

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

Walking to the altar?: Equal marriage in International Human Rights Law

Carlos J. Zelada*
Universidad del Pacífico (Perú)

I. Introducción

El interés del Derecho por regular la sexualidad no resulta novedoso. Hasta hace poco, lo jurídico era el aliado predilecto de una serie de formulaciones normativas desde la Religión y la Medicina en la búsqueda estatal de un control frente al desenfreno que la sexualidad aparentemente no virtuosa parecía representar (Brundage 2000: 21-28). Todo parece indicar, sin embargo, que vivimos el advenimiento de un período aparentemente distinto: uno en el que las sexualidades disidentes escriben sus primeras páginas de legitimidad en el plano de lo jurídico (Zelada 2014: 243).

Distintos factores parecen haber contribuido al arribo de este *momentum*. Uno de ellos habría sido el enfoque que desde los derechos humanos se ha dado al *advocacy* y al “litigio estratégico” de casos que se han convertido en referentes jurídicos decisivos de los años recientes alrededor de esta temática. Vivimos en un período en el que tribunales domésticos e internacionales así como agencias del Ejecutivo y órganos legislativos se sienten cada vez más propensos a explicitar lo sexualmente distinto como parte de las realidades sociales que el Derecho reconoce. En particular, las últimas tres décadas nos han regalado un marco temporal en el que activistas y defensores de estas causas han logrado posicionar buena parte de la problemática más sensible de la orientación homosexual –apenas una de las aristas de la sexualidad periférica- en el entorno jurídico¹.

Al inicio, la meta de estos colectivos civiles era lograr la derogación de las normas penales de sodomía que criminalizaban la homosexualidad. Para ello pusieron a prueba los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales en ocasiones diferentes hasta obtener un *corpus* uniforme de criterios que reconociera como insostenible tal prohibición en la medida que vulneraba el derecho fundamental a la privacidad –y, en última instancia, la libertad- de los individuos. Este movimiento ha sido, en mi opinión, uno que en esencia ha ido *desde arriba hacia abajo*; es decir, del Derecho Internacional hacia los planos domésticos. Así, una vez logrado el consenso argumentativo en el plano supranacional, la modificación de las normas internas y la

* Jefe del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico. *Master of Laws (LL.M.)* por Harvard Law School y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este texto es resultado del proyecto de investigación “Sexualidad y Derecho”, desarrollado bajo el auspicio del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP). Quiero agradecer el valioso aporte de Elvis Ojeda Huerta y Carolina Neyra Sevilla, todos alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, en la búsqueda y análisis de la información que ha servido de base para esta presentación. Los errores que puedan encontrarse en este texto son, por supuesto, de mi exclusiva responsabilidad.

¹ Esta observación no es ociosa pues cuando se explora la literatura jurídica en torno a los otros ejes de la sexualidad disidente, como por ejemplo la intersexualidad o la identidad de género *trans*-, el desbalance bibliográfico y de registro de sentencias judiciales y políticas públicas es, por decir lo menos, muy revelador de las prioridades y urgencias estratégicas de quienes conducen tales batallas en el plano jurídico.

generación de políticas públicas que despenalizaban la homosexualidad no habrían resistido mayor discusión argumentativa –al menos en lo jurídico².

Pero las estrategias legales de nuestros días han puesto hoy la mira en la “normalización” jurídica de las conductas afectivas estables del mundo gay (Pierceson, Piatti-Crocker y Schulenberg 2013); es decir, en la re-construcción del edificio regulatorio de la homosexualidad. La batalla legal que se juega es una que busca el reconocimiento de las parejas homosexuales como familia tanto en la fórmula matrimonial (o en alguna institución análoga) como en la posibilidad de la adopción de niños³. Hemos transitado de un paradigma de liberación en el espacio íntimo (vida privada) a otro de expresión abierta que apuesta por una nueva regulación del espacio público (libre desarrollo de la personalidad) en el que las asimetrías en la protección de derechos puedan superarse (Gallo, Paladini y Pustorino 2014: 2).

¿Y cómo ha respondido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a estas nuevas demandas? Este movimiento, en contraste con el anterior, parece sustentarse más bien en un sentido inverso, *de abajo hacia arriba*; es decir, del plano doméstico hacia la arena internacional. En mi opinión, el DIDH habría esperado primero la generación de consensos en el plano interno antes de realizar alguna afirmación a favor de la protección de las parejas homosexuales estables desde lo supranacional.

Este trabajo se enfoca en esta última tendencia y revisa los casos más relevantes vinculados al matrimonio igualitario presentados ante tribunales y órganos de supervisión internacionales (Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos) para señalar que, durante un largo período, el DIDH no ha sido el mejor aliado para el “litigio estratégico” de estas cuestiones.

La hipótesis de esta investigación plantea que buena parte de los casos resueltos en estas instancias fue presentada por los litigantes en un momento inoportuno para la pregunta, situación que sólo ha comenzado a revertirse en los años más recientes gracias a un inicial e intenso *advocacy* de colectivos locales en el fuero interno. Para formular estas ideas me he beneficiado del razonamiento seguido por profesores

² Sin embargo, si bien ésta es ya una batalla ganada en el plano legal, no hay que olvidar que la homosexualidad es todavía perseguida en varios países a través del delito de sodomía.

³ Es importante señalar que si bien la reivindicación por el matrimonio igualitario es hoy la demanda más visible del colectivo homosexual, no todos los activistas y defensores están de acuerdo con ella. Tal como Gimeno y Barrientos (2009: 20) destacan:

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

como Gerald N. Rosenberg (*The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*, 2008) y Thomas Keck (*Judicial Politics in Polarized Times*, 2014), escépticos del valor del “litigio estratégico” como detonante del cambio social en el plano interno, intentando llevar sus cuestionamientos a la arena internacional. Veinte años después de los primeros casos en instancias supranacionales, ¿está listo el DIDH para el reconocimiento de las uniones estables de las parejas homosexuales? Todo parece indicar que éste es un mejor momento para plantear la cuestión. Esta investigación es particularmente relevante para América Latina, en donde el sistema interamericano y el sistema universal de protección de los derechos humanos son vías que son utilizadas con gran “optimismo” por los litigantes buscando lograr estos objetivos.

