

ACTIVISMO JUDICIAL

Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina

Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario

Marie-Christine Fuchs y Mônia Clarissa Hennig Leal

Editoras



Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario

Un análisis a partir del matrimonio civil igualitario

Marie-Christine Fuchs y Mônia Clarissa Hennig Leal
Editoras

©2022 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e.V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla

Editoras responsables

Marie-Christine Fuchs y Mônia Clarissa Hennig Leal

Coordinadora académica y editorial

Magdalena Schaffler

Corrección de estilo

Francisco Díaz-Granados

Cubierta y plantilla

Martha Isabel Gómez

Fotografía de cubierta

Gutzemberg- Istockphoto

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Editorial Temis

ISBN 978-628-95078-5-0 edición digital

Junio de 2022

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

7 Prólogo

Hartmut Rank y Magdalena Schaffler

Primera parte

13 Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido

Brasil. Mônia Clarissa Hennig Leal

Segunda parte

78 Introducción

Activismo judicial en América Latina

81 Activismo judicial en Argentina y el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo

Argentina. Roberto P. Saba

127 El Supremo Tribunal Federal brasileño y el matrimonio civil igualitario: entre la garantía de los derechos fundamentales y los déficits de la democracia representativa

Brasil. Glauco Salomão Leite y Mônia Clarissa Hennig Leal

159 Matrimonio civil igualitario en Chile.

Análisis de un caso de (in)activismo judicial

Chile. Miriam Henríquez Viñas

181 Moviendo la Constitución: reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia

Colombia. Mauricio Ariel Albarracín Caballero

233 Alcance de la sentencia que resolvió sobre la vigencia del matrimonio igualitario en Costa Rica

Costa Rica. Marvin Carvajal Pérez

259 Matrimonio igualitario en Ecuador. ¿Un caso de activismo judicial progresista desde el control de constitucionalidad?

Ecuador. Sebastián López Hidalgo

285 El matrimonio igualitario en la Suprema Corte de México: protección de derechos en una Corte no activista

México. Francisca Pou Giménez

345 Mucho ruido por (casi) nada

Perú. Carlos J. Zelada

383 El matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Venezuela y Panamá. Mariana Clemente Fábrega

Prólogo

Para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer es un honor y un placer presentar el primer tomo de la serie titulada “Activismo Judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina” en la cual se presenta un primer esfuerzo por hacer una revisión comparada de los procesos que se viven actualmente en la región en esta materia. Este primer tomo se refiere a la aplicación de los criterios de las cláusulas de igualdad constitucional, en general, y de los avances o retrocesos que se han venido dando en términos del matrimonio igualitario, en particular.

La experiencia que cada uno de los países en estudio ha tenido en el activismo de sus ciudadanos para movilizar diferentes acciones en los sistemas judiciales con fines de protección de los derechos será el punto de partida para un análisis más profundo sobre lo que todavía falta por fortalecer en la protección de los derechos humanos de quienes aún exigen mayores garantías para un goce efectivo del derecho al matrimonio igualitario. Las tensiones latentes entre las concepciones de la democracia, la regulación del derecho civil, el concepto argumentativo del principio de igualdad y la tolerancia ciudadana son solo algunos de los aspectos que se entrecruzan en cada uno de los capítulos que dan vida a esta obra.

La importancia de una obra académica comparada es que contribuye al contraste de hipótesis y a la revisión detallada de cada cultura jurídica y de la relación entre las instituciones y la ciudadanía. De esta manera, analizar los diferentes caminos que sigue cada uno de los países en estudio para la protección de los derechos, respecto de la figura del matrimonio igualitario, es fundamental para comprender la manera como el derecho puede servir de válvula de cierre al ascenso social o permitir que se dé un cumplimiento efectivo de derechos.

El constitucionalismo latinoamericano atraviesa por una constante ola de cambios en áreas como la protección inmediata de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de cláusulas de igualdad. Estas últimas se han ido consolidando por medio de argumentos políticos y judiciales que han abierto el debate sobre la relación entre el derecho y la política legislativa, el activismo judicial y el poder contramayoritario de los jueces. De igual manera, se abren otros debates más generales sobre el control ciudadano,

las funciones de cada una de las instituciones que conforman los diferentes poderes de un Estado y el contenido hermenéutico y argumentativo de un principio como el de la igualdad.

Las respuestas que den los órganos del poder estatal a cada uno de estos problemas planteados tendrán un impacto directo en la manera en que los ciudadanos van a exigir sus demandas igualitarias. En efecto, la consolidación de una corte o tribunal constitucional progresista o conservador tendrá influencia directa en las estrategias que seguirá el activismo protector de los derechos fundamentales. Uno de los temas que con mayor intensidad se ha disputado en este campo es el del derecho al matrimonio igualitario en la región, el cual, como se ha mencionado, será el centro de esta obra.

Hay un concepto que atraviesa el libro y es el de “activismo judicial”, el cual conduce a la pregunta inmediata por el papel que deberían tener los y las jueces en las democracias modernas. Desde que el caso *Marbury vs. Madison* dio nacimiento al control por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de los estatutos que podrían ir en contra de los postulados constitucionales, son muchas las vías y acciones que se han creado para determinar quién debe ser el protector de la Constitución y, con esta, quien debería velar tanto por la validez normativa como por la protección de los derechos humanos. Las preguntas son relevantes, porque constituyen un eje central de discusión.

Ahora bien, si se hace un análisis de lo que ha significado la lucha por el derecho al matrimonio igualitario en los países en estudio se encontrarán estrategias diversas y acciones distintas por parte de los activistas, estrategias que muchas veces chocan con realidades de discriminación o limitaciones del aparato institucional para concretar el derecho de los ciudadanos a tener un matrimonio libre de prejuicios. Se podrá establecer también la manera en que el activismo judicial no solo les corresponde a las altas cortes o los tribunales de cierre, sino que hay una construcción desde “abajo” que tiene que ver con jueces locales, instituciones regionales encargadas de proteger los derechos humanos y constantes debates parlamentarios que impulsan los ciudadanos.

Una de las autoras de esta obra entrega un contexto de lo que ha significado la lucha por el matrimonio igualitario en el ámbito internacional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 24 de 2017 marcó ya una senda al señalar que los miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben

garantizar el matrimonio igualitario. La Corte IDH, revisando diversas preguntas sobre la opinión consultiva elevada por Costa Rica, ha ido creando una serie de preceptos sobre la obligatoriedad de sus decisiones, así como la visión que debería tener cada país en la no discriminación ante la exigencia del matrimonio igualitario. El texto sirve como soporte para ir determinando la visión que se tiene en el ámbito supranacional del derecho a la igualdad y la no discriminación, al que debe obedecer el derecho al matrimonio igualitario.

Ahora bien, para cada ámbito nacional, los autores van hilvanando la relación que han tenido los tribunales y cortes constitucionales con la ciudadanía y otras instituciones estatales para la protección de los derechos en materia de matrimonio igualitario. En el contexto peruano, por ejemplo, la mayoría de las propuestas presentadas para la aprobación del matrimonio igualitario vendrían de proyectos legislativos que se archivan de inmediato o que navegan en un trámite trabado y terminan en el mismo resultado de no aprobación. Por su parte, las cortes en Perú empiezan a hacer un trabajo de revisión a la luz de tratados internacionales. Sin embargo, las tensiones entre las diferentes interpretaciones judiciales se mantienen y no hay una respuesta definitiva sobre la garantía de los derechos al matrimonio igualitario. De hecho, como lo menciona Carlos Zelada, algunas respuestas han venido del poder ejecutivo. En Colombia, la respuesta al reconocimiento del matrimonio igualitario se ha desarrollado por medio del activismo ciudadano e institucional, que ha logrado un impacto importante en la Corte Constitucional y el desarrollo del contenido de su Sentencia C-577 de 2011. El autor colombiano cuenta en detalle todas las estructuras que se han ido moviendo para que se impulse la igualdad en el matrimonio. En efecto, la hipótesis del autor es que no solo la Corte Constitucional ha sido fundamental para los avances en materia de matrimonio igualitario, ya que asimismo otras instituciones locales y ciudadanas han sido claves para lograr crear una reacción en varios puntos de la red social que configura un Estado moderno.

La autora mexicana llama la atención sobre la manera en que las cortes también pueden resultar poco o nada progresistas con los temas igualitarios. En este sentido, en México la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enmarcado la discusión en un sentido amplio, poco protector de los derechos del matrimonio igualitario, y se ha centrado más bien en conceptualizar el derecho al matrimonio igualitario dentro de cláusulas positivas que desarrollan algunos conceptos generales, pero que no fijan puntos de

avance en la materia. La autora chilena también llama la atención sobre el no activismo judicial en el caso chileno, donde los jueces y el Tribunal Constitucional no han sido vías efectivas para la protección de los derechos a la igualdad en el matrimonio y, más bien, la tendencia ha sido a desarrollar un sistema que defiende la postura tradicional del matrimonio entre un hombre y una mujer.

