

FOREIGN AFFAIRS

LATINOAMÉRICA

VOLUMEN 16 • NÚMERO 1

ENERO-MARZO 2016

La construcción de la igualdad

Cita recomendada:

Lara Chagoyán, Roberto; Quintana Osuna, Karla I., (2016) "La construcción de la igualdad", *Foreign Affairs Latinoamérica*, Vol. 16: Núm. 1, pp. 31-35. Disponible en: www.fal.itam.mx

La construcción de la igualdad

Una aproximación comparada al matrimonio igualitario

✎ *Roberto Lara Chagoyán*
y *Karla I. Quintana Osuna*

Hasta noviembre de 2015, veinte países —Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia y Uruguay— reconocen, de una u otra forma, el matrimonio igualitario (el caso de Colombia es particular, puesto que si bien hay una sentencia de la Corte Constitucional que reconoce el matrimonio igualitario, da un plazo al órgano legislativo para modificar la definición constitucional de matrimonio, lo cual no ha sucedido). Los avances se han sucedido en el foro legislativo o el judicial, dependiendo del contexto social y político de los Estados. Por un lado, en países como Argentina y Uruguay, el Poder Legislativo ha tomado la iniciativa de modificar las normas y legislar el matrimonio igualitario. Otros, como Irlanda, han abierto el debate con un plebiscito, al que siguió el reconocimiento en la ley. Por el otro lado, países como Estados Unidos, México y Sudáfrica han reconocido el matrimonio igualitario por medio de decisiones judiciales.

La exclusión histórica de las parejas del mismo sexo en el ámbito civil ha infringido sus derechos humanos. A las parejas heterosexuales se les reconocen las relaciones sancionadas o no por el Estado —matrimonio o concubinato—, así como sus beneficios, mientras que las parejas del mismo sexo han quedado excluidas de estas. No obstante, en la última década han comenzado a reconocerse los derechos

ROBERTO LARA CHAGOYÁN es Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México (SCJN). Sígallo en Twitter en @rolarch. **KARLA I. QUINTANA OSUNA** es Secretaria de Estudio y Cuenta de la SCJN. Fue abogada de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sígallo en Twitter en @kiquinta. Las opiniones expresadas en este artículo son personales.

matrimoniales de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales (LGTBTBI), con base en su derecho a la dignidad, la autonomía y al principio de igualdad y no discriminación.

De estas diversas vías que ha seguido la aceptación del matrimonio igualitario, conviene abordar primero la legislativa, con el reconocimiento de la figura en las constituciones nacionales y en los códigos civiles. Estas decisiones comportan una legitimidad democrática y un apoyo mayoritario que fortalecen la validación del derecho cuando el proceso se da en un marco de desarrollo natural del debate legislativo.

Ahora bien, ante la falta de una decisión unilateral del órgano legislativo para reconocer un derecho, ha surgido desde hace tiempo la pregunta sobre si es deseable abrir la discusión a la población por medio de un plebiscito o referéndum, como sucedió en Irlanda en 2015. Algunos consideran que el plebiscito legitima la posterior reforma legislativa, pero otros advierten que tales decisiones entorpecerían el reconocimiento de derechos aún no reconocidos, o reconocidos recientemente o de forma limitada, pues parecería que una condición de ese reconocimiento tendría que ser, precisamente, la aprobación de las mayorías. Este condicionamiento puede ser peligroso —continúan— porque muchos de esos derechos son reclamados por grupos vulnerables que normalmente no están representados en los órganos legislativos ni entre el grueso de la población.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la “legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que si bien el Poder Legislativo goza de libertad configurativa, esta se encuentra limitada por los derechos humanos reconocidos en la Constitución del país y en los tratados internacionales. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha explicado que el legislativo debe respetar “los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida”.

EL CAMINO JUDICIAL Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Los mayores avances en el reconocimiento del matrimonio igualitario se han producido por la vía judicial. En un estudio comparado de las diferentes decisiones judiciales se desprenden, en lo general, dos posturas. Por un lado, en algunas decisiones el análisis se basa, principalmente, en el valor intrínseco del matrimonio, como opuesto a “la familia” que se piensa proteger. Por el otro, hay decisiones en las que se ha abordado el derecho al matrimonio desde el derecho a la autonomía, la dignidad y la igualdad sin discriminación, como explica Macarena Sáez en *Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World*. Dentro de este

grupo, hay que decirlo, las argumentaciones difieren y las decisiones toman uno de los derechos aludidos, dos o todos.