He dividido esta presentación en tres momentos. En la primera parte de esta narración realizo un recuento de los Estados que han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en la totalidad (o en casi la totalidad) de sus territorios hasta enero de 2016, indagando en los procesos internos que llevaron a dicho reconocimiento. En la segunda sección se describen algunos de los casos más relevantes resueltos en tribunales internacionales e instancias decisorias similares en torno al matrimonio igualitario, principalmente aquéllos presentados ante el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)⁴. El texto culmina con algunas reflexiones sobre el futuro del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el plano del DIDH. ¿Es mejor el panorama actual que el de hace veinte años? ¿Cuál de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos ofrece mejores posibilidades hoy para una respuesta satisfactoria?

II. La línea temporal del matrimonio igualitario

Finalizado el siglo XX, no existía país en el mundo que reconociese legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta entonces existía más bien un reducido número de Estados y territorios que reconocían algunos de los derechos y beneficios “conyugales” a las parejas homosexuales a través de fórmulas legales alternativas, pero siempre con un cuidado extremo de no utilizar el término “matrimonio” para la definición de tales instituciones. En poco más de una década, sin embargo, el panorama comenzó a dibujar horizontes distintos.

A enero de 2016 son 21 los Estados que han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en la totalidad de sus territorios⁵. Quisiera dividir esta línea de tiempo que va de 1989 al día de hoy en tres grandes momentos:

- (a) Un primer ciclo que va de 1989 a 2000, donde no existe regulación doméstica alguna a favor del matrimonio igualitario, pero en el que los Estados comienzan a optar por fórmulas de protección no matrimonial para las parejas homosexuales;
- (b) Un segundo período que va de 2001 a 2010, en el que si bien ya existen algunas normas y decisiones judiciales a favor del matrimonio igualitario en

⁴ Salvo en situaciones muy puntuales, y para efectos comparativos, esta investigación no incluye las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

⁵ En esta lista se incluye al Reino Unido, el cual, en estricto, no cumple con esta condición para el caso de Irlanda del Norte, que ha preferido mantener la formulación matrimonial heterosexual. De este número se excluye además a Estonia que si bien aprobó por vía legislativa el matrimonio igualitario en marzo de 2015, lo excluyó meses después a través de un referéndum.

el plano interno, los Estados todavía prefieren apostar por figuras no matrimoniales de tutela de las uniones homosexuales; y

- (c) Un tercer período que va de 2011 hasta hoy, en el que los Estados vienen aprobando el matrimonio igualitario como mecanismo preferente de protección de los derechos de las parejas homosexuales.

En el primer período (1989-2000) no existe ningún tribunal doméstico o internacional que se pronuncie positivamente frente al matrimonio igualitario. Un momento clave para esta etapa ocurre en 1989, cuando Dinamarca se convierte en el primer Estado en aprobar legislativamente un régimen de protección para las parejas homosexuales (*registered partnership*)⁶. Varios países y territorios siguen el ejemplo danés aprobando figuras legislativas análogas no matrimoniales en el mismo período. Es el caso de Noruega (*registered partnership*, 1993), Israel (*unregistered cohabitation*, 1994), Suecia (*registered partnership*, 1994), Islandia (*registered partnership*, 1996), Países Bajos (*registered partnership*, 1997)⁷, Francia (*pacte civil de solidarité* (PaCS), 1999) y Bélgica (*cohabitation légale*, 2000)⁸. En esencia, y salvo el caso de Israel, durante este período el ámbito de protección es estricta y limitadamente eurocéntrico⁹.

Durante el segundo ciclo (2001-2010), la protección de los derechos de las parejas homosexuales se extiende limitadamente a nuevos espacios tanto en las Américas como en África. Y si bien para este período ya se aprueban fórmulas de protección matrimonial, la preferencia de los Estados sigue marcada por la puesta en marcha de modelos alternativos no conyugales.

En este período, a los Estados con marcos no matrimoniales se suman: Alemania (*life partnership*, 2000), Portugal (*união de facto*, 2001), Finlandia (*registered partnership*, 2002), Luxemburgo (*civil partnership*, 2004), Reino Unido (*civil partnership*, 2004), Nueva Zelanda (*civil union*, 2005), Andorra (*unión estable de pareja*, 2005), República Checa (2006), Eslovenia (2006), Suiza (2007), Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2008), Hungría (2009), Australia (2009) y Austria (2010)¹⁰.

Un momento clave para este período ocurre en 2001, cuando los Países Bajos se convierten en el primer Estado en aprobar legislativamente el matrimonio igualitario. Bélgica (2003), España (2005)¹¹, Canadá¹² (2005), Sudáfrica¹³ (2006), Noruega

⁶ Este primer momento puede retrotraerse también algunos años antes, a 1979, cuando los Países Bajos aprobaron ampliar el régimen especial de *informal cohabitation* a favor de las parejas homosexuales, aunque éste se encontraba estrictamente limitado a cuestiones de alquiler de vivienda.

⁷ Los *geregistreerd partnerschap*, también conocidas como *registered partnerships*, son una institución alternativa al matrimonio abierta tanto a parejas hetero como homosexuales.

⁸ La *cohabitation légale* es una institución alternativa al matrimonio abierta tanto a parejas hetero como homosexuales.

⁹ Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Groenlandia (*registered partnership*, 1996), Cataluña (unión civil, 1998) y Aragón (unión civil, 1999).

¹⁰ Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Vermont (*civil union*, 2000), Buenos Aires y Río Negro (unión civil, 2002), México D.F. (unión civil, 2006), Coahuila (unión civil, 2007).

¹¹ La Ley No. 13/2005, que modificó el Código Civil para permitir el matrimonio igualitario en España, fue cuestionada por grupos conservadores en 2012 ante el Tribunal Constitucional, pero sin éxito.

¹² En 2003, la decisión en el caso *Halpern* reconoció el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio en Ontario. Otros casos de diferentes jurisdicciones del territorio siguieron la misma línea hasta que, en 2004, la Corte Suprema Federal en el caso *Re Same-Sex Marriage* interpretó que sólo el gobierno federal podía modificar con alcance general la definición del matrimonio. La iniciativa que llevaría al *Civil Marriage Act* fue presentada, precisamente, por el gobierno federal en 2005.

(2009)¹⁴, Suecia¹⁵ (2009), Argentina (2010), Portugal (2010)¹⁶ e Islandia¹⁷ (2010) aprueban también el matrimonio igualitario en el mismo ciclo, con lo que son diez los Estados que cuentan con fórmulas conyugales para las parejas homosexuales en la totalidad de sus territorios durante este período¹⁸.