El autor ecuatoriano llama la atención acerca de la manera como en su país el Tribunal Constitucional, en decisión dividida (11-18-CN y 10-18-CN), resolvió en favor del matrimonio igualitario. El texto muestra el progresismo del Tribunal al crear los marcos para una no discriminación en materia de derechos humanos, en el caso del matrimonio igualitario, pero también indica la necesidad de crear espacios dialógicos que permitan que los ciudadanos se apoderen de los conceptos de igualdad o, de lo contrario, la decisión no tendrá incidencia en la protección de derechos. Los autores brasileños analizan el caso de su país y muestran que el legislativo no ha dado una respuesta efectiva al matrimonio igualitario, mientras el Supremo Tribunal Federal ha empezado a abrir un camino conceptual de no discriminación que permite que los ciudadanos se apoderen de espacios simbólicos que podrían abrir nuevos debates sobre el tema.

Por su parte, el autor argentino muestra de qué modo las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema cobraron fuerza protagónica en la protección de los derechos a mediados del siglo XX. Para el caso del matrimonio igualitario, es interesante ver cómo la Corte, conociendo la decisión que iba a tomar el Congreso de garantizar el derecho, prolongó su decisión para que fuera el poder legislativo quien de manera deliberativa tuviera la última palabra.

En cada uno de los casos que se analizan, el poder de los tribunales y cortes constitucionales es evidente, pues en cada país se va marcando una postura inicial sobre lo que debe ser la protección de los derechos fundamentales respecto del matrimonio igualitario. Se podría decir que en todos los casos hay una tensión general, en dos niveles. En el primer nivel, está el poder de las cortes y tribunales respecto de lo que pueden hacer, tanto simbólica como fácticamente, en la protección del derecho, junto con la presión ciudadana que se ejerce sobre la misma, así como la creación de una hermenéutica que impacte la realidad de las personas del común. En el segundo aspecto, se encuentra el vínculo de las cortes y tribunales con otras instituciones estatales. Aquí la relación de poder se hace manifiesta cuando otras instituciones pueden colaborar en la protección de derechos

impulsando y ayudando a los tribunales de cierre en la protección de los derechos o, por el contrario, cerrando espacios de discusión que provocan que las cortes no actúen o actúen de manera muy moderada en la garantía del derecho al matrimonio igualitario.

Esperamos que la obra que tiene el lector en sus manos se convierta en un referente que abra espacios para nuevos debates sobre el matrimonio igualitario y pueda mostrar nuevas visiones y perspectivas en la protección de los derechos fundamentales en general.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Magdalena Schaffler

Coordinadora de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Primera parte

Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido

BRASIL

Mônia Clarissa Hennig Leal

El activismo judicial es un fenómeno cuya discusión, relacionada con los límites, la legitimidad y la forma de actuación del poder judicial —y particularmente de las cortes y tribunales constitucionales— ha recibido una significativa notoriedad y popularidad, extendiéndose a los más diversos contextos jurídico-constitucionales, incluso en América Latina. El origen de la expresión se remonta, sin embargo, a los Estados Unidos, en donde se acuñó a mediados del siglo XX, a los efectos de identificar el perfil de los jueces de la Suprema Corte. No es por casualidad, por lo tanto, que también allí se hayan establecido reflexiones y críticas que son referencia sobre el tema y que sirvieron de base para el desarrollo de teorías y análisis sobre la actuación de la jurisdicción constitucional en la democracia también en otros países.¹

Entonces, el objetivo del presente capítulo consiste en buscar una aproximación teórico-conceptual acerca del activismo judicial, tomando como referencia, en un primer momento, el surgimiento de la expresión en el

1 Se debe tener presente que las discusiones sobre el “activismo judicial” no se restringen al contexto de Estados Unidos y a la actuación de su Suprema Corte y que se presentan, como se ha referido, en diferentes países, relacionadas con la actuación de diferentes tribunales y siendo comunes también en Europa, por ejemplo. En ese sentido, según Ruiz, “aplicando dicha idea *mutatis mutandis* a la judicialización y al activismo judicial, podríamos concluir que la definición y las manifestaciones de estos fenómenos no solo difieren de un país respecto de otro, sino que, tratándose incluso de un mismo país, también varían según la época que tomemos como referencia”. Juan Cámara Ruiz. “Judicialización y activismo judicial en España”. En Rogério Gesta Leal y Mônia Clarissa Hennig Leal (orgs.), *Activismo judicial: déficits democráticos*. Río de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 89. Entonces, por cuestiones de orden metodológico y ante la dificultad de abarcar adecuadamente esas variaciones, el recorte que se hizo para el presente trabajo se propone centrar su abordaje en el surgimiento del concepto a partir de la perspectiva estadounidense.

contexto estadounidense y procurando poner en evidencia cómo ha sido asociado, a lo largo de la historia, a diferentes composiciones de la Suprema Corte, al ser utilizada con una connotación tanto positiva como negativa, además de ser invocada para tachar decisiones de cuño progresista o conservador, lo que desde el comienzo torna evidentes las dificultades de su conceptualización. En el segundo eje temático, se procura trazar, a partir de referencias de la teoría constitucional norteamericana,² un panorama del debate acerca del activismo y señalar cómo va más allá de la esfera académica hasta popularizarse y ser incorporado también por los medios de comunicación, la opinión pública y el medio político. Se intenta poner en evidencia, en ese sentido, el uso político que comúnmente se hace del término, así como la variación de los sentidos que se le atribuyen, a partir de diferentes concepciones filosóficas y teóricas.

Finalmente, en el tercer eje temático, se abordan aspectos como la “dificultad contramayoritaria” y el problema de la deferencia de los tribunales con los poderes representativos y se discurre sobre las dificultades de su conceptualización y de la fijación de estándares capaces de establecer parámetros claros de actuación judicial, especialmente ante elementos complejos y polisémicos, como la noción de interpretación y de separación de poderes. En este punto se destaca que la actividad interpretativa recibe un nuevo aire y nuevos contornos en el ámbito del Estado constitucional, lo que potencia y amplía el rol del poder judicial, especialmente en lo que concierne a la garantía de la Constitución y a la protección de los derechos fundamentales. De ello resulta, igualmente, un proceso de judicialización que, sumado a una ampliación de la noción de vinculación de los poderes —y la consiguiente extensión de los espacios de control y de fiscalización, funcionando como contrapunto a la lógica mayoritaria—, termina por repercutir en la comprensión de aquello que se entiende como “activismo”.

Tenemos, pues, que el término “activismo” ha estado siendo utilizado, a lo largo del tiempo, como un “rótulo” que sirve a diferentes lineamientos ideológicos, lo que desde ya deja en evidencia su complejidad y su carácter retórico, volviendo relevantes el análisis y reflexión acerca de algunos de sus elementos centrales.

2 Una vez más, no se desconoce o desconsidera el acaecimiento de ese debate en otros países y escenarios constitucionales; se entiende, sin embargo, que algunos de los argumentos aquí encarados, centrales al debate estadounidense, se reproducen y reflejan en otros contextos, con un carácter casi “universal”, razón por la cual constituyen la base del estudio aquí desarrollado.

El activismo judicial y el acomodo del término en el contexto estadounidense

El origen del término “activismo judicial” se puede atribuir a Arthur Schlesinger, quien, en un artículo de la revista *Fortune*, de 1947, trazó el perfil de los jueces de la Suprema Corte estadounidense clasificándolos de “activistas” (Justices Black, Douglas, Murphy y Rutledge) y de “campeones de la autocontención judicial” (Justices Frankfurter, Jackson y Burton).³ Según su descripción, los activistas serían los más inclinados a utilizar el poder judicial en pro de una concepción de bien social, mientras que los autocontenidos estarían más enfocados en reconocer un mayor espacio de acomodo al legislador. Con el paso del tiempo, la expresión “activismo judicial” se consolidó y se popularizó, hasta volverse, en general, sinónimo de fallos que provocan el vaciamiento de las elecciones políticas efectuadas por los poderes representativos. Aunque las expresiones *judicial activism* y *self restrained* se atribuyan a Schlesinger, a mediados del siglo XX, la discusión acerca de la relación entre los poderes que está en su núcleo es bastante anterior y se remonta a los debates de la independencia norteamericana, ya en el siglo XVIII.

Alexander Hamilton, en el ensayo 78 de *El Federalista*, abordó el tema, buscando tranquilizar las aprehensiones relativas al poder judicial, planteándolo como vinculado a los límites de la Constitución y clasificándolo como el “menos peligroso de los poderes”, es decir, “*the least dangerous branch*”.⁴ No obstante, las preocupaciones permanecieron, asociadas al temor de que el poder judicial pudiera minar las prerrogativas del Congreso.⁵ En esta línea y destacando los riesgos de una actuación ampliada de los tribunales, Abraham Lincoln llegó a manifestarse en el sentido de que,

3 Arthur M. Schlesinger. “The Supreme Court: 1947”. *Fortune*, enero de 1947, p. 201. Cabe notar que se trata de una mención al surgimiento de la expresión “activismo judicial”, que se popularizó y tuvo una enorme proyección a lo largo del tiempo, lo que no se debe confundir con las controversias acerca de la figura de la *judicial review* o de la legitimidad de la actuación de los tribunales en el ejercicio del control de constitucionalidad, que es bastante anterior y se remonta a sus propios orígenes. O sea, no se está hablando de los orígenes del activismo judicial en sí (cuestiones de fondo), sino solo del uso de la expresión.

