estado no puede llegar hasta el punto de que produzca regulaciones discriminatorias o que tengan efectos de este tipo en los diferentes grupos cuando ejercen sus derechos protegidos por la CADH.¹¹⁴ Por lo que, otorgar la deferencia en los términos establecidos por la Corte EDH en el caso *Schalk y Kopf*, sería restar o vaciar de contenido el principio básico que constituye el núcleo de la obligación general de respeto y garantía: la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos.

Aunque no existe una obligación de dar acceso a un determinado grupo social al matrimonio, a juicio de la Corte EDH, no debió ser

113. Véase Francisco R. Barbosa Delgado, *Los límites a la doctrina del margen de apreciación nacional en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales*, 26 REVISTA DERECHO DEL ESTADO 107, 126 (2011) disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874735 (explicando que se identifica una minoría “por dos razones concomitantes: la primera, su condición de inferioridad numérica; la segunda, su posición no dominante en términos étnicos, religiosos, o lingüísticos dentro de la sociedad”).

114. Véase *Niñas Yean v. República Dominicana*, Fondo, Corte I.D.H. (ser. C) No. 130, ¶¶ 140–41 (8 sept. 2005) (aduciendo un límite a la discreción reconocida al Estado a propósito del derecho a la nacionalidad). *Pero véase Baena Ricardo v. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, Tribunal Corte I.D.H. (ser. C) No. 72, ¶ 126 (28 nov. 2003) (sosteniendo que la discreción nacional encuentra un importante límite en los derechos humanos).

una patente de corso para los Estados. En este tenor, el gran fallo del caso *Schalk y Kopf v. Austria* es de no retener su rol supervisor de las actuaciones del Estado, concluyendo—implícitamente—todos tienen derecho al matrimonio pero corresponde al Estado otorgar el acceso o no por medio de sus normas internas.¹¹⁵ Significa que el Estado renuncie a la determinación de la obligación positiva que supone todo derecho al su disfrute sin discriminación.

¿Es posible otorgar el margen de apreciación en términos amplios cuando los textos convencionales reducen el matrimonio solamente entre hombre y mujer? No. Recordemos que el margen de apreciación está construido sobre si existe o no consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, o bien de la relativa importancia de los intereses en juego o bien las formas de protegerlos. En particular, si el caso implica cuestiones de alta sensibilidad moral o éticas, el ámbito del margen se amplía,¹¹⁶ y aun más ante la existencia o no de una divergencia moral.¹¹⁷

Asumir un concepto amplio de estos supuestos que habiliten el margen de apreciación, sobre todo en cuestiones puramente morales, abriría la puerta para que sean excluidas del control de las instituciones de la CADH y la CEDH cuestiones protegidas por estos textos, como la no discriminación en base a la orientación sexual.¹¹⁸ En efecto, el derecho tendría su base en cuestiones morales que

115. Véase *Schalk y Kopf*, 2010 Corte E.D.H. ¶¶ 61–62 (“En relación al artículo 9 de la Carta, la Corte no considerará que el derecho al matrimonio consagrado en el artículo 12 se limite en toda instancia a la unión entre dos personas del sexo opuesto. Por lo tanto, no se puede argumentar que el artículo 12 no pueda ser aplicado a la denuncia de los solicitantes; no obstante, en cuanto a la situación actual, la potestad de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo o no es una cuestión reglamentada bajo el derecho interno de los Estados Partes.”).

116. Véase *Evans v. Reino Unido*, 2007-I Corte E.D.H. ¶ 77 (2007), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046> (explicando que el margen de apreciación es amplio también cuando el Estado tiene que equilibrar los intereses públicos y privados, pero que el margen es restringido cuando un acto del Estado implica a un aspecto importante de la existencia o identidad de una persona).

117. *Handyside v. Reino Unido*, 24 Corte E.D.H. (ser. A) ¶¶ 47–50 (1976).