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

Pero es en el tercer momento (2011 hasta hoy) donde recién se muestra la prevalencia de la fórmula matrimonial. A los diez países de la etapa anterior se suman doce nuevos Estados: Colombia (2011)¹⁹, Dinamarca (2012); Brasil, Francia, Uruguay, y Nueva Zelanda para 2013; Reino Unido en 2014²⁰; y Luxemburgo, Irlanda, Estados Unidos y México en 2015²¹, con lo que la lista más actualizada del matrimonio igualitario llega hoy a 21 naciones. En 2017 entrará en vigencia la legislación sobre matrimonio igualitario aprobada en Finlandia en 2014.

Un dato clave para este período es que en cada ciclo anual desde 2011 al menos un nuevo Estado se suma a la lista de países que apuestan por el matrimonio igualitario. Otro aspecto que importa destacar es que cuatro de estos 12 Estados han aprobado la medida por vía jurisdiccional (Colombia, Brasil, Estados Unidos y México) y que Irlanda es el primer Estado de la línea de tiempo en aprobar el matrimonio igualitario mediante referéndum²².

Las fórmulas no matrimoniales continuaron siendo aprobadas en paralelo durante esta etapa pero con menor fuerza que en el ciclo anterior. Al grupo previo de fórmulas no conyugales se sumaron: Brasil, Irlanda y Liechtenstein en 2011; Costa Rica en 2013; Malta, Croacia, Estonia y Andorra (*civil union*) en 2014; Chile (unión civil) en 2015; y Eslovenia en 2016.

¹³ Sudáfrica fue el primer Estado en prohibir en su Constitución la discriminación por orientación sexual (1994 y 1997). En *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2005), el Tribunal Constitucional de Sudáfrica estableció que la denegación del matrimonio a las parejas del mismo sexo constituía una medida discriminatoria. El Tribunal Constitucional otorgó entonces al Parlamento un plazo de 12 meses para adaptar la legislación civil sobre la materia.

Dicho proceso llevó a la aprobación parlamentaria del *Civil Union Act*.

¹⁴ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

¹⁵ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

¹⁶ La norma que permite el matrimonio igualitario fue inicialmente aprobada por la Asamblea de la República para luego enviarse al Tribunal Constitucional, quien ratificó su constitucionalidad. En 2009, el mismo tribunal había señalado que si bien la Constitución no prohibía el matrimonio igualitario, ésta no generaba obligación alguna de legislar sobre dicha materia.

¹⁷ Desde la aprobación de la norma que permite el matrimonio igualitario, ya no se permite la celebración de *registered partnerships*, aunque sus contrayentes pueden mantener dicho status o solicitar pasar a la fórmula matrimonial.

¹⁸ Jurisdicciones territoriales con fórmulas no matrimoniales: Massachusetts (2004).

¹⁹ En su decisión, la Corte Constitucional de Colombia otorgó un plazo de dos años al Parlamento para que apruebe la legislación conducente al matrimonio igualitario. Vencido el plazo, sin embargo, el Congreso no había aprobado la norma.

²⁰ Salvo Irlanda del Norte.

²¹ Groenlandia (2015).

²² Estonia aprobó el matrimonio igualitario por vía legislativa en marzo de 2015, pero la medida fue derogada vía referéndum en diciembre del mismo año.

No debe pasar desapercibido el hecho de que buena parte de los Estados que han aprobado el matrimonio igualitario a lo largo de esta línea de tiempo han transitado previa o paralelamente por fórmulas no conyugales²³.

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

III. Atracción fatal: El romance inicial con el DIDH

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

La primera vez fue en 1998 ante el Comité de Derechos Humanos (Comité), órgano de las Naciones Unidas que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). La segunda ocasión se produjo, años después, en 2004, frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la corte regional encargada de supervisar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo o Convención Europea) en el marco del Consejo de Europa.

El primer dictamen al que hago referencia pertenece al caso *Joslin y otras v. Nueva Zelanda*. La pregunta allí era directa: ¿Cuando el PIDCP habla del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”, alcanza también a las parejas homosexuales que desean casarse? El segundo párrafo del artículo 23 del PIDCP señala que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. El primer párrafo de su artículo 2, a su vez, dispone que: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”²⁴.

En 1998, luego del éxito de la despenalización de la sodomía desde el DIDH, los entusiastas del litigio estratégico vieron en el PIDCP una posible salida a las denegatorias de licencias matrimoniales solicitadas en Nueva Zelanda por dos parejas de mujeres. De acuerdo con las demandantes:

5.4. Las autoras consideran (...) que las parejas homosexuales tienen una expectativa legítima, derivada de la disposición de los Pactos sobre la igualdad, que el Estado Parte persigue activamente la adopción de medidas legislativas que fomenten el reconocimiento de las relaciones homosexuales mediante una legislación apropiada. Sin embargo, las autoras aducen además que las mejoras adicionales en la situación jurídica de las parejas homosexuales no son una manera aceptable de abordar la discriminación

²³ Argentina, Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia.

²⁴ El argumento central de las denunciadas sostenía la violación conjunta de los artículos 23.2 y 2.1 del PIDCP. Es interesante destacar que, de acuerdo con las demandantes, la legislación matrimonial vigente en Nueva Zelanda –al incluir sólo las uniones entre heterosexuales– discriminaba en virtud del sexo, en cuyo ámbito, señalaban “3.8. (...) está incluida la orientación sexual”. El concepto de orientación sexual como conducta sospechosa, independiente del sexo y del género, se desarrollaría con posterioridad en el DIDH. Para entonces resultaba conveniente argumentar la orientación sexual como un componente del sexo, categoría ya considerada por el Comité de Derechos Humanos como claramente sospechosa desde 1994 (*Toonen v. Australia*).

anterior, y en todo caso las mejoras que se han introducido no proporcionan una mayor igualdad. (...) Las autoras declaran que el Gobierno va a presentar en el Parlamento un proyecto de ley de unión civil, en el que se ofrece una alternativa al matrimonio para el reconocimiento legal de la relación. Pero ese proyecto de ley sería insuficiente y perpetuaría la desigualdad, pues probablemente no ofrecería todos los incidentes jurídicos del matrimonio. Las autoras también afirman que las otras mejoras legislativas de las parejas homosexuales previstas para el futuro (...) son demasiado escasas y en general insatisfactorias.

Bajo este escenario, el 17 julio de 2002, el Comité de Derechos Humanos daba la primera respuesta del DIDH a la pregunta del matrimonio igualitario en su dictamen del caso *Joslin y otras v. Nueva Zelanda*. No fue un buen inicio: el Comité no encontró que Nueva Zelanda hubiera vulnerado precepto alguno del PIDCP²⁵. En opinión del Comité:

8.2 El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término "hombre y mujer", en lugar de "todo ser humano", "todos", o "todas las personas". El uso del término "hombre y mujer" en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse²⁶.