4 Alexander Hamilton. “The Federalist 78: A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behaviour”. En James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, *The Federalist Papers*, Isaac Kramnick (ed.). Nueva York: Penguin Books, 1788, p. 437.

5 Bruce G. Peabody. “Legislating from the bench: A definition and a defense”. *Lewis and Clark Law Review*, vol. 11 (2007): 190.

si los problemas políticos fuesen resueltos por el poder judicial, el pueblo “dejaría de ser su propio legislador”.⁶

Más tarde, ya en los albores del siglo XX, acusaciones acerca de una inadecuada actuación del poder judicial⁷ con relación a deliberaciones políticas representativas fueron lanzadas a los fallos conservadores de la Suprema Corte que invalidaron una serie de reglamentaciones en el área económica —especialmente el Caso *Lochner v. New York*, de 1905, en el cual se consideró inconstitucional una ley estadual que limitaba la jornada de trabajo de los panaderos—. ⁸ El juicio del caso *Lochner* sentó, a su vez, las bases de actuación de la Suprema Corte en la invalidación de la legislación relativa al New Deal, siendo invocado frecuentemente como un ejemplo clásico de activismo judicial, que puso en evidencia el claro rechazo de la Corte a ser deferente con las elecciones legislativas en la materia.⁹ Fue justamente en función de fallos como el del caso *Lochner* que Franklin Delano Roosevelt, en su condición de presidente, hizo su famosa propuesta de “dotar” a la Suprema Corte de jueces afines a sus concepciones políticas, movimiento que quedó conocido como *Court-packing*:

La crítica dirigida a la Corte Suprema durante la era *Lochner* fue altamente reforzada por el conflicto entre el Presidente Roosevelt y la Corte durante el New Deal. En 1935-36, la Corte decidió ocho casos contra el New Deal, provocando, así, la crisis del “Court-packing” de 1937, en la cual Roosevelt intentó forzar el nombramiento de nuevos jueces para integrar la Corte.¹⁰

6 “The people will have ceased to be their own rulers”. Abraham Lincoln. “First Inaugural Address” [1861]. National Center for PublicPolicy Research, 3 de noviembre de 2001. En línea.

7 Cabe enfatizar que las críticas a la actuación judicial ya estaban presentes en momentos anteriores, aunque sin hacer uso de la emblemática expresión “activismo judicial”.

8 Howard Gillman. *The Constitution besieged: The rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*. Durham, NC: Duke University Press, 1993.

9 Stephen P. Powers y Stanley Rothman. *The least dangerous branch? Consequences of judicial activism*. Westport: Praeger, 2002, p. 21.

10 “The criticism directed at the Supreme Court during the *Lochner* era was greatly reinforced by the conflict between President Roosevelt and the Court during the New Deal. In 1935-36 the Court decided eight major cases against the New Deal and so provoked the ‘Court-packing’ crisis of 1937, in which Roosevelt tried to force the appointment of new justices to the Court”. Stephen M. Griffin. *American constitutionalism. From theory to politics*. Princeton: Princeton University Press. 1996, p. 104.

[N. de Ed.: Todas las traducciones son de la autora].

Entonces, se puede hacer constar que, aunque las críticas iniciales al poder judicial no utilizaran específicamente el término “activismo judicial”, ya lo invocaban claramente, en forma implícita. Es interesante notar, sin embargo, que: “De tiempo en tiempo, desde 1803, la Corte Suprema ha sido duramente criticada por ser demasiado activista, pero no siempre por los mismos motivos o por los mismos grupos”.¹¹ De la misma manera, no todos han sido críticos del “activismo judicial”, es decir: este no siempre ha sido visto de forma peyorativa. Según Kmiec, en sus orígenes el término a veces era empleado con una connotación positiva, más asociada a una noción de “activismo de derechos sociales” que a un “desvío de autoridad” por parte de los magistrados.¹² El emblemático Caso *Brown v. Board of Education*, juzgado en 1953, que determinó el fin de la segregación racial en las escuelas, por ejemplo, es ampliamente visto como un fallo activista; aun así, también se lo tiene como un símbolo de justicia social.¹³

Tenemos, por consiguiente, que el fallo del caso *Brown*, junto con otros dictados por la Corte Warren que promovieron una visión expansiva de los derechos sociales y políticos, puede ser considerado como el hito inicial del debate acerca del “activismo judicial”,¹⁴ tanto en la esfera académica como en el ámbito popular. Esta asociación del “activismo judicial” con la Corte Warren queda evidente, a su vez, en el *Diccionario de política* publicado en 1992, en el cual el término viene definido como una práctica a veces adoptada por la Suprema Corte en el sentido de desconocer algunos precedentes e incluso algunos principios jurídicos con miras a proteger y ampliar derechos civiles y políticos, así como derechos sociales y económicos:

La práctica de algunos de los jueces de Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (el juez Earl Warren 1953-1969, por ejemplo) de desconocer

11 “From time to time since 1803, the Supreme Court has been harshly criticized for being too activist, not always, however, for the same reasons or by the same groups”. Stefanie Lindquist. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 2.

12 Keenan D. Kmiec. “The origin and current meaning of ‘judicial activism’”. *California Law Review*, vol. 92, núm. 5 (2004): 1441-1478, 1451. “In its early days, the term ‘judicial activist’ sometimes had a positive connotation, much more akin to ‘civil rights activist’ than ‘judge misusing authority’” [“En sus orígenes, el término ‘activista judicial’ a veces tenía una connotación positiva, más asociada a la noción de ‘activista de derechos civiles’ que a la de ‘abuso de la autoridad judicial’”].

13 Thomas Sowell. “When rhetoric beats reasoning: The baneful consequences of *Brown v. Board of Education*”. *Wall Street Journal*, 16 de mayo de 2004.

14 Griffin, *American constitutionalism*, p. 140.

precedentes establecidos e incluso algunos principios jurídicos con el propósito de proteger y ampliar la protección de derechos individuales de acuerdo con las exigencias políticas, económicas y sociales.¹⁵

Algunos autores¹⁶ anotan que la Corte Warren (1953-1969) estaba compuesta por un grupo de jueces comprometido y dispuesto a promover un cambio social por medio de sus fallos; tanto es así que pronto, tras la asunción de Earl Warren como *Chief Justice*, la Corte comenzó a adoptar fallos emblemáticos en términos de protección de los derechos individuales y de eliminación de la segregación racial, fallos estos que inmediatamente provocaron un “efecto *backlash*” por parte de los sureños, bajo la acusación de constituir un “claro abuso” del poder judicial y reflejar una tendencia del poder judicial federal a “suplantar al legislador”.¹⁷ Los ataques a la Corte se intensificaron a fines de los años cincuenta, cuando se dictaron una serie de sentencias que protegían los derechos civiles de personas acusadas de ser “comunistas”, ganando los clamores por la destitución (*impeachment*) de sus integrantes con el juicio que puso fin a la oración obligatoria en las escuelas (Caso Engel v. Vitale, juzgado en 1962). De la misma forma, fallos que protegían los derechos de acusados criminales fueron tachados de “activistas” con el argumento de que destruían los derechos de la mayoría.¹⁸ Según destacan algunos relatos,¹⁹ gran parte de esas acusaciones se centraba en la figura personal de Earl Warren, tenido como un juez finalista (*result oriented judge*), que utilizaba su autoridad para promover su propia concepción de justicia social.²⁰

15 John Walter Raymond. *Dictionary of politics*. Lawrenceville, NJ: Brunswick, 1992, p. 256.

16 Jeff Shesol. *Supreme power. Franklin Roosevelt v. The Supreme Court*. Nueva York: W. W. Norton, 2010, p. 520.

17 Lindquist. *Measuring judicial activism*, p. 3.

18 Morton J. Horwitz. *The Warren Court and the pursuit of justice*. New York: Hill & Wang, 1998, p. 115.

19 “The practice of some Justices of the U.S. Supreme Court (e.g., Chief Justice Earl Warren 1953–1969) to disregard established judicial precedents or even some principles of law in order to protect and to broaden individual rights as political, economic, and social conditions may require”. Horwitz, *The Warren Court*, p. 7.

20 Hay registros de que Warren a menudo preguntaba a los abogados que estaban haciendo su defensa en la Corte si la posición que defendían también era “justa”: “Yes, Counsel, but is it fair?”. Laura Kalman. *The strange career of legal liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 46.

Este “activismo orientado por el resultado” dio origen, a su vez, a diversas críticas, no solo por parte de la opinión pública, sino también de renombrados juristas, como Alexander Bickel (1962),²¹ quien apuntaba una contradicción entre lo que la corte enuncia (discurso) y cómo ella efectivamente falla. Según él, esta tendencia de la Corte Warren (1953-1969) a acomodar los derechos a las concepciones personales de los magistrados acerca de la moralidad pública puede ser claramente visualizada en el fallo del Caso *Griswold v. Connecticut*, generalmente reconocido como “activista”:

En su voto mayoritario, el juez Douglas manifestó que la Corte no es un super-legislador para determinar el conocimiento, necesidad y propiedad de las leyes relativas a problemas económicos, empresariales o condiciones sociales. Pero su opinión ha hecho precisamente eso, basándose en la penumbra relativa a seis diferentes disposiciones de la Carta de Derechos de los Estados Unidos.²²

A pesar de toda la controversia que rodea el supuesto “activismo” de la Corte Warren, hay estudios que apuntan a que sus fallos, por sí solos, tuvieron poco impacto en la resolución de los problemas sociales.²³ Más que eso, la Corte habría respondido tímidamente a algunos de los problemas políticos más controvertidos de la época (como la guerra de Vietnam y la redistribución de la renta, por ejemplo). Así, tenemos que la Corte Warren no logró hacer una “revolución” en términos de derechos sociales y centró su foco más en la cuestión de los derechos individuales (tales como minorías y acusados penales).