118. Véase *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992, ¶ 8.6 (4 abr. 1992), disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm> (“El Comité no puede aceptar que, a los efectos del artículo 17 del Pacto, temas de índole moral sean considerados exclusivamente asuntos de interés interno, ya que esto potencialmente permitiría excluir del escrutinio del Comité un gran número de estatutos que atenten contra la privacidad.”).

supondría la validez del sistema jurídico convencional para la exigencia de una determinada obligación bajo el mismo. Por ello, el reconocimiento del margen de apreciación en los términos ambiguos e inconsistentes promovidos por la Corte EDH deja a la mano del Estado la determinación del contenido de los derechos en la convención sin posibilidad de un escrutinio estricto. Dicha determinación vacía de contenido al principio de igualdad y no discriminación promoviendo una exclusión injustificada respecto al disfrute del derecho.

En tal sentido, el margen de apreciación en el tratamiento diferenciado es sumamente reducido si se trata sobre cuestiones inherentemente sospechosa de discriminación.¹¹⁹ Tal es el caso de la orientación sexual, en que la Corte ha exigido serios motivos o motivos de peso para permitir un trato diferenciado solamente en base a su orientación sexual.¹²⁰ Por lo que, ante la prohibición de discriminación en base exclusiva a la orientación sexual, al ser una categoría protegida por la CADH,¹²¹ el margen de apreciación es reducido.¹²² Un ejemplo de lo anterior lo vemos en el caso *Schalk* y

119. Véase generalmente OVEY & WHITE, *supra* nota 7, en 429 (explicando cómo el margen de apreciación es determinado según las circunstancias); FRÉDÉRIC EDEL, THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS [LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR EL CONVENIO EUROPEO SOBRE DERECHOS HUMANOS] 118 (2010) (“Por lo general, las áreas sobre las que los Estados gozan de menor discreción son aquellas que incluyen algún tipo de criterio de categorización, el cual se debe considerar críticamente . . .”).

120. OVEY & WHITE, *supra* nota 7, en 429; véase también *Karner v. Austria*, 2003-IX Corte E.D.H. ¶ 37 (2003), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263> (“Como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas.”).

121. Véase *Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 91 (24 feb. 2012) (“[L]a Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”).

122. Véase *Dudgeon v. Reino Unido*, 45 Corte E.D.H. (ser. A) ¶ 52 (1981) (sosteniendo que el ámbito del margen de apreciación está condicionado no sólo por la naturaleza de la finalidad de la restricción, sino también por la naturaleza de

Kopf v. Austria, en el cual la propia Corte EDH se separó de su jurisprudencia sobre el margen de apreciación y la no discriminación, al reivindicar la necesaria argumentación de peso ante tratos diferenciados en base a la orientación sexual.¹²³ Sin embargo, le resta importante al condicionarlo a cuestiones económicas o de estrategia social,¹²⁴ lo cual flexibiliza también la inversión de la carga de la prueba reconocida en su jurisprudencia.¹²⁵

En efecto, *Schalk y Kopf v. Austria* revela que el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo dependerá de las regulaciones Estatales, pero si la orientación sexual es una categoría protegida, ¿por qué queda a la amplia discreción de los Estados? Al otorgar o reconocer que una determinada condición social o personal es una condición protegida, se requieren serias y convincentes razones de peso para permitir un trato diferenciado. Todo derecho concebido bajo un determinado sistema supone una serie de expectativas que deben ser satisfechas por el sujeto obligado, por el ejemplo el Estado a la CADH.¹²⁶ Si por motivos discriminatorios no son satisfechas las expectativas, se requiere un escrutinio estricto a fin de verificar si el trato está justificado.

Tal como sucede en algunos sistemas domésticos de derecho constitucional, bajo el derecho internacional de los derechos humanos un escrutinio estricto deberá ser llevado a cabo para

las actividades involucradas, donde los aspectos íntimos de las personas implican un margen menor).

123. *Schalk y Kopf v. Austria*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 11 (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

124. *Id.* ¶ 97 (“Por una parte, la Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que, al igual que las diferencias hechas en base al sexo, las diferencias hechas en base a la orientación sexual exigen la existencia de razones particularmente serias como causa justificante . . . Por otra parte, el Convenio le otorga al Estado amplia libertad sobre cualquier medida de índole general que afecte su estrategia social o económica. . .”).