La interpretación dada por el Comité se ajustó a parámetros válidos de interpretación literal e histórica que dejaron, sin embargo, un sinsabor de insuficiencia para las litigantes. De alguna manera, el Comité hizo eco de los argumentos del Estado durante el procedimiento:

4.3. El argumento fundamental del Estado Parte es que el texto del párrafo 2 del artículo 23 del Pacto claramente prevé una definición del matrimonio como la unión de parejas de uno y otro sexo. En su sentido ordinario las palabras "contraer matrimonio" se refieren a parejas de uno y otro sexo. Es significativo que en el párrafo 2 del artículo 23 figure el único derecho sustantivo protegido por el Pacto en que se alude específicamente al sexo, con la expresión "del hombre y de la mujer", mientras que en todos los demás derechos se prescinde de consideraciones basadas en el sexo. Esta lectura contextual se ve reforzada por el uso de las palabras "contrayentes" y "esposos", que designan a las partes de sexo opuesto que contraen matrimonio, en los párrafos 3 y 4 del artículo 23. El consenso universal en la práctica de los Estados respalda este punto de vista: ningún Estado Parte prevé el matrimonio homosexual; y ninguno ha entendido que el Pacto sí lo prevea, por lo que nunca se han formulado reservas a ese respecto²⁷.

¿Pero qué venía ocurriendo en los Estados al momento de la formulación de la pregunta de las demandantes y de la respuesta del Comité? Si recordamos la línea de tiempo de la sección anterior, *Joslin* se decide en el período 1998-2002, marco temporal en el que sólo un Estado en el globo contaba con legislación favorable al matrimonio igualitario (Países Bajos, 2001), y en el que se denota una marcada

²⁵ En la comunicación inicial, las solicitantes también alegaron vulneraciones de los artículos 16, 17 y 2.1, 23.1 y 2.1, y 26 del PIDCP.

²⁶ El resaltado es mío.

²⁷ El resaltado es mío.

prevalencia del formato no matrimonial como fórmula doméstica para el reconocimiento de derechos. Si algo marcó la respuesta en *Joslin* fue la poca comodidad que el Derecho Internacional todavía experimentaba para el reconocimiento de un derecho humano al matrimonio más inclusivo.

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

En otras palabras, el Comité nos dice que, para 2002, éste no es tema de incumbencia del DIDH, y que cada Estado tiene el derecho de regular o no el asunto de manera discrecional, como parte de un amplísimo margen de apreciación.

La segunda vez que el DIDH es cuestionado directamente en torno al matrimonio igualitario fue en 2004, en el caso *Schalk y Kopf v. Austria*. El escenario de la pregunta cambiaba, pues el sistema al que acudían los demandantes era uno regional donde el artículo 12 del Convenio Europeo señala que: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

La cuestión para el sistema europeo era la misma que se había planteado para el sistema universal. ¿Alcanzaba también la protección del texto del artículo 12 de la Convención Europea a las parejas homosexuales? El TEDH haría pública su sentencia el 24 de junio de 2010. Pero no vayamos tan rápido pues en 2002 ocurrió otro momento clave al interior del sistema europeo que no podemos dejar de mencionar: el caso *Goodwin v. Reino Unido*.

La sentencia en *Goodwin*, a diferencia del dictamen en *Joslin*, no se centra en la pregunta del matrimonio igualitario pero termina realizando una serie de afirmaciones decisivas para la consideración jurídica de las uniones homosexuales en el sistema regional europeo²⁸. Christine Goodwin, una mujer *trans*-reassignada quirúrgicamente, presenta en 1995 una demanda contra el Reino Unido ante la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos alegando una serie de vulneraciones en el marco del reconocimiento de su identidad de género femenina.

Goodwin llega al TEDH en 1999 y el 11 de julio 2002 dicta una sentencia que si bien resultó positiva para el reconocimiento de los derechos de las personas *trans*-, implicó también una limitación para la causa del matrimonio igualitario. La sentencia en *Goodwin v. Reino Unido* se inicia en buenos términos, pues el tribunal afirma que el artículo 12 del Convenio Europeo no puede interpretarse a partir de criterios estrictamente biológicos:

100. It is true that the first sentence refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of

²⁸ En la solicitud original ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la denunciante alegó la vulneración de los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 12 (derecho a contraer matrimonio), 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de la discriminación) de la Convención Europea.

gender by purely biological criteria (...). There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality. The Court has found above, under Article 8 of the Convention, that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender.

Sin embargo, en espejo con lo que días después diría el Comité de Derechos Humanos en *Joslin*, la corte restringe el alcance del derecho a contraer matrimonio a la fórmula heterosexual. En efecto, el TEDH encuentra vulnerado el artículo 12 del Convenio Europeo sólo en la medida que Christine Goodwin deseaba contraer matrimonio con un hombre:

101. The Court has therefore considered whether the allocation of sex in national law to that registered at birth is a limitation impairing the very essence of the right to marry in this case. In that regard, it finds that it is artificial to assert that post-operative transsexuals have not been deprived of the right to marry as, according to law, they remain able to marry a person of their former opposite sex. The applicant in this case lives as a woman, is in a relationship with a man and would only wish to marry a man. She has no possibility of doing so. In the Court's view, she may therefore claim that the very essence of her right to marry has been infringed²⁹.

Al igual que en *Joslin*, el marco temporal de resolución del caso en el plano internacional (1995-2002) coincide con un período en el que los derechos nacionales apenas ensayaban sus primeras apuestas legislativas no matrimoniales para el reconocimiento de derechos de las parejas homosexuales. Sin duda, muy buenas intenciones, pero a la vez un pésimo *timing*

III. Una desafortunada cadena de eventos: El mundo *post Joslin*

Marcados por las respuestas iniciales en el sistema universal y el sistema regional europeo, los casos que se litigaron posteriormente en ambos espacios no volvieron a preguntar más de manera exclusiva y directa al DIDH por el matrimonio igualitario. Por el contrario, las parejas demandantes articularon sus demandas a partir de lo patrimonial o del impacto de la legislación, pero ya sin perseguir de manera directa la modificación de su *status* civil en el plano doméstico. Para ello, utilizaron formulaciones más clásicas a partir de derechos como la privacidad y la vida familiar mirados desde el lente del principio de no discriminación.

En el Comité de Derechos Humanos

En el ámbito del Comité de Derechos Humanos, dos fueron las ocasiones en las que se ensayaron nuevas estrategias relacionadas con el matrimonio igualitario: *Young v. Australia*³⁰ y *X. v. Colombia*³¹. No es el propósito de este texto explorar a

²⁹ El resaltado es mío.