Más allá de las críticas, no obstante, algunos de sus fallos más significativos no fueron revertidos y permanecieron inalterados a lo largo del tiempo,²⁴

21 “In his majority opinion, Justice Douglas opined that the Court does not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. Yet his opinion arguably did exactly that, relying on the penumbra implied by six different provisions of the Bill of Rights”. Alexander M. Bickel. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

22 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 4.

23 Gerald Rosenberg. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991.

24 Tom Wicker. “Foreword: Reflections of a Court Watcher”. En Herman Schwartz (ed.), *The Rehnquist court*. Nueva York: Hill & Wang, 2002, pp. 3-12, 6.

e incluso actualmente son poco criticados,²⁵ han sido incorporados y aparentemente aceptados por el público:

Hoy día raramente se escuchan críticas a lo que serían, presuntamente, las decisiones más activistas de la Corte de Warren, incluyendo *Brown, Gideon v. Wainwright* (garantizando a los indigentes el derecho a un defensa legal en casos criminales) o *Reynolds v. Sims* (requiriendo igual distribución de la población en los distritos legislativos).²⁶

Por otro lado, hay estudios que apuntan a que sus fallos tendieron más a invalidar leyes promulgadas por los estados del sur, especialmente aquellas relacionadas con la segregación racial y con el catolicismo,²⁷ razón por la cual el “activismo” de la Corte Warren debe ser analizado con cautela, no prestándose a generalizaciones.²⁸

Richard Nixon, a su vez, teniendo como objetivo reorientar los rumbos liberales de actuación adoptados por la Suprema Corte, anunció en su campaña electoral que solo indicaría jueces conservadores, “que no leyeran las cláusulas ambiguas de la Constitución a partir de sus preferencias personales”, apostando a una reversión de los precedentes establecidos por ella. No obstante, no ocurrió eso, en parte porque sus indicaciones no formaron mayoría, de manera que sus principales fallos no fueron revertidos:²⁹ “Los mayores pilares de la jurisprudencia de la Corte de Warren, incluyendo aquellos relativos a los derechos civiles, al debido proceso y a

25 Loren P. Beth. “The Supreme Court and the Future of *Judicial review*”. *Political Science Quarterly*, vol. 76, núm. 1 (1961): 11-23, 22.

26 “One seldom hears criticism today of what are, arguably, among the Warren Court’s most activist decisions, including *Brown, Gideon v. Wainwright* (granting indigents the right to legal counsel in criminal cases), or *Reynolds v. Sims* (requiring equal population distribution among state legislative districts)”. Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 5.

27 Lucas A. Powe Jr. *The Warren Court and American politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 492-494.

28 Es interesante, en ese sentido, la observación que hace Griffin (*American constitutionalism*, p. 44) de que es importante tener presente que muchos de los más famosos fallos de la Suprema Corte –incluyendo *Lochner v. New York*; *Brown v. Board of Education*; y *Roe v. Wade*– fueron dirigidos a los Estados y no al gobierno federal.

29 “The major pillars of the Warren Court’s jurisprudence, including those involving civil rights, defendants’ rights, and reapportionment, remained largely unaffected by the Burger Court”. Stephen Wasby. *Continuity and change: From the Warren to the Burger court*. Pacific Palisades, CA: Goodyear, 1976.

la redistribución permanecieron ampliamente inafectados en la Corte Burger”.³⁰ Muy por el contrario, la Corte Burger (1969-1986) mantuvo las medidas contra la segregación racial adoptadas en el Caso *Brown v. Board of Education* y, poco tiempo después del nombramiento de Burger como *Chief Justice* por parte de Nixon, reafirmó el deber de las escuelas sureñas de poner fin a la segregación, “with all deliberate speed”, además de incluir el deber de la prestación de transporte escolar como instrumento importante de combate a la segregación.³¹

Aún más emblemático, en ese sentido, es el hecho de que haya sido la Corte Burger la que dictó la sentencia del Caso *Roe v. Wade* (1973), relativo al aborto, considerado por muchos como uno de los ejemplos más prominentes de activismo, al adoptar como base para el juicio la noción de privacidad, enunciada por la Corte Warren en el Caso *Griswold v. Connecticut*.³² Además, la Corte Burger también mantuvo en sus juicios una cuidadosa concepción de estricta separación entre Iglesia y Estado, como se puede percibir en el fallo del Caso *Lemon v. Kurtzman* (1971), en el cual determinó la invalidación de una ley del Estado de Pennsylvania que autorizaba el uso de recursos públicos para financiar instituciones de enseñanza privadas de naturaleza confesional, teniendo como fundamento la excesiva vinculación del gobierno con la religión (lo que, a su vez, terminó por constituir el tercer criterio del emblemático “Lemon Test”).³³ De esta suerte, la Corte Burger no solo no tuvo éxito en “deshacer” los precedentes más destacados de la Corte Warren, sino que también se reveló como una corte “activista” (según algunos autores, tomándose como referencia sentencias como la del Caso *Roe v. Wade*, incluso

30 Vincent Blasi. *The Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven: Yale University Press, 1986.

31 Jeffrey Rosen. *The most democratic branch. How the courts serve America*. Nueva York: Oxford University Press, 2006, p. 59.

32 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 6.

33 El Lemon Test consiste en una prueba con criterios para determinar si una ley viola o no la Primera Enmienda, constituyéndose una de las doctrinas más influyentes acerca de la materia, aunque la Suprema Corte sea reticente a aplicarla actualmente. Los criterios son: a) la ley debe tener un propósito secular; b) su efecto no puede promover o inhibir la religión; c) su contenido no puede implicar una vinculación excesiva del gobierno con la religión. Michael Barnes. “The Lemon Test and the establishment clause: A proposal for modification”. *Golden Gate University School of Law Review*, vol. 20, núm. 2 (1990): 381.

aún más activista que la de su antecesora, pudiendo hasta ser caracterizada como “superactivista”).³⁴

En razón de ello, los “ataques conservadores” al “gobierno de los jueces” prosiguieron a lo largo de la era Burger.³⁵ Consecuentemente, Ronald Reagan, así como su antecesor, asumió la presidencia teniendo una plataforma electoral de fuerte oposición al “activismo judicial”, volcada a indicar solo jueces capaces de comprender los riesgos que el activismo representa para el proceso electoral y no “jueces que pensaban que era su derecho hacer la ley, no apenas interpretarla; jueces que delineaban nuevas reglas catastróficas para los ciudadanos, nuevas reglas que tornaron más difícil condenar incluso a los más peligrosos y reconocidos criminales”.³⁶ Cuando Burger se jubiló en 1986, Reagan nombró a William Rehnquist, considerado como de derecha, para el cargo de *Chief Justice*. Sumado a ello, la indicación de Antonin Scalia, el mismo año, generó la expectativa de que habría un movimiento de reorientación ideológica de la Corte en esa dirección, instituyéndose una nueva era de autocontención judicial; permanecieron, no obstante, entre los críticos, las controversias acerca de si la Corte Rehnquist cumplió o no esa promesa.³⁷ Esto porque, aunque haya sido conservadora en una serie de temas, también dictó algunos fallos de cuño liberal, protegiendo las libertades civiles, como en el Caso *Lawrence v. Texas*,³⁸ por ejemplo, relacionado con la práctica de relaciones sexuales

34 “The Warren Court activism ‘lived on’ in the ‘superactivism’ of the Burger Court” [“El activismo de la Corte Warren se ha mantenido en el ‘superactivismo’ de la Corte Bur”]. Michael Belknap. *The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005, p. 312; Marvin Schick. “Judicial activism on the Supreme Court”. En *Supreme Court activism and restraint*. Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (eds.). Lexington, MA: Lexington Books, 1984, 37-56, p. 49.

35 Thomas M. Keck. *The most activist Supreme Court in history*. Chicago: University of Chicago Press, 2004, p. 109.

36 “Judges who thought it was their right to make the law, not just interpret it; judges who fashioned new rules that were a catastrophe for law abiding citizens, new rules that made it harder to convict even the most hardened and obvious criminals”. Ronald Reagan. “Remarks during a White House briefing for United States attorneys”, 21 de octubre de 1985. *Weekly Compilation of Presidential Documents*, 21: 1276.

37 Michael J. Gerhardt *et al.* *Constitutional theory: arguments and perspectives*. Nueva York: Matthew Bender / Lexis Nexis, 1993, p. 285.