125. Véase generalmente *D.H. v. República Checa*, 2007-IV Corte E.D.H. ¶¶ 82–83 (2007), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83256>; *Andrejeva v. Letonia*, 2009 Corte E.D.H. ¶ 84 (2009), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91388>; *Muñoz Díaz v. España*, 2009 Corte E.D.H. ¶ 50 (2009) disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96100>.

126. Véase Alf Ross, *Tû-Tû*, 70 HARV. L. REV. 812, 812–25 (1975) (discutiendo el concepto de derecho subjetivo como una categoría analítica que no hace más que traducir una serie de hechos—consecuencias que suponen expectativas que deben ser satisfechas).

observar si la medida es necesaria para alcanzar un interés vital o preponderante del Estado.¹²⁷ Al tratarse de una categoría protegida, la Corte IDH ha sostenido que se requieren serias y fuertes razones para justificar un trato diferenciado en base a la orientación sexual, quedando a manos del Estado la carga probatoria de que dicho trato no es discriminatorio.¹²⁸ De modo que la medida adoptada por el Estado deberá ser necesaria que justifique ese interés preponderante que se desea alcanzar, revelando así la aplicabilidad de un escrutinio estricto de la medida que crea la diferencia de trato.

La razón se desprende de la estructura de las obligaciones generales de respeto y garantía en el artículo 1.1 y del derecho de igualdad en el artículo 24, ambos de la CADH. Diferir en términos amplios al juicio moral del Estado, supondría la posibilidad de vaciar de contenido de la prohibición de no discriminación, al no constatarse razones objetivas y razonables, lo cual supone un escrutinio estricto, del por qué se admitiría el matrimonio a las personas del mismo sexo. Esto responde a que al aprobar y ratificar la CADH, por ejemplo, se han comprometido “a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección a la ley,”¹²⁹ cuyo incumpliendo acarrea la responsabilidad internacional.¹³⁰

El artículo 17.2 de la CADH, en este tenor, refleja esta visión restringida de reconocer un amplio margen de apreciación del Estado en la regulación de las condiciones para acceder al matrimonio, al indicar que las regulaciones serán válidas en la medida que no desconozcan el principio de no discriminación en la Convención. Por lo que, aun cuando los Estados están en mejor posición que un tribunal internacional para evaluar las circunstancias fácticas y jurídicas respecto a una medida, el margen de apreciación en dicha medida encuentra un importante límite en el derecho a la igualdad y

127. Véase ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES [EL DERECHO CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS Y POLÍTICAS] 541 (3ra. ed. 2006) (añadiendo que el escrutinio estricto requiere la prueba que la ley bajo consideración sea la alternativa menos restrictiva o discriminatoria).

128. *Atala Riffo v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 124 (24 feb. 2012).

129. Propuesta de Modificación, *supra* nota 32, ¶ 54.

130. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 49, ¶ 85.

al principio de no discriminación.

Puede existir un margen de apreciación en cuanto a este punto, pero sería convencionalmente admisible únicamente en cuanto a las cuestiones prácticas derivadas de la implementación de algún derecho protegido por la convención.¹³¹ En otras palabras, el margen de apreciación se reconoce en cuanto a cómo implementar las obligaciones del convenio o resolver las cuestiones prácticas resultantes del ejercicio de un derecho que la determinación una determinada posición normativa está amparado por un derecho convencional. Si se refiere a un posible trato diferenciado, la distinción sólo es permitida si, al superar un escrutinio riguroso, resulta necesaria para satisfacer un interés preponderante y serio.¹³²

La Corte EDH se ha apoyado en cuestiones morales en temas relacionados al aborto,¹³³ relaciones entre personas del mismo sexo¹³⁴ y obscenidad.¹³⁵ La orientación sexual supone cuestiones morales difíciles de consensuar. El problema de aplicar el margen de apreciación, en particular en temas relacionados a parejas del mismo sexo, es que se le otorga al Estado un amplio margen de discrecionalidad en determinar qué está protegido por la convención en base a un criterio moral que sirve de supuesto para excluir a minorías que no tienen voz en el proceso político, decidiendo la Corte EDH en base a la moral pero no de acuerdo a los valores de la convención.¹³⁶ En otras palabras, una mayor amplitud de trato diferenciado que supone vaciar de contenido el principio de igualdad y no discriminación.