³⁰ Presentado al Comité el 29 de junio de 1999, y con dictamen del 6 de agosto de 2003.

³¹ Presentado al Comité el 13 de junio de 2001, y con dictamen del 30 de marzo 2007.

profundidad tales dictámenes, pero un hecho relevante en ambos casos es que se trata de solicitudes vinculadas a derechos pensionarios presentadas por el compañero sobreviviente de una unión homosexual estable en países donde no existía –para la fecha de los hechos- cobertura legal alguna disponible.

El principal argumento esgrimido por las víctimas afirma que cuando los Estados conceden un beneficio patrimonial a las parejas –como el pensionario- no pueden concederlo de manera que establezca diferencias a partir de la orientación sexual de sus contrayentes. Todo lo anterior al margen de si en dicho Estado se regula o no alguna fórmula de reconocimiento legal de las parejas homosexuales.

En ambos dictámenes, el Comité llega a la conclusión de que los Estados han vulnerado el artículo 26 del PIDCP que dispone que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Para el Comité de Derechos Humanos queda claro que la prohibición de la discriminación alcanza también a la orientación sexual como factor sospechoso. De esta forma, el artículo 26 del PIDCP quedaba vulnerado por ambos Estados toda vez que en el marco del procedimiento ante el Comité éstos no brindaron ninguna justificación objetiva o imperiosa para justificar que el beneficio pensionario alcanzase sólo a las parejas heterosexuales, más aún cuando éstas tampoco tenían disponible la posibilidad de contraer matrimonio³².

Resulta interesante cruzar las fechas de los dictámenes de estos casos con lo que venía ocurriendo en el ámbito interno para el matrimonio igualitario, en especial para *X v. Colombia*. Si bien para 2007 el terreno no era todavía óptimo para repreguntar *Joslin*, es el mismo Comité el que reconoce las posibilidades que ofrece el PIDCP para las parejas homosexuales en un marco argumentativo que evite repreguntar por el alcance de su artículo 23.2.

En el TEDH

La dinámica de litigio ha sido más intensa en el ámbito del sistema regional europeo. Al igual que su par en el sistema universal, los casos planteados han evadido por lo general preguntar directamente por el *status* jurídico del matrimonio igualitario. La frecuencia de demandas ha sido, sin embargo, algo mayor, lo que ha permitido observar que en cada sentencia, el Tribunal Europeo viene dando pequeños pasos para revertir lo establecido en torno al artículo 12 del Convenio Europeo en *Goodwin*. Los casos en cuestión son cuatro: *Schalk y Kopf v. Austria*³³, *Vallianatos y otros v. Grecia*³⁴, *Hämäläinen v. Finlandia*³⁵, y *Oliari y otros v. Italia*³⁶.

Schalk y Kopf

³² Puede compararse este razonamiento con lo señalado años después por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 10 de mayo de 2011 en el caso C-147/08 (Jürgen Römer y Freie und Hansestadt Hamburg) respecto a los derechos pensionarios en un contexto bastante similar.

³³ Demanda presentada el 5 de agosto de 2004, y sentencia del 24 de junio de 2010.

³⁴ Demandas conjuntas presentadas en mayo de 2009, y sentencia del 7 de noviembre de 2013.

³⁵ Demanda presentada el 8 de julio de 2009, y sentencia del 16 de julio de 2014.

³⁶ Demandas presentadas en marzo y junio de 2011, y sentencia del 21 de julio de 2015.

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

¿Qué dijo el TEDH en relación con el artículo 12 del Convenio Europeo? La corte inicia su razonamiento afirmando que el derecho a contraer matrimonio otorga un importante margen de apreciación al derecho nacional de cada Estado parte en el tratado, pero que “49. (...) the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired”³⁷. La pregunta es, ¿cuál es entonces el contenido esencial de este derecho contenido en el artículo 12 del tratado? El TEDH ensaya una respuesta en los párrafos siguientes:

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

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

61. (...) therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State³⁸.

El tribunal nos vuelve a mostrar a un DIDH tímido, marcado por *Goodwin* (y por *Joslin* en algún sentido), y que pese a mostrar un deseo de salir de un esquema interpretativo literal e histórico, se siente aún atrapado en las redes de la falta de consenso. El párrafo 58 de la sentencia resulta especialmente revelador sobre las condiciones necesarias que la corte espera se produzcan para reducir –o mejor aún eliminar– el amplio margen de apreciación que se ha otorgado a los Estados en los

³⁷ El resaltado es mío.

³⁸ El resaltado es mío.

asuntos matrimoniales. Austria no ha vulnerado el derecho a contraer matrimonio de *Schalk y Kopf*. Atención que estamos ya en 2010, un mejor momento para el matrimonio igualitario en el mundo, pero el eco de los casos de 2002 todavía deja escuchar con fuerza sus pasos.

¿Qué nos podemos llevar de positivo de estos párrafos? Que al menos el TEDH abre la puerta de la interpretación para que –algún día- el matrimonio igualitario calce en el contenido esencial del artículo 12 del Convenio Europeo. O que, en todo caso, admite que ni siquiera la interpretación más conservadora de la cláusula alcanzar a prohibir el matrimonio igualitario.

Ésa fue la última vez en la que el TEDH se ha pronunciado de manera explícita y directa en torno al contenido del derecho a contraer matrimonio contenido en el artículo 12 de la Convención Europea.

Quizás uno de los aportes menos apreciados de esta sentencia es lo referido a la supuesta vulneración de los artículos 14 y 8, en conjunción, del Convenio Europeo. El TEDH reafirma que el artículo 14 es una cláusula complementaria de las demás disposiciones sustantivas del tratado –al estilo del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, para luego destacar que lo que se discute en el *Schalk y Kopf* no es la posibilidad de encuadrar la relación de la pareja en el marco de la “privacidad” (cuestión que para el tribunal es obvia) sino más bien si ésta implica “vida familiar”. Para la corte, aquí sí se ha alcanzado el consenso necesario al que todavía no se arribaba para la cuestión matrimonial:

91. The Courts reiterates its established case-law in respect of different sex couples, namely that the notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock (...).

92. In contrast, the Court’s case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes “private life” but has not found that it constitutes “family life”, even where a longterm relationship of cohabiting partners was at stake. In coming to that conclusion, the Court observed that despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnerships between homosexuals, given the existence of little common ground between the Contracting States, this was an area in which they still enjoyed a wide margin of appreciation (...).