38 En el Caso *Lawrence v. Texas* (2003), la Suprema Corte echó por tierra una ley de sodomía y, por extensión, invalidó todas las leyes de sodomía que existían en otros trece estados, haciendo que la actividad sexual entre personas del mismo sexo fuese legal en todos los estados

entre personas del mismo sexo, que fue tachada de “altamente activista” por la corriente más tradicional. De la misma forma, hubo críticas a la posición adoptada en los Casos *Hamdi v. Rumsfeld*³⁹ y *Rasul v. Bush*,⁴⁰ con los que se promovió la protección constitucional de derechos individuales ante medidas adoptadas por la Casa Blanca en la “guerra al terrorismo” (*War on Terror*).

Otro aspecto asociado a las críticas de activismo de que se acusa a los jueces conservadores es el llamado *partisan judicial activism* o “activismo judicial partidario”, identificado con sentencias que tienden a beneficiar al partido del presidente responsable de la indicación.⁴¹ Es interesante percibir, no obstante, que la Corte Rehnquist (1986-2005) no fue criticada solo por sus fallos liberales. Se volvieron muy frecuentes manifestaciones en el sentido de que los conservadores son los “verdaderos activistas” y de que el

y territorios de Estados Unidos y revirtiendo su veredicto anterior sobre la cuestión en el Caso *Bowers v. Hardwick* (1986). La Corte decidió que la conducta sexual consensual debía ser protegida por las reglas de la Decimocuarta Enmienda. La sentencia también sirvió como base para el juicio del Caso *Obergefell v. Hodges* (2015), que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho fundamental de acuerdo con la Constitución. Raoul Berger. *Government by judiciary: The transformation of the fourteenth amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 201.

39 En el Caso *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), la Suprema Corte reconoció la posibilidad de que el gobierno detuviera a enemigos en combate (incluyendo ciudadanos norteamericanos), determinando, sin embargo, que se les debía garantizar el derecho al “debido proceso legal” (*due process*).

40 *Rasul v. Bush* (2004) fue un fallo histórico de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el cual consideró que los ciudadanos extranjeros mantenidos en el campo de detención de la Bahía de Guantánamo podrían solicitar a los tribunales federales, por medio de un *habeas corpus*, el examen de legalidad de su detención.

41 Ejemplos en ese sentido son: el Caso *Clinton v. Jones* (1997), en el que la Corte echó por tierra la inmunidad presidencial en procesos civiles y autorizó el procesamiento de la acción contra Bill Clinton, y el Caso *Bush v. Gore* (2000), acerca del conteo de votos en las elecciones presidenciales, decisivo para el resultado del pleito. Keith E. Whittington. *Political foundations of judicial supremacy*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 231. Sin embargo, analizando ese último fallo, se advierte que seguramente dice mucho sobre el estatus del poder judicial en la política doméstica, pero poco sobre la autoridad de la Corte al interpretar la Constitución: “although the case certainly says something about the estatus of the judiciary in modern American politics, it says little about the authority of the Court to interpret the Constitution” [“Aunque el caso ciertamente dice algo sobre el estatus de la rama judicial en la política norteamericana moderna, más bien dice poco de la autoridad de la Corte para interpretar la Constitución”]. William P. Marshall. “Conservatives and the seven sins of judicial activism”. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, núm. 4 (2002): 1217-1256, 1245.

activismo conservador “es el peor de todos”,⁴² e incluso hubo quien la clasificó como la “corte más activista de la historia”.⁴³ En palabras de Balkin y Levinson, el “activismo” de la Corte Warren fue sustituido por uno mucho más intenso y conservador.⁴⁴

Entonces, tenemos que la Corte Rehnquist (1986-2005) fue blanco de críticas tanto por parte de conservadores como de liberales, lo que pone en evidencia cuánto está vinculado el activismo a una concepción ideológica,⁴⁵ adecuándose a diferentes posiciones y en estrecha conexión con el carácter sustancial del fallo, aunque su conceptualización comúnmente se relacione con aspectos formales, identificados como una “transgresión” de los límites institucionales por parte de los magistrados: “Rotular una corte o una decisión como ‘activista’ sugiere que los jueces han, de alguna manera, extrapolado sus límites institucionales, pero el rótulo es comumente utilizado para decisiones basadas en los aspectos substantivos de los resultados que alcanzan”.⁴⁶

Esta misma dificultad puede ser también visualizada en momentos más recientes de la Suprema Corte, como es el caso de la Corte Roberts (2005-actual), en relación con el juicio del Caso Obergefell v. Hodges (2015), en el cual el *Chief Justice* Roberts, divergiendo de la mayoría en reconocer a las parejas homosexuales el derecho fundamental de contraer matrimonio, hace nada menos que dieciséis referencias expresas al Caso Lochner v. New York (1905), acerca de las relaciones entre el poder judicial y el Congreso⁴⁷ y de cómo no les compete a los tribunales intervenir en

42 Orin S. Kerr. “Upholding the law”. *Legal Affairs* (marzo-abril 2003): 31-34, 31.

43 Cass R. Sunstein. “Tilting the scales rightward”. *New York Times*, 26 de abril de 2001, p. 23.

44 “Warren Court’s judicial activism has been replaced with one much harsher and more conservative” [“El activismo de la Corte Warren ha sido sustituido por un activismo aún más intenso y conservador”]. Jack. M. Balkin y Sanford Levinson. “Understanding the Constitutional Revolution”. *Virginia Law Review*, núm. 87 (2001): 1045-1109, p. 1092.

45 Prueba de ello es que, aunque la corte Warren sea más frecuentemente asociada al activismo, las cortes Burger y Rehnquist también fueron objeto de críticas en ese sentido, lo que pone en evidencia que el “activismo” no es solo una prerrogativa de las cortes “liberales”. Gerhardt *et al.*, *Constitutional theory*, p. 251.

46 “Labeling a court or decision ‘activist’ suggests that the justices have somehow overstepped their institutional boundaries, but the label is usually affixed to decisions based on the substantive policy outcomes they achieve”. Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 9.

47 Jane S. Schacter. “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”. En *The Supreme Court Review*, vol. 2017 (2018): 209-272, 211.

temas de deliberación política.⁴⁸ El Caso *Obergefell v. Hodges* (2015) es un fallo emblemático acerca de los derechos civiles en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho fundamental, con base en las cláusulas del “debido proceso” y de la “igual protección ante la ley” previstas en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución del país. A pesar de la apretada votación (5 sobre 4), el fallo determina que todos los estados de la Federación reconozcan el matrimonio entre homosexuales en los mismos términos y condiciones de los matrimonios entre individuos del sexo opuesto, con todos los derechos y deberes inherentes a él. El juicio se llevó a la apreciación de la Corte a los efectos de la unificación de la jurisprudencia, debido a la existencia de fallos contradictorios oriundos de los tribunales de diferentes estados. El fallo mayoritario, de autoría del juez Anthony Kennedy, enfrentó el tema de la extensión de los derechos fundamentales garantizados a todos por la Constitución y operó una evolución en la comprensión de la discriminación y de la noción de igualdad desde el precedente establecido anteriormente sobre el tema (más precisamente, el Caso *Baker v. Nelson*, de 1971), así como los daños y perjuicios causados a resultas del retardo en la implementación de esos derechos por medio del proceso representativo.

En el fallo vencedor se encuentra una reafirmación vehemente de la naturaleza “contramayoritaria” de los derechos consagrados en la Constitución, cuyo propósito es, precisamente, proteger determinadas materias de las vicisitudes del proceso político, estableciéndolas como principios jurídicos a ser aplicados por el poder judicial:

Un individuo puede invocar un derecho constitucional a la protección cuando el o ella han sido lesionados, aun si el público en general no concuerda o la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución fue retirar ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, poniéndolas para más allá del alcance de las mayorías y de las instituciones, estableciéndolas como principios jurídicos a ser aplicados por las Cortes.⁴⁹

48 No se podría dejar de registrar, aunque la asociación sea evidente, que se trata exactamente de la discusión de fondo presente en el análisis de los artículos contenidos en este libro acerca de los fallos de los tribunales constitucionales –o de la ausencia de fallo judicial y reglamentación legislativa– en diferentes países de Latinoamérica sobre el reconocimiento del matrimonio civil igualitario.

49 “An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to

Las reacciones y acusaciones de “activismo” relativas al fallo en el medio político remiten, a su vez, al embate que se estableció a partir del fallo de la Suprema Corte de Hawái que, en 1993, reconoció el matrimonio de personas del mismo sexo, lo que conllevó reacciones y un efecto *backlash* por parte del poder legislativo en diferentes estados de la Federación, que culminaron en el enjuiciamiento del Caso Obergefell v. Hodges (2015), 22 años después:

Ataques al activismo judicial fueron una constante durante los veinte dos años que llevaron a Obergefell. La decisión de la Corte Suprema de Hawái que inició el debate respecto al matrimonio de parejas del mismo sexo en 1993 fue el preludio de años de medidas de regresión (“*backlash*”) en los Estados, del acto federal de defensa del matrimonio (“Defense of Marriage Act”) y de varias propuestas de enmiendas a la Constitución con vistas a prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Durante este período, la idea de que las cortes habían sobrepasado sus límites fue uno de los ejes centrales de esos ataques políticos.⁵⁰

En la misma línea, George W. Bush sostuvo su apoyo a una enmienda a la Constitución para imponer limitaciones al instituto del matrimonio, en 2004, en la “necesaria respuesta a jueces activistas que insisten en redefinir el matrimonio”, siendo que las audiencias públicas realizadas por el Congreso para apreciación de la materia fueron, en forma peyorativa, denominadas como de “Activismo judicial *vs.* Democracia”.⁵¹

Una vez abordados los aspectos históricos de su surgimiento y de su conformación en el ámbito de las diferentes “Cortes” estadounidenses, evidenciándose su carácter ideológico, asociado tanto a fallos “conservadores”

place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts”. United States of America. Supreme Court, Obergefell v. Hodges, certiorari to the United States Court of Appeals for the sixth circuit, No. 14-556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015.