Concebir el margen de apreciación en tal sentido, a propósito del

131. Véase *Goodwin v. Reino Unido*, 2002-VI Corte E.D.H. ¶ 85 (2002) (indicando que a pesar que no exista una base común sobre ello, sólo se reconoce el margen de apreciación para los problemas prácticos resultantes del reconocimiento legal sobre el estado de género).

132. Véase Ariel E. Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, 3 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, 15, 20 (2007), disponible en <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>.

133. Véase *A. v. Irlanda*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 3 (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>.

134. Véase *Schalk y Kopf v. Austria*, 2010 Corte E.D.H. ¶ 3 (2010), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

135. Véase *Handyside v. Reino Unido*, 24 Corte E.D.H. (ser. A), ¶ 46 (1976).

136. Radacic, *supra* nota 42, en 599, 611–13.

principio de igualdad y no discriminación, supone problemas normativos en una doble dimensión. La primera resulta del hecho de que el Estado opone alguna actuación doméstica para el cumplimiento de su obligación internacional, o bien que por la divergencia moral se le haga “difícil hacerlo.”¹³⁷ Por otro lado, supone, al tenor de la CADH, introducir prácticas discriminatorias en razón de la orientación sexual, la cual es una categoría protegida. Estas dos aristas de la primera dimensión normativa de la CADH se resumen en el ámbito del artículo 2 de la CADH,¹³⁸ en cuanto a la obligación de adecuar el ordenamiento interno, obligación que no prescribe la CEDH.¹³⁹

En cuanto a la segunda dimensión del problema normativo, no necesariamente la menos importante, se deriva de la obligación general de respeto y garantía, consagrada en el artículo 1.1 de la CADH.¹⁴⁰ El mencionado artículo, junto al artículo 24 del mismo convenio, consagra el principio fundamental de igualdad y no discriminación, bajo los cuales los Estados están vedados de realizar

137. Véase *Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Corte I.D.H. (ser. C) No. 172, ¶ 102 (28 nov. 2007) (negándose a aceptar el argumento del Estado que no puede reconocer el derecho de ciertos grupos indígenas a mantener la propiedad en un sistema colectivo).

138. Véase *Convención Americana, supra* nota 27, art. 2; véase también *Zambrano Vélez v. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte I.D.H. (ser. C) No. 166, ¶ 57* (4 jul. 2007) (“Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que las requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.”).

139. Delgado, *supra* nota 113, en 113.

140. *Convención Americana, supra* nota 27, art. 1.1 (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”).

actuaciones que estén destinadas a crear situaciones discriminatorias de hecho o de derecho.¹⁴¹ No obstante, esta obligación presenta una vertiente positiva, ya que los Estados “están obligados ‘a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas . . . con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.’”¹⁴²

En el caso de la discriminación en base a la orientación sexual, el Estado no sólo tiene obligaciones negativas o de abstención, sino también de tomar medidas positivas de permitir el disfrute de los derechos garantizados en la convención. Por lo que sí es reconocido el margen de apreciación respecto a los tratos diferenciados, a propósito del matrimonio, no será más que restringido para que no comprometa sus obligaciones negativas y positivas de hacer frente a situaciones discriminatorias de minorías como las personas inclinadas hacia su mismo sexo. Más aún, el margen de apreciación amplio, tal como fue aplicado por la Corte EDH en *Schalk y Kopf v. Austria*, supondría una limitación de los derechos y libertades en mayor medida que la prevista en la CADH, lo cual no es posible.¹⁴³

De modo que, si el disfrute de los derechos protegidos en la CADH deben ser gozados sin discriminación, adoptar medidas que supongan el trato diferenciado de personas o grupos que le impidan disfrutar de los derechos protegidos a la CADH es un acto discriminatorio. Es claro que cuando una importante faceta de la existencia o de la identidad de la persona está en juego, el margen de apreciación será restringido. Esto es el caso particularmente si está vinculada dicha faceta a un derecho tutelado bajo la CADH como sería el matrimonio, cuyo disfrute se garantiza sin discriminación.¹⁴⁴

141. Véase Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 49, ¶ 101 (afirmando que el principio de igualdad y no discriminación sube al nivel de *jus cogens* en el derecho internacional).

142. Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 214, ¶ 271 (24 ago. 2010); Atala Riffo v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 239, ¶ 80 (24 feb. 2012).

143. Véase Convención Americana, *supra* nota 27, art. 29(a) (implicando que la CADH prescribe que la interpretación de los derechos y libertades protegidos no puede realizarse más allá de su contenido propio).

144. Véase Convención Americana, *supra* nota 27, art. 17.2 (reconociendo que el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio no afecta el principio de

En consecuencia, como el matrimonio está vinculado con esa faceta particular de la existencia de una persona, la orientación sexual, reconocer un amplio margen de apreciación en este tema significaría desconocer una importante faceta relacionada con la existencia o identidad de una persona. Es decir significaría desconocer la obligación de respeto y garantía sin discriminación de un derecho convencional.

V. REFLEXIONES FINALES

La técnica del margen de apreciación es necesaria como instrumento para aliviar la dificultad contra-mayoritaria que supone un tribunal que tenga la última palabra sobre la interpretación de una norma jurídica como lo es la CADH¹⁴⁵ o bien el CEDH. Siendo la democracia el único sistema en el cual la CADH puede desenvolverse, la deferencia a los Estados, como los principales actores políticos, debe ser reconocida por estar en una mejor posición que los órganos del sistema regional de protección de derechos humanos. Por ello se les reconoce un margen de apreciación en cuanto a cuestiones económicas, de emergencia, sociales o morales, bien ante la falta de consenso entre los Estados partes al determinado convenio respecto a un determinado tema.

Esto supone un problema, a propósito del consenso, como bien lo expone Brauch, “[N]adie sabe cuando [el] consenso será alcanzado, cuantos Estados serán necesarios para alcanzar dicho consenso, o si el consenso deberá ser Europeo o si es necesario que sea un consenso internacional. De hecho, no se sabe si en sí el consenso es necesidad, quizás un tendencia sea suficiente.”¹⁴⁶ Sucede lo mismo con el aspecto moral como elemento que justifica otorgar el margen de apreciación en particular si el mismo es parte del derecho legítimo.

Sin embargo, es cierto que los Estados están en una mejor posición para las cuestiones de políticas públicas, estrategia social o asuntos económicos. Esa certitud, no obstante, respecto al margen de amplitud no es reconocible al tratarse de cuestiones que

no discriminación establecido en la Convención).

145. Véase *García v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, Corte I.D.H. (ser. C) No. 220, ¶¶ 58, 225 (26 nov. 2010) (notando el voto razonado del magistrado Ad Hoc Eduardo Ferrer McGregor).

146. Brauch, *supra* nota 8, en 113, 150.

comprometen la esencia misma del convenio y su relación con el aspecto sustantivo de la democracia. De hecho, cuando el trato diferenciado comporta un análisis respecto si existe discriminación, respecto a una categoría protegida, este análisis comporta la esencia de la obligación general de respeto y garantía en el artículo 1.1 del convenio. Por ende, requiere un escrutinio estricto que limite la discrecionalidad que supone la doctrina del margen de apreciación.

Al igual que en los Estados Unidos, existe la deferencia respecto a cuestiones políticas donde el juez no puede intervenir y da deferencia a las ramas políticas que están mejor posicionadas, pero es claro que tampoco constituye una patente de corso.¹⁴⁷ Es claro que cuando se trata de una cuestión que toca la esencia de la compatibilidad de una actuación estatal con la convención, a propósito de un interés o “*posición*”¹⁴⁸ al amparo de ésta, no existen cuestiones de apreciaciones políticas o administrativas que promuevan la deferencia al Estado de manera ilimitada, en particular ante una categoría protegida contra la discriminación.