93. The Court notes that since 2001, (...), a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples (...). Certain provisions of EU law also reflect a growing tendency to include same-sex couples in the notion of “family”.

94. In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would³⁹.

³⁹ El resaltado es mío.

No obstante lo anterior, el TEDH afirma que la obligación de aprobar el matrimonio igualitario no emana –todavía- de esta conjunción de artículos y que la aprobación (tardía) de un régimen alternativo no conyugal en Finlandia para las parejas homosexuales tampoco podía representar una vulneración del Convenio Europeo. En palabras del tribunal: “105. (...) there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (...)”.

Reaparece así el fantasma del consenso como requisito de ese impulso temerario que el DIDH necesita para la promoción de un régimen matrimonial más inclusivo. Para terminar de desanimar a los más entusiastas, líneas más adelante la corte afirmaría que inclusive si los Estados proveyeran a las parejas homosexuales de un régimen alternativo al matrimonio, tampoco existe una obligación convencional de conferir al mismo de la totalidad de derechos emanados de lo conyugal: en ese campo tampoco existe el añorado consenso⁴⁰. En palabras del TEDH:

108. Nevertheless, the applicants appear to argue that if a State chooses to provide same-sex couples with an alternative means of recognition, it is obliged to confer a status on them which – though carrying a different name – corresponds to marriage in each and every respect. The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition.

Austria, entonces, tampoco ha vulnerado la conjunción de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo.

El DIDH arroja en esta sentencia muchas pistas de lo que desea lograr en el futuro. Y si miramos lo ocurrido entre 2002 y 2010, sin duda hay una suerte de *lege ferenda* establecida para el matrimonio igualitario: un DIDH emergente, deseoso pero todavía inseguro hasta que no se articulen del todo las condiciones del consenso.

Ésa fue la última ocasión en la que se le preguntó directamente a algún tribunal internacional en torno al matrimonio igualitario. Finalizada la primera década del siglo XXI –y marcados por *Joslin*, *Goodwin* y *Schalk y Kopf*, los tres casos que siguieron presentaron nuevos ángulos argumentativos a la pregunta en torno a la protección de los derechos de las parejas homosexuales.

Vallianatos

Vallianatos y *otros* conjugó dos demandas presentadas al TEDH en mayo de 2009 luego de que Grecia aprobara un régimen de unión civil (Ley No. 3719/2008) que sólo alcanzaba a las parejas heterosexuales. Los demandantes alegaban ante el tribunal que la Ley No. 3719/2008 vulneraba la conjunción de los artículos 14 y 8 de la Convención Europea, al estilo de lo cuestionado en el segmento equivalente de *Schalk y Kopf*.

De acuerdo con los demandantes, si Grecia decidía crear un régimen no conyugal alternativo, éste no podía dejar de lado a las parejas homosexuales en la medida

⁴⁰ El régimen alternativo austriaco excluía a las parejas contrayentes de la adopción y la inseminación artificial.

que éstas no tenían a su alcance medio alguno de protección de sus uniones estables en el país. El Estado había señalado que este régimen tenía como fin “82. (...) to strengthen the legal status of children born outside marriage and to make it easier for parents to raise their children without being obliged to marry. This aspect, it is argued, distinguishes different-sex couples from same-sex couples, since the latter cannot have biological children together”.

La corte publica su sentencia el 7 de noviembre de 2013, y es en su respuesta a estos argumentos en la que se comienza a esbozar un interesante avance respecto a lo decidido años apenas 3 años atrás en *Schalk y Kopf*. De acuerdo con el tribunal,

85. In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require the measure chosen to be suitable in principle for achievement of the aim sought. It must also be shown that it was necessary, in order to achieve that aim, to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of the provisions in issue (...). According to the case-law cited above, the burden of proof in this regard is on the respondent Government. It is therefore for the Greek Government to show in the instant case that it was necessary, in pursuit of the legitimate aims which they invoked, to bar same-sex couples from entering into the civil unions provided for by Law no. 3719/2008.

En otras palabras, en casos donde el criterio diferenciador de la legislación es la orientación sexual, el margen de apreciación gubernamental se reduce, y es el Estado el que debe justificar que tiene una motivación imperiosa que justifique la exclusión. Para el TEDH, en *Vallianatos* Grecia no logra demostrar que poseyera tal motivación⁴¹. El tribunal encuentra a Grecia responsable de haber vulnerado la conjunción de los artículos 14 y 8 de la Convención Europea en perjuicio de los demandantes, afirmando que:

91. (...) although there is no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Nine member States provide for same-sex marriage. In addition, seventeen member States authorise some form of civil partnership for same-sex couples. As to the specific issue raised by the present case (...), the Court considers that the trend emerging in the legal systems of the Council of Europe member States is clear: of the nineteen States which authorise some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece are the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples (...). In other words, with two exceptions, Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a new system of registered partnership as an alternative to marriage for unmarried couples, include same-sex couples in its scope (...)⁴².

¿Qué nos podemos llevar de esta decisión? Lo primero es que aquí el TEDH no habla de “consensos” sino tan sólo de “tendencias” para justificar que en los Estados donde no existen fórmulas jurídicas de reconocimiento de las relaciones homosexuales, no pueden crearse regímenes no conyugales que excluyan a las

⁴¹ Aún más, el tribunal pone en tela de juicio que el fin último de la legislación pro unión civil haya sido el interés superior de los niños concebidos fuera del matrimonio.

⁴² El resaltado es mío.

parejas del mismo sexo. Asimismo, quedaba finalmente establecido que, tal como ocurrió para el sistema universal con *X v. Colombia*, en el sistema europeo la orientación sexual como criterio diferenciador de la legislación ponía en *off-side* al Estado: de ahora en adelante se le exigirá que explicita la motivación última que justifique esa diferencia.

Hämäläinen

Cuando Heli Maarit Hannele Hämäläinen nació en 1963 fue registrada como una persona de género masculino. Contrajo matrimonio con una mujer en 1996. Desde 2006 comenzó a vivir como una mujer, habiendo sido reasignada quirúrgicamente en 2009. En Finlandia el matrimonio es todavía una institución exclusivamente heterosexual. Para las parejas homosexuales, desde 2002 el Estado ha creado un régimen especial denominado *registered partnerships*. *Hämäläinen v. Finlandia* es un caso que ofrece particulares interrogantes a partir de este esquema.