50 En el original: “attacks on judicial activism were a consistent part of the twenty-two-year run-up to Obergefell. The decision of the Hawaii Supreme Court that first ignited the same-sex marriage debate in 1993 was the prelude to years of backlash measures in the states, the federal Defense of Marriage Act, and proposed federal constitutional amendments to bar same-sex marriage. Throughout these years, the idea that courts had outrageously overstepped their bounds was one of the cornerstones of political attacks”. Schacter, “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”, p. 211.

51 Schacter, “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”, p. 211.

como de cuño “progresista”, se pasa a continuación a analizar cómo se proyecta el debate acerca del “activismo judicial” también a otros segmentos (opinión pública, nombramiento e indicación de jueces, debate académico, medio político), siendo posible visualizar, una vez más, el carácter retórico con que se emplea, reiteradamente, el término.

Activismo judicial: un debate más allá de las discusiones académicas

No quedan dudas de que, a pesar de los aspectos históricos anotados, el “activismo judicial” continúa siendo una preocupación actual,⁵² siendo que el debate no se restringe a los artículos científicos y se extiende a la opinión pública⁵³ y a los escenarios políticos acerca del proceso democrático.⁵⁴ Esta percepción de la opinión pública se vuelve relevante porque afecta directamente el nivel de confianza de la población en los tribunales. Por otro lado, es importante tener presente que la percepción del nivel de activismo en relación con los fallos judiciales tiende a tener una estrecha relación con las preferencias políticas y la naturaleza de las leyes invalidadas por la Suprema Corte: “el apoyo del público a la decisión de la Corte depende mayoritariamente de la extensión en virtud de la cual las decisiones de la Corte divergen de las preferencias en materia de políticas que adopta el público”.⁵⁵

Además, también las manifestaciones de la prensa acerca del tema pueden afectar estos índices e interferir en la lectura de los acontecimientos. En ese sentido, el “activismo” de la Suprema Corte frecuentemente ha

52 “Few legal issues have agitated the American public as much as the controversy over so-called ‘judicial activism’”. En una traducción libre, “pocos asuntos jurídicos han agitado tanto el público estadounidense como la controversia acerca del así llamado ‘activismo judicial’”. Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 14.

53 Como demuestran los datos de una encuesta realizada en el 2005, la mitad de la población estadounidense percibía el “activismo judicial” como una “crisis”. Según una encuesta efectuada por la American Bar Association, el 56% de cree que el “activismo judicial” configura una “crisis contemporánea”, mientras que el 46% de la población considera a los jueces como “arrogantes, fuera de control e irresponsables”. Además, solo un 2% cree que los jueces no dejan que sus convicciones políticas interfieran en sus fallos. Martha Neil. “Half of U.S. sees ‘judicial activism crisis’”. American Bar Association, 2005. En línea.

54 Schacter, “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”, p. 211.

55 Robert H. Durr, Andrew D. Martin y Christina Wolbrecht. “Ideological divergence and public support for the Supreme Court”. *American Journal of Political Science*, vol. 44, núm. 4 (2000): 768-776.

sido blanco de editoriales de los más importantes diarios y periódicos de EE. UU.:

Efectivamente, el activismo judicial en la Corte Suprema ha sido frecuentemente discutido de forma destacada en los editoriales de los principales periódicos a lo largo del tiempo. En las páginas editoriales conservadoras del *Wall Street Journal*, por ejemplo, la Corte Warren era caracterizada por practicar un “activismo judicial basado más en buenas intenciones que en la ley”.⁵⁶

La crítica por parte de los medios no se restringe, sin embargo, a la Corte Warren:

En 1984, la página editorial ha atacado a la Corte Burger por producir decisiones activistas que rivalizaban con las de la Corte Warren. En 1997, el periódico declaró, además, que “el activismo de la Corte ha ultrapasado los límites de lo que la sociedad está dispuesta a tolerar”.⁵⁷

Por otro lado, se pueden percibir manifestaciones en el sentido de que el activismo judicial es necesario para la defensa de las libertades. Aunque la Suprema Corte se haya vuelto tendencialmente más conservadora en ese período, un artículo del *Wall Street Journal*, de 2007, enalteció el “activismo judicial” en su condición de promover la libertad y el estado de derecho.⁵⁸ También *The New York Times* publicó varios artículos en esa línea, en diferentes momentos.⁵⁹

56 “Indeed, judicial activism on the Supreme Court has often been prominently discussed on the editorial pages of leading newspapers over time. On the conservative editorial pages of the *Wall Street Journal*, for example, the Warren Court era was characterized as involving ‘unapologetic judicial activism based more on good intentions than the law’. Mark Miller. “Men in black”. *Wall Street Journal*, 24 de abril de 1997, p. 16.

57 “The Journal’s criticism has not been limited to the Warren Court, however. In 1984, the editorial page attacked the Burger Court for producing activist decisions rivaling those of the Warren Court. In 1997, the Journal further declared that the Court’s ‘judicial activism has reached the outer limits of what this society is willing to tolerate’”. Miller, “Men in black”, p. 16.

58 “Yet as the Court became more conservative, a 2007 *Wall Street Journal* editorial gave a ‘cheer for judicial activism’, arguing that such activism promoted liberty and the rule of law” [“pero cuando la Corte se ha tornado más conservadora, un editorial de 2007 del *Wall Street Journal* ha aclamado el activismo judicial, argumentando que un activismo de esa naturaleza promueve la libertad y el estado de derecho”]. Clint Bolick. “A cheer for judicial activism”. *Wall Street Journal*, 3 de abril de 2007, p. 15.

59 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 10. Una encuesta acerca de la frecuencia con que se mencionó el “activismo judicial” efectuada en diferentes periódicos, como el *New York Times*,

Se percibe, por lo tanto, que, aunque sea comúnmente asociado a la Corte Warren, el “activismo judicial” sigue siendo objeto de atención y de debate público en la actualidad, discusión que se extiende también a la agenda política, con su consecuente popularización del tema ante la opinión pública.⁶⁰ Como fue bien observado por el juez William Wayne, la señalación de jueces “no activistas” se volvió un “lugar común” en el discurso presidencial de indicación de los candidatos a la Suprema Corte, dando a los políticos la oportunidad de destacar su postura sobre el tema:

Durante los últimos 20 años, cada nominado a la Corte Suprema de los Estados Unidos ha venido con la garantía presidencial de que él o ella sería un jurista que interpreta a ley, y no que la crea. Se ha vuelto un lugar común por parte de los ocupantes de cargos políticos y burócratas de todas las ideologías hacer del ‘activismo judicial’ el objetivo de ataques demagógicos.⁶¹

Se suma a ello el hecho de que el proceso de confirmación de los candidatos por parte del Senado se presenta como la herramienta más importante de control de la Corte,⁶² no siendo una sorpresa, por lo tanto, que

el *Wall Street Journal*, *Los Angeles Times*, el *Washington Post* y el *Chicago Tribune*, en el período de 1985 a 1995, apunta a que las alusiones al término (ya sea en sentido negativo, positivo o neutral) variaron entre 20 y 100 a lo largo del período, pero fueron constantes, lo que pone en evidencia la actualidad y relevancia del tema más allá del medio jurídico y académico. Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 11.

60 Ilustra esta afirmación el hecho de que un libro (*Men in Black*, de Mark Levin), que trae comentarios basados en opiniones personales del autor, sin ninguna pretensión de cuño científico, sobre el activismo de la Suprema Corte en diferentes fallos, se haya vuelto uno de los *best sellers* del *New York Times*. “That *Men in Black*, in particular, became a *New York Times* bestseller indicates the degree to which the issue of judicial activism resonates with the public”. Lindquist. *Measuring judicial activism*, p. 13.

61 “For the past 20 years, every United States Supreme Court nominee has come with a presidential warranty that he or she will be a jurist who interprets the law rather than makes it. It has become commonplace for political office-seekers and officeholders of all ideological stripes to make ‘judicial activism’ the target of much demagogic bluster”. William Wayne. “The two faces of judicial activism”. *The Washing Law Review*, vol. 61, núm. 1 (1992): p. 302.