Los casos del primer grupo —principalmente estadounidenses—, al basar su razonamiento en lo que llamaremos el “beneficio intrínseco” de la figura del matrimonio, confieren una mayor protección a las familias que están formadas mediante el matrimonio, con el resultado —aun si es o no deseado— de que desampara a otros tipos de familia. Sáez explica que limitar el debate sobre el matrimonio igualitario al derecho de las parejas del mismo sexo a casarse, basándose en el valor del matrimonio, “solo es posible cuando se asume que el matrimonio y la familia son una misma institución. [...] Al tratar al matrimonio y a la familia como dos caras de una misma moneda, los países quedan atrapados en una estructura rígida de derecho familiar que deja desprotegidos a muchos individuos”.

El segundo grupo —donde se encuentran, por ejemplo, Brasil, Colombia, México y Sudáfrica— han dado un paso más. En vez de fundamentar el razonamiento en reconocer a la familia basada en el matrimonio, lo hacen por medio del derecho a la autonomía, a la dignidad de las personas, y al principio de igualdad y no discriminación, con lo que abren el debate a la protección de todas las formas de familias. Se trata, pues, no de la protección de la familia, sino del reconocimiento del derecho que tienen las parejas del mismo sexo a defender una forma más de familia —compuesta incluso por dos personas—, en igualdad de circunstancias que los heterosexuales. Se reconoce el derecho de acceso a la figura del matrimonio a todas las personas por la prohibición absoluta de la discriminación amparada en la categoría sospechosa de orientación sexual.

Aquí es importante detenerse a hacer una reflexión. En la última década, los tribunales constitucionales son los que se han pronunciado con mayor profundidad sobre el matrimonio igualitario e incluso de manera más garantista que las cortes internacionales. Si se analizan los tratados en materia de derechos humanos (con varias décadas de vigencia), es claro que la orientación sexual no se incluyó inicialmente como una categoría sospechosa con base en la cual está prohibido discriminar. Ello no ha sido motivo para que, por un lado, desde una interpretación evolutiva, las cortes hayan desarrollado el contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación por la orientación sexual como categoría sospechosa y, por el otro, varias constituciones nacionales ya la incluyan como tal.

LOS OTROS DEBATES DENTRO DEL DEBATE

El reconocimiento del acceso al matrimonio igualitario basado en los derechos a la no discriminación y a la autonomía genera, como consecuencia lógica, el derecho a la protección de todas las formas de familia con y sin hijos. En relación con esto, el desarrollo judicial ha alejado el objeto del matrimonio de la procreación o el cuidado de hijos y lo ha centrado en el derecho de toda persona a acceder a los beneficios de la figura del matrimonio en igualdad de circunstancias y en la aceptación de que, con dicha unión, se protege una forma de familia más. Tal como plantea Sáez,

el reconocimiento del matrimonio igualitario en términos de autonomía y dignidad replantea la forma de entender el derecho de familia y sus instituciones.

Pensemos, por ejemplo, en figuras como la presunción iuris tantum de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio. ¿La aplicación de dicho criterio histórico en un matrimonio de mujeres, en el que una de ellas pariera, implicaría la presunción inmediata de la maternidad de la otra mujer, aun cuando sea evidente que no es la madre biológica?

En similar sentido se encontraría el reconocimiento de paternidad, cuya finalidad histórica es que los menores de edad tengan un padre. En la mayoría de legislaciones, el reconocimiento no requiere una prueba genética, pues se asume que lo importante es la voluntad de quien reconoce de fungir como padre del menor de edad, sin importar su filiación genética. ¿Podría, entonces, un hombre reconocer la paternidad de un hijo de otro hombre que tenga solo para él la patria potestad y custodia de un menor de edad? ¿O una mujer respecto de otra mujer?

Un tercer debate ligado al reconocimiento del matrimonio por los criterios de igualdad y no discriminación gira en torno a la adopción de niños por parejas del mismo sexo. Si todas las personas tienen el derecho a que se respete su tipo de familia y a formar parte de una (independientemente de cuál sea), negar el derecho de los niños a ser adoptados por parejas del mismo sexo debido a su orientación sexual (y no a si cumplen o no los requisitos de idoneidad) y negar a estas parejas el derecho a ser consideradas como posibles adoptantes, vulnera su derecho a decidir la forma de familia que desean tener y, respecto a las parejas, viola además su derecho a no ser discriminadas por su orientación sexual.