¿Qué ocurre cuando uno de los cónyuges en un matrimonio heterosexual reasigna su identidad de género quirúrgicamente? Más aún, ¿qué sucede si ambos “ex cónyuges” rechazan ser considerados un *registered partnership* y exigen ser reconocidos todavía como un matrimonio? Y un detalle adicional, ¿qué ocurre si el requisito para la modificación de la identidad reasignada en el documento de Hämäläinen exige que su “ex cónyuge” consienta previamente en transformar su unión en un *registered partnership*? Tales eran los dilemas de Heli Maarit Hannele Hämäläinen en julio de 2009, cuando presentaba una demanda contra Finlandia ante el TEDH alegando que se estaban vulnerando los artículos 8, 12, así como 14, 8 y 12 de la Convención Europea en su perjuicio.

El tribunal emite su respuesta definitiva el 16 de julio de 2014. La corte identifica que existía un conflicto entre el interés privado de Hämäläinen en obtener la modificación de su identidad de género en su documento de identidad y el interés del Estado en preservar la institución matrimonial en su fórmula heterosexual. Frente a esta tensión el TEDH afirma, sin embargo, que:

38. (...), according to the Court’s case-law, Article 12 of the Convention did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor could Article 8, a provision of more general purpose and scope, be interpreted as imposing such an obligation. The Court had also held that the matter of regulating the effects of the change of gender in the context of marriage fell within the appreciation of the Contracting State⁴³.

Si bien el TEDH reconoce más adelante que “68. (w)hilst affording a certain margin of appreciation to States in this field, it has held that States are required, in accordance with their positive obligation under Article 8, to recognize the change of gender undergone by post-operative transsexuals through, inter alia, the possibility to amend the data relating to their civil status, and the ensuing consequences”, también afirma que “74. (...) it cannot be said that there exists any European consensus on allowing same-sex marriages. Nor is there any consensus in those States which do not allow same-sex marriages as to how to deal with gender recognition in the case of a pre-existing marriage. The majority of the member States do not have any kind of legislation on gender recognition in place. In addition to Finland, such legislation appears to exist in only six other States. The exceptions afforded to married transsexuals are even fewer. Thus, there are no signs that the situation in the

⁴³ El resaltado es mío.

Council of Europe member States has changed significantly since the Court delivered its latest rulings on these issues”.

El tan anhelado consenso, motor de los cambios del DIDH en materia de sexualidad, vuelve a aparecer. Por tanto, dice el TEDH, Finlandia no vulnera el artículo 8 de la Convención Europea y, por tanto, el derecho de la solicitante al no reconocer su actual *status* como el de un matrimonio. En palabras del tribunal:

75. In the absence of a European consensus and taking into account that the case at stake undoubtedly raises sensitive moral or ethical issues, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must still be a wide one (...). This margin must in principle extend both to the State’s decision whether or not to enact legislation concerning legal recognition of the new gender of post-operative transsexuals and, having intervened, to the rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests.

87. While it is regrettable that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a genuine possibility of changing that state of affairs: her marriage can be converted at any time, *ex lege*, into a registered partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the possibility of divorce, as in any marriage, is always open to her. In the Court’s view, it is not disproportionate to require, as a precondition to legal recognition of an acquired gender, that the applicant’s marriage be converted into a registered partnership as that is a genuine option which provides legal protection for same-sex couples that is almost identical to that of marriage⁴⁴.

El consenso reaparece, esta vez, para justificar que los Estados no tienen obligación convencional alguna de regular en un determinado sentido el *status* de los matrimonios heterosexuales celebrados por personas que luego reasignan su identidad de género quirúrgicamente. Si bien Hämäläinen demanda un pronunciamiento sobre el alcance del artículo 12 del Convenio Europeo en este contexto, el tribunal decide no examinar la cuestión señalando que su razonamiento en torno al artículo 8 del tratado resultaba suficiente⁴⁵.

Oliari

¿Existe ya en el ámbito europeo una obligación positiva para los Estados de proveer alguna forma de reconocimiento legal de las parejas homosexuales? Ésta es la pregunta central de *Oliari y otros v. Italia*, el último de los casos decididos por el TEDH en torno a la protección jurídica de las uniones homosexuales.

La Constitución italiana no define el matrimonio sino que remite su definición al Código Civil, la misma que alcanza sólo a la parejas heterosexuales. *Oliari* se origina en dos demandas presentadas por parejas homosexuales en marzo y junio de 2011 al TEDH. Los solicitantes señalaban que la legislación italiana no ofrece forma alguna de protección –matrimonial o no matrimonial-, y que ello implicaba una forma de discriminación por orientación sexual a la luz de los artículos 14, 8 y 12 de la Convención Europea.

⁴⁴ El resaltado es mío.

⁴⁵ El TEDH rechaza además –muy escuetamente- el argumento de que haya ocurrido una vulneración del artículo 14 en conjunción con los artículos 8 y 12 del convenio.

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

Es interesante que, antes de brindar su respuesta de fondo, el TEDH siente la necesidad de realizar un recuento de la situación del matrimonio igualitario y de las uniones no matrimoniales a esa fecha en el espacio del Consejo de Europa:

55. It follows that to date twenty-four countries out of the forty-seven CoE member States have already enacted legislation permitting same-sex couples to have their relationship recognised as a legal marriage or as a form of civil union or registered partnership.

En buena parte de la decisión, la corte se dedica a soslayar la existencia de obligaciones positivas para los Estados que permitan asegurar la vida privada y familiar de las parejas homosexuales, especialmente en contextos en donde no existen herramientas jurídicas de protección específicas. Así, en el marco del artículo 8 de la Convención Europea, queda claro que: “165. It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship”.

Más aún, en palabras del tribunal:

174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the applicants’ position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (...). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.

Para el tribunal, este caso puede distinguirse claramente de *Schalk y Kopf* donde la cuestión en debate era si la legislación no matrimonial aprobada por Austria debía o no contener el mismo tipo de derechos que el matrimonio. Dada la falta de consenso existente en la manera cómo debe implementarse un régimen suplementario de protección no conyugal, los Estados disfrutaban entonces de un amplio margen de apreciación. La situación en *Oliari* sería diametralmente distinta en el sentido de que las parejas denunciadas no disponen de marco alguno de protección disponible para sus derechos. Para el tribunal, la situación de estos demandantes implica además un aspecto vinculado a la existencia e identidad misma de los individuos involucrados, lo que reduce el margen de apreciación del Estado⁴⁶.