62 Se tiene que, a lo largo de la historia, dos candidatos a la Suprema Corte fueron rechazados por el Senado en razón de su postura favorable al activismo. Fueron ellos: Abe Fortas (postulado por el presidente Johnson, en función de su vinculación con el “activismo liberal” de la *Warren Court*) y Robert Bork (postulado por Ronald Reagan, acusado de “activismo conservador”). Queda en evidencia, por lo tanto, que los rechazos se dieron con fundamento en concepciones opuestas de activismo, liberal y conservador, respectivamente. Lindquist. *Measuring judicial activism*, p. 14.

haya cuestionamientos y provocaciones en cuanto a la orientación de los futuros magistrados en relación con esa práctica:

Ya que el proceso de confirmación es la herramienta más significativa para que el Senado pueda controlar directamente a la Corte, no sorprende que senadores preocupados con el activismo judicial usen las audiencias de confirmación para eliminar a nominados de orientación presuntamente activista —o al menos para publicitar y manifestar su oposición a esta práctica.⁶³

La discusión política acerca del activismo judicial tiene, a su vez, un paralelo en el ámbito de la comunidad académica, en donde aparece una extensa gama de argumentos favorables y contrarios. Los orígenes del debate, en una perspectiva teórica, son comúnmente asociados a James Bradley Thayer,⁶⁴ quien al final del siglo XIX alertaba de los riesgos de la *judicial review* y de la posibilidad de invalidación de las leyes federales por el poder judicial. Según el autor, el lenguaje de la Constitución es indeterminado y sujeto a diferentes interpretaciones, siendo que, ante tal incertidumbre, la Corte debería ser deferente con la interpretación del legislador, siempre y cuando esta sea razonable.⁶⁵ El argumento central para esta posición reside en la llamada “dificultad contramayoritaria”⁶⁶ (*counter-majoritarian difficulty*),

63 “Since the confirmation process is the most significant tool by which the Senate may directly control the Court, it is no surprise that Senators concerned about judicial activism attempt to use confirmation hearings to weed out nominees likely to be activist in their orientation—or at least for the senators to publicize their opposition to the practice” Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 14.

64 Thayer, en su condición de docente, influyó sobre toda una generación de juristas graduados en Harvard, incluyendo nombres como los *Justices* Holmes, Brandeis y Frankfurter, razón por la cual, dado su impacto, su ensayo sobre la *countermajoritarian difficulty* se tiene como el escrito más influyente en la historia del constitucionalismo norteamericano. Gerhardt *et al.*, *Constitutional theory*, p. 6.

65 James Bradley Thayer. “The origin and scope of the American doctrine of constitutional law”. *Harvard Law Review*, vol. 7 (1893): 129-156.

66 “Thayer and subsequent scholars have presented a variety of justifications for this position, but a primary argument centers on the “counter-majoritarian difficulty,” reflecting the conundrum posed for democracy when unelected judges encroach on the powers and prerogatives of popularly elected and accountable officials via the exercise of *judicial review*” [“Thayer y los subsecuentes doctrinantes han presentado una variedad de justificaciones para esa posición, pero el argumento central reside en la ‘dificultad contramayoritaria’, que refleja el dilema en que se pone a la democracia cuando jueces no elegidos, por medio de la revisión judicial (*judicial review*), se arrojan poderes y prerrogativas de representantes elegi”]. Analizando la cuestión, sin embargo, Kutler (1968, p. 125) hace una observación en el sentido de que siempre ha

que refleja el desafío planteado a la democracia cuando, por medio de la *judicial review*, jueces no elegidos suplantan los poderes y prerrogativas de representantes electos por voto popular.

Algunos autores diferencian entre las críticas al “activismo judicial” y los ataques a la “supremacía judicial”, aunque reconozcan que hay elementos comunes, como el hecho de que en ambos casos los jueces desdibujan su función y se arrogan excesivos poderes; la diferencia residiría, a su vez, en que la “supremacía judicial” pone su foco en la finalidad (la autoridad de los magistrados con relación a otros órganos y ramas del gobierno), mientras que el “activismo judicial” estaría más identificado por el modo de actuación (cómo fallan acerca de cuestiones que deberían ser dejadas a la deliberación política):

Hay muchos cruces entre los dos conceptos; ambos se inclinan ante el argumento de que los jueces malinterpretan su función y se arrogan demasiados poderes para sí mismos. Pero la crítica a la supremacía judicial se enfoca principalmente en la finalidad (p. ej., que jueces erróneamente claman por la autoridad final para vincular otros actores, especialmente las otras ramas del gobierno), en cuanto que la crítica al activismo judicial se enfoca en cómo los jueces interpretan la ley (p. ej., que los jueces plasman sus preferencias personales y deciden cuestiones materiales que deberían ser dejadas para la determinación política).⁶⁷

Más allá de las implicaciones conceptuales de esa lógica contramayoritaria, Thayer tenía una preocupación respecto de sus efectos prácticos, pues, en su opinión, los legisladores pasarían a preocuparse más por la posición del poder judicial que por la defensa de sus posiciones políticas y harían que los poderes tendieran a eximirse de sus responsabilidades constitucionales, con lo cual se debilitaba la lógica democrática. El argumento

habido un intenso desacuerdo sobre la actuación del poder judicial, pero no sobre la existencia de la figura de la *judicial review* por sí misma.

67 En el original: “there are plainly overlaps between the two concepts; both pivot on the claim that judges misunderstand their role and arrogate excessive power to themselves. But the critique of judicial supremacy focuses principally on finality (i.e., that judges wrongly claim final authority to bind other actors, especially other branches of government), while the critique of judicial activism focuses on how courts interpret the law (i.e., that judges inject their substantive preferences and decide questions that ought to be left to political determination)”. Schacter, “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”, p. 214.

de la “dificultad contramayoritaria”⁶⁸ se volvió uno de los elementos principales del debate y ha permanecido como elemento central de reflexión hasta hoy:

... la dificultad contramayoritaria es el tema central en la doctrina académica constitucional, a tal punto que reconciliar la noción de revisión judicial con las instituciones democráticas es el objetivo de casi cualquier catedrático en derecho constitucional que se encuentre escribiendo actualmente.⁶⁹

En ese sentido, a pesar de los esfuerzos teóricos hechos por diferentes autores y líneas de pensamiento, ha habido poca evolución en la construcción de soluciones a las dificultades suscitadas,⁷⁰ lo que evidencia, una vez

68 Es interesante observar que esta “dificultad contramayoritaria” está contrabalanceada, en algunos países, con la construcción de mecanismos que atenúan esta relación entre los tribunales y los poderes representativos. Es el caso, por ejemplo, de la *Notwithstanding Clause* (artículo 33 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) adoptada en Canadá, en la cual se reserva al Parlamento, al legislar sobre determinadas materias relativas a derechos fundamentales, la facultad de “paralizar”, por un período de cinco años, la posibilidad de cuestionamiento de la constitucionalidad de la respectiva ley ante la Suprema Corte. También se dan figuras como la “teoría de la esencialidad” (*Wesentlichkeitstheorie*), desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán, según la cual la reglamentación de cuestiones relacionadas con la restricción de derechos fundamentales es responsabilidad del Parlamento (BVerfGE 33, 1).

69 En el original: “the counter-majoritarian difficulty is the central theme in constitutional scholarship, such that reconciling *judicial review* and democratic institutions is the goal of almost every major constitutional scholar writing today”. Suzanna Sherry. “Too clever by half: The problem with novelty in constitutional law”. *Northwestern University Law Review*, vol. 95, núm. 3 (2001): 921-932, 921.

70 John Agresto llama la atención, en ese sentido, hacia la misma complejidad y dificultad de comprensión del rol de la *judicial review*, en sus fundamentos: “The curious, the mysterious fact about the United States Supreme Court is that its function, its appropriate role – its very justification – is often indistinct or confused in our minds. Not that we fail to understand what the Court does [...]. Our difficulty stems not from confusion over what the Court does but from conflicting notions, or no notions at all, as to why it does it. We should begin, then, by putting the question bluntly: Why is it that the Court has *judicial review*?” [“El hecho curioso, misterioso, acerca de la Corte Suprema de Estados Unidos es que su función, su rol –su justificación– es frecuentemente indiferenciado o confuso en nuestras mentes. No es que fallemos en comprender lo que hace la Corte [...]. Nuestra dificultad no se deriva de la confusión respecto a lo que la Corte hace, sino de nociones contradictorias o falta de nociones mínimas de por qué ella lo hace. Deberíamos empezar, entonces, haciendo claramente la pregunta: ¿por qué la Corte realiza *judicial review*?”]. John Agresto. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984, p. 19. Ya Berger criticó la actuación de la corte en la condición de *policy-maker* y aseveró que, aunque ya no se podía reabrir más la discusión acerca de su capacidad, nunca era tarde para cuestionar la usurpación del poder: “it is too late to reopen the question of whether

más, el carácter ideológico de su abordaje y refuerza la percepción de que, en realidad, no hay efectivamente una “respuesta” única y definitiva al problema.

Ello se da porque los “activistas” pueden ser tanto liberales como conservadores, estando la cuestión más asociada a la forma de actuación de la corte que a su ideología, sin que sea posible, por lo tanto, establecer una correlación entre “liberales-activistas” y “conservadores-limitados”:

Sería un error definir un juez activista como un juez liberal y un juez limitado como un juez conservador. Liberal y conservador son términos adecuados para evaluar el resultado de la actividad judicial. [...] Un juez liberal como Brandeis era visto como un magistrado que ejercía la autolimitación (*self-restraint*); un juez conservador como Scalia es visto como un juez activista.⁷¹

Un ejemplo de ello es la oscilación misma de los liberales, que nunca cuestionaron el carácter contramayoritario de la *judicial review* mientras estuvieron satisfechos con los resultados de los juicios llevados a cabo por la Corte Warren.⁷² Sin embargo, más recientemente, con el avance de una postura más conservadora por parte de la Suprema Corte, también ellos comenzaron a invocar argumentos contrarios a su actuación, de modo que tanto las críticas como su defensa provienen de múltiples lugares, sin que haya, por lo tanto, un lineamiento ideológico específico.