Otro debate iniciado por la necesidad de proteger a las parejas del mismo sexo está en la creación de figuras paralelas para ellas, con la finalidad —argumentan sus defensores— de no alterar la comprensión histórica del matrimonio. Además de los veinte países que reconocen el matrimonio igualitario, hay otros Estados —alrededor de diecisiete— que tienen una figura civil alternativa.

Sin embargo, una vez que se ha reconocido que el matrimonio, al no tener la finalidad de procrear, no es exclusivo de las parejas heterosexuales, por lo que las parejas del mismo sexo deben tener los mismos beneficios que las parejas heterosexuales, no existe razón que justifique que se cree una figura alterna. En ese sentido, la SCJN de México puntualizó que si se creara una figura con los mismos derechos que el matrimonio, pero con nombre distinto y con la sola distinción basada en la orientación sexual, sería “inherentemente discriminatorio” y constituiría un régimen similar al denominado en la doctrina como “separados pero iguales”. Una pregunta más que se ha abierto en el debate es si una vez que se ha dicho que la finalidad del matrimonio no es la procreación, ¿qué justifica que el matrimonio se limite a dos personas?

Si se creara una figura con los mismos derechos que el matrimonio, pero con nombre distinto, sería “inherentemente discriminatorio”.

LAS TAREAS PENDIENTES

Sin duda quedan muchos pendientes. Como se ha dicho, gran parte de los avances en el reconocimiento del matrimonio igualitario se ha producido en la judicatura, lo que tiene sus limitaciones en la puesta en práctica, ya que no hay uniformidad legislativa y varían los sistemas de gobierno de los países —federaciones o Estados centrales— en cuanto a las consecuencias de las decisiones judiciales. En todo caso, el tema no es sencillo. Hay Estados —pocos— que han reconocido el matrimonio igualitario en su Constitución o su judicatura, mientras que otros insisten en desconocer ese derecho o en crear figuras especiales para las parejas del mismo sexo.

Según el principio de igualdad y no discriminación, designar al matrimonio como “igualitario” significa que esta figura jurídica incluye a personas del mismo y de diferente sexo en igualdad de condiciones: un matrimonio accesible para todos. Una vez que sea reconocido por la comunidad internacional como un derecho de todas las personas, podremos prescindir del adjetivo igualitario: matrimonio, a secas. 

105

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL

Revista Mexicana de POLÍTICA EXTERIOR

SEPTIEMBRE - DICIEMBRE 2015

FEDERICO SALAS LOTFE Y JAVIER BASULTO FOOT: México e Israel: apuntes para una relación fortalecida • **FERNANDO MONTOYA:** Diálogo social y gobernabilidad democrática: Francia, Países Bajos, Italia y México como casos de éxito • **DANIEL ANTÓN AGUILAR GARCÍA:** La Presidencia mexicana del G20 en una nuez • **ANDRÉS RUIZ PÉREZ:** Capital social y participación de los migrantes mexicanos: el caso del sur de Florida • **JUAN CARLOS CUÉ VEGA:** Inviolabilidad personal, inmunidad diplomática y seguridad aérea • **FABIOLA JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR:** El derecho del mar: historia de éxito y área de oportunidad • **DIEGO ALEJANDRO DE LA VEGA WOOD:** A ras de tierra: sobre cómo ser un actor con responsabilidad global • **DANIEL PASCUAL DUARTE MUÑOZ:** El papel de la diplomacia pública y la diplomacia cultural en el diálogo y la cooperación internacional: el caso mexicano • **GILBERTO BOSQUES:** Los albergues en Francia •

\$74.00 INSTITUTO MATÍAS ROMERO
SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES

Precio por ejemplar: \$74.00. Suscripción por un año, 3 números, \$156.00
(En el extranjero USD \$25.00) Forme su colección. Números atrasados \$52.00 (USD \$8.00)

INSTITUTO MATÍAS ROMERO
República de El Salvador Núm. 47, Col. Centro, Del. Cuauhtémoc, México D. F., C. P. 06080.
Informes: (55) 36 86 50 00 Exts. 8268 y 8247, y (55) 36 86 51 48.
imrinfo@sre.gob.mx; <http://www.sre.gob.mx/imr/>.

SRE