El tribunal apunta además que en años previos la Corte Constitucional italiana habría señalado en diferentes ocasiones al Parlamento nacional la necesidad de

⁴⁶ De hecho, el TEDH rechaza el argumento de que el asunto estuviera vinculado a una temática ética o moral sensible que permita utilizar un margen de apreciación más amplio (párrafo 177).

aprobación de un marco legislativo de protección de las parejas homosexuales, pero que el congreso había decidido no responder a tales llamados. Para reforzar la gravedad de esta omisión, el TEDH señala que las encuestas de opinión remitidas en el caso eran claras al señalar que la población italiana se mostraba mayoritariamente favorable a la creación de un régimen de protección en dicho sentido.

Dicho todo ese preámbulo, el TEDH deja entonces el párrafo que sigue para declarar la vulneración por parte de Italia del artículo 8 de la Convención Europea:

185. In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants' momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts' conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions⁴⁷.

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

Queda claro entonces que, en el ámbito europeo, existiría la posibilidad de reivindicar en el futuro, en el marco del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) de la Convención Europea, que los Estados deben regular alguna forma de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales. Todo ello, claro está, cuando la única fórmula de reconocimiento de la afectividad sea el matrimonio tradicional. Bajo esas circunstancias, el margen de apreciación de los Estados estaría minimizado.

El margen de apreciación sí resultaría todavía amplio en situaciones en las que lo que se discute es el alcance de estas fórmulas suplementarias vis-a-vis el matrimonio. Para tales casos, los Estados gozarían de un generoso margen de apreciación. Más aún, dadas las cicatrices producidas en *Joslin y Goodwin*, no puede todavía sostenerse que éstos tengan obligación alguna de regular igualitariamente el matrimonio.

V. ¿Camino al altar?: Los límites y las posibilidades del sistema interamericano

Un sistema regional tan activo como el europeo, pero que no ha sido testeado con la pregunta del matrimonio igualitario, es el sistema interamericano. ¿Pueden ofrecernos la Comisión y la CortelDH una respuesta más auspiciosa? En mi opinión, el sistema interamericano, que ha abierto de manera más reciente su interés por las cuestiones vinculadas a las sexualidades periféricas⁴⁸, ofrece una avenida de

⁴⁷ El resaltado es mío.

⁴⁸ Fue recién en 2011 que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió crear una Unidad Especializada sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Dicha unidad fue transformada en una Relatoría en febrero de 2014. La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex ha publicado su primer informe (Violencia contra personas LGTBI en América) en noviembre de 2015.

solución que, de ser bien calibrada, puede borrar los efectos de los dictámenes pasados de sus vecinos.

Si bien, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace mayor referencia a la orientación sexual en su texto, la cláusula que consagra el derecho a contraer matrimonio tiene una particular redacción en el segundo párrafo del artículo 17 (Protección a la Familia): “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”⁴⁹.

El principio en cuestión, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, señala que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. ¿Y qué ha dicho la CortelDH al interpretar este principio para las cuestiones vinculadas a la diversidad sexual? En la que hasta el momento es la única decisión relacionada con la temática *gay*, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*⁵⁰, el tribunal ha señalado que:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, (...) la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Puede argumentarse que, en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las normas internas que regulan el matrimonio estarían limitadas por este principio. ¿Es la ausencia de reconocimiento jurídico (matrimonial o no) de las uniones homosexuales en un Estado una violación de este principio? ¿Tienen los Estados la obligación positiva de regular el matrimonio clásico más inclusivamente de acuerdo con estas pautas? Las posibilidades de una respuesta bajo este nuevo marco muestran, al menos teóricamente, un mejor augurio.

¿Y qué del margen de apreciación? La propia sentencia en *Atala Riffo* parece brindar una antesala de respuesta: “92. (...) la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.

⁴⁹ El resaltado es mío.

⁵⁰ La sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Atala Riffo y Niñas* fue emitida el 24 de febrero de 2012.

Cabe señalar que el 21 de octubre de 2014 la Comisión Interamericana sometió a la jurisdicción de la CortelDH el caso 12.841 (Ángel Alberto Duque), relacionado con la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de uno de los compañeros en una pareja homosexual. Este caso todavía tiene sentencia pendiente.

El argumento del consenso regional y de su articulación oportuna con el margen de apreciación estatal aplicable podrían no tener tanto eco en el sistema interamericano. Irónicamente, el camino al altar en las Américas no parece tener, al menos en teoría, tantos villanos y circunstancias conflictivas que enfrentar. A esto se suma que en las Américas el reconocimiento del matrimonio igualitario viene siendo tendencia estatal no sólo en la vía legislativa, sino también en la jurisdiccional.

Bajo ese contexto, ¿valdrá la pena preguntarle al sistema interamericano por el alcance del artículo 17.2 de la Convención Americana? Yo opino que sí. Pero tampoco hay que olvidar que, ante las instancias internacionales, los casos que no tuvieron éxito fueron aquellos en los que las parejas homosexuales solicitaron directamente el reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio (*Joslin y Schalk y Kopf*). Ese “litigio estratégico” ha traído consecuencias que sólo dos décadas después estamos alcanzado a revertir.

Pero esto ocurrió en 2002, donde la línea de tiempo a favor del matrimonio igualitario o de alguna forma de reconocimiento para las parejas homosexuales era aún breve y escasa. Hoy es 2015, el tercer momento del matrimonio igualitario, y el número de Estados que viene reconociendo el matrimonio entre personas del mismo sexo o algún tipo de beneficio para estas parejas sigue creciendo. Mientras nuevos Estados otorguen derechos a las parejas del mismo sexo, mayor será ese “consenso” necesario para que las instancias internacionales reconozcan mayores derechos a estas parejas.

Quizás lo más irónico haya sido descubrir que cuando se trata del control del cuerpo y de los afectos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos haya resultado ser tan tímido, esperando ese empujón hacia el altar desde el plano interno. Lo que parecía un camino casi inaccesible, parece hoy ser una ruta menos tortuosa hacia dicho reconocimiento.

I. Bibliografía

Brundage, James A. *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa Medieval*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Gallo, Daniele; Paladini, Luca; y Pustorino, Petro. *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*. Berlín: Springer, 2014.

Keck, Thomas. *Judicial Politics in Polarized Times*. Chicago: University of Chicago Press, 2014.

Pierceson, Jason; Piatti-Crocker, Adriana; y Schulenberg, Shawn. *Same-Sex Marriage in Latin America: Promise and Resistance*. Maryland: Lexington Books, 2013.

Rossenberg, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

Zelada, Carlos J. “Amor prohibido: un análisis de la ciudadanía sexual desde *Contracorriente*”. En: *La Política va al cine*. Lima: Universidad del Pacífico, 2014, pp. 243-257.