Al tratarse de supuestos de categorías protegidas como la orientación sexual, el margen de apreciación dejado a los Estados implica un escrutinio estricto por parte de la Corte, así como también un cambio en el fardo de la prueba. Los supuestos básicos de la aplicación del margen de apreciación, hasta el presente de la jurisprudencia de la Corte IDH y en contenido de la CADH, no admite divergencias en cuanto a la falta de consenso o cuestiones morales que están al margen de la CADH. En esta medida, vacía de contenido la esencial de la protección bajo la CADH: el principio de igualdad y no discriminación. De modo que el margen está reconocido en cuestiones propias que afectan el contenido mismo de la obligación general de respeto y garantía basada en la no discriminación, la apreciación se reconoce en los términos de cómo aplicar o hacer frente a los efectos prácticos de las obligaciones bajo la convención, pero no así el derecho tutelado.

El margen de apreciación ha sido utilizado por la Corte EDH en

147. Véase *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 186 (1962) (sosteniendo, entre otras cosas, que las cuestiones relacionadas a la protección igualitaria ante la ley no comportan en sí cuestiones políticas no justiciables).

148. Véase CARLOS BERNAL PULIDO, *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* 85–90 (3ra ed. 2007) (notando el símil de posición de derechos humanos a una posición de derecho fundamental).

numerosas oportunidades, pero con resultados confusos y contradictorios. El caso del matrimonio entre las parejas del mismo sexo es uno de ellos. El caso comporta un examen desde la óptica de que si las parejas del mismo sexo tienen una posición tutelada bajo el artículo 12 del CEDH, a la cual la Corte EDH respondió que dicho artículo no excluía el matrimonio entre las personas del mismo sexo pero no existía una obligación a cargo del Estado en su reconocimiento. La Corte EDH se basó en el margen de apreciación amplio por ser cuestiones morales, económicas y de estrategia social, sin comprobar las “serias y convincentes” razones que exige cuando se trata de tratos diferenciados en base a la orientación sexual.

No obstante, el escrutinio estricto sí existe en el ámbito de la CADH y, en base al estado actual de la jurisprudencia de la Corte y el contenido de la CADH, queda poco margen de acción de deferencia de la Corte al Estado en la determinación si las personas del mismo sexo tienen o no derecho al matrimonio. De hecho, el margen de acción que tendría el Estado bajo la CADH sería en determinar para una sociedad democrática por qué la falta de reconocimiento del matrimonio a personas del mismo sexo constituye un trato diferenciado o una distinción compatible o justificada bajo la CADH. Además, el Estado tendría que determinar por qué un grupo históricamente discriminado se le niega el disfrute de un derecho que tiene otro grupo. En consecuencia, el margen de apreciación otorgado en *Schalk y Kopf v. Austria* reconocido a los Estados, no es aplicable en el ámbito de la CADH al tratarse de una categoría protegida y compartir una consideración al principio de igualdad y no discriminación como parte de las obligaciones generales de respeto y garantía; y de protección igualitaria ante la ley.

El objetivo del presente trabajo no es en sí defender o cuestionar el matrimonio entre personas del mismo sexo bajo la CADH. Habría, en dado caso, que analizar, *entre otras cosas*, la falta de una teoría adecuada de derechos humanos y las vicisitudes del principio democrático ante las divergencias de ideas sobre la orientación sexual y el matrimonio. El objetivo es defender que en base al derecho de la CADH, la Corte IDH, contrario a la Corte EDH, tiene menos posibilidad de reconocer un margen de apreciación en los términos de *Schalk y Kopf v. Austria*. Esto es cierto, específicamente, cuando está involucrado el principio de igualdad y no

discriminación, como parte esencial de las obligaciones de respeto y garantía, si se presta a analizar el matrimonio entre personas del mismo sexo bajo la convención.