Como sostiene Friedman, quien hizo un rescate histórico del pensamiento de diferentes autores con relación al tema, ese debate no es nada más que una lucha entre distintas concepciones teóricas, que condicionan la percepción de la relación entre los poderes y el propio concepto de democracia: “la ‘obsesión académica’ con la *judicial review* es, de hecho, nada más que un debate entre doctrinantes con diferentes preferencias por

the Court ought to determine constitutional issues. On the contrary, it is never too late to challenge the usurpation of power” [“no es muy tarde para reabrir la cuestión de si la Corte puede determinar asuntos constitucionales. Por el contrario, nunca será muy tarde para cuestionar la usurpación de poder”]. Berger, *Government by judiciary*, p. 369.

71 “It would be a mistake to define an activist judge as a liberal judge and a restrained judge as a conservative judge. Liberal and conservative are appropriate terms to evaluate the result of the judicial activity. [...] A liberal judge like Brandeis was viewed as a judge who exercised self-restraint; a conservative judge like Scalia is seen as an activist judge”. Aharon Barak. *The judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 265.

72 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 22.

determinados resultados de un caso”.⁷³ De este modo, en los diferentes espacios y sectores (academia, opinión pública, medios políticos), se suman posiciones favorables y contrarias a la actuación de la corte, que varían en el tiempo y en el espacio, pudiéndose percibir que la crítica al activismo aún se confunde, en gran medida, con la crítica a la figura de la *judicial review*.

En esta línea, tal vez uno de los mayores defensores del *self restraint* sea Alexander Bickel, para quien el problema reside en la relativización de la voluntad de la mayoría que resulta en el desvío o contaminación de la democracia, razón por la cual defiende la figura de un poder judicial “políticamente aislado” (*politically insulated Judiciary*). Su obra más famosa, *The least dangerous Branch*, fue escrita a finales de los años cincuenta y publicada a principios de la década de 1960, época en la cual la actuación de la Suprema Corte norteamericana estaba en el centro del debate académico y sus fallos provocaban un necesario retorno a cuestiones fundamentales del constitucionalismo, como la justificación y la razón de ser de la figura de la revisión judicial de las leyes.⁷⁴

Fue en ese mismo período cuando Charles L. Black Jr. (1960),⁷⁵ de la Universidad de Yale, escribió su famoso manifiesto en favor de la *judicial review*, documento este que, más tarde, se constituiría en una de las más importantes bases teóricas para la actuación de la Corte Warren. Bickel, aunque no divergiera respecto de la existencia del control de constitucionalidad propiamente dicho, desde luego consideró la posición sostenida por Black como peligrosa, por otorgarle prerrogativas casi soberanas a la Corte, en un ámbito en el cual ella no podría usarlas de forma adecuada, ya que debería decidir sobre la base de principios neutros. Según Wellington, el pensamiento del autor se puede traducir en la idea de que la revisión judicial de las leyes puede ser algo positivo en una democracia, siempre y cuando se observen los límites del fallo y se tenga una corte compuesta por abogados practicantes, más que por sabios filósofos: “Es posible obtener ventajas de la *judicial review* en una democracia, desde que se comprendan

73 Barry Friedman. “The birth of an academic obsession: The history of the counter-majoritarian difficulty, Part Five”. *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2 (2002): 153-259, 158.

74 Henry Wellington. Foreword. En Alexander M. Bickel. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. India Bobbs-Merrill, 1962, p. IX.

75 Charles L. Black Jr. *The people and the Court*. Nueva York: Macmillan, 1960.

los límites de las decisiones y se tenga una Corte formada por abogados y practicantes, más que por expertos reyes-filósofos”.⁷⁶

Para Bickel, la actuación de la Corte en la invalidación de leyes inconstitucionales no se da en nombre de la mayoría, sino contra ella:⁷⁷

La dificultad central radica en que la *judicial review* es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. [...] Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o un acto de un miembro elegido del ejecutivo, ella frustra la voluntad de los representados; ella ejerce el control no en nombre de la mayoría prevalente, sino contra ella.⁷⁸

Es importante observar, en ese sentido, que el argumento de la dificultad contramayoritaria no es, sin embargo, aceptado universalmente, toda vez que los poderes electos no siempre son tan “mayoritarios”.⁷⁹ Además, el sistema de gobierno se creó teniendo en mente la necesidad de atenuar los riesgos de la tiranía de las eventuales mayorías, razón por la cual la *judicial review* está, aunque sea indirectamente, al servicio de la democracia, siendo una pieza esencial para el equilibrio e independencia de los poderes, según sostiene el juez J. Wallace: “Reconociendo la igualdad entre las otras ramas

76 Wellington, “Foreword”, p. X: “We can profit from *judicial review* in a democracy, so long as we understand the limits of decisional law and have a Court composed of practical lawyer-scholars rather than wise philosopher-kings”.

77 Esa posición sirvió más tarde de fundamento para abordajes minimalistas que defienden una prevalencia de los poderes democráticamente electos en la tarea de salvaguarda de la Constitución, teniendo como exponentes autores como Cass Sunstein y Mark Tushnet, para quienes la *judicial review* promueve una especie de “irresponsabilidad” del legislador, distorsionando el significado de la Constitución: “the presence of *judicial review* creates a “judicial overhang” that distorts legislative protection of the Constitution”. Mark Tushnet. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 57.

78 “The root difficulty is that *judicial review* is a counter-majoritarian force in our system. [...] when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it”. Bickel, *The least dangerous branch*, pp. 16-17.

79 Jesse Choper. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1983. Entre los principales argumentos en ese sentido se destacan: a) el Senado, responsable de la creación de leyes, representa igualmente a los estados (independientemente de su población); b) el veto del presidente de la república también es una forma de invalidación de las decisiones de la “mayoría”. Aunque sean válidos y pertinentes y tengan alguna relación con la discusión acerca del activismo, se entiende, sin embargo, que estos elementos no llegan a su médula.

del poder y estableciendo relaciones entre ellas, el *judicial restraint* es compatible y complementa al equilibrio entre los tres poderes independientes”.⁸⁰

Por lo cual tenemos que el problema no reside tanto en el carácter contramayoritario del control de constitucionalidad de las leyes, sino en la cuestión constitucional de la separación de poderes; es decir, se trataría, como quiere Lindquist, de un “contraconstitucionalismo” (*counter-constitutionalism*), en el que el poder judicial ejerce prerrogativas legislativas violando su mandato constitucional: “El contramayoritarianismo es mejor visto como contraconstitucionalismo, en donde la rama judicial asume autoridad legislativa en violación de mandatos constitucionales”.⁸¹

Ante críticas con ese foco, correspondería entonces preguntar si la Suprema Corte es efectivamente contramayoritaria en sus fallos, lo que solo se puede responder por medio de un análisis detallado de la actuación de los jueces en el ejercicio de su poder judicial de revisión. Robert Dahl,⁸² tras un estudio minucioso de las sentencias dictadas, llegó a una interesante conclusión acerca de esa cuestión, identificando que, por lo menos hasta la década de 1950, los magistrados generalmente invalidaban las leyes que habían sido dictadas por mayorías nacionales que ya no estaban en el poder; en contrapartida, tendían a mantener las leyes promulgadas por la mayoría democrática prevalente en el momento del juicio. Un estudio posterior⁸³ cuestionó, sin embargo, estas conclusiones, especialmente ante la actuación de la Corte Warren. Investigaciones más recientes acerca de la actuación de la Suprema Corte señalan, a su vez, que ella ha sido “altamente sensible” a la opinión pública.⁸⁴ En el mismo

80 “Recognizing the equality of the other Branches and stabilizing interbranch relationships, judicial restraint is consistent with and complementary to the balance of power among the three independent Branches”. J. Clifford Wallace. “The jurisprudence of judicial restraint: A return to the moorings”. En David M. O’Brien (ed.), *Judges on judging: Views from the bench*. Washington: Congressional Quarterly, 1997, 163-174, 169.

81 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 23.

82 Robert A. Dahl. “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as national policy maker”. *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957): 295.

83 Jonathan Casper. “The Supreme Court and national policy making”. *American Political Science Review*, vol. 70 (1976): 50-63.

84 William Mishler y Reginald S. Sheehan. “The Supreme Court as a countermajoritarian institution? The impact of public opinion on Supreme Court decisions”. *The American Political Science Review*, vol. 87, núm. 1 (1993): 87-101.

sentido,⁸⁵ apunta que las evidencias sugieren que, a lo largo de la historia, las opiniones de la Corte fueron influenciadas por la opinión pública; y una encuesta efectuada por Barnum⁸⁶ revela que la invalidación de leyes que protegían los derechos de las minorías a propósito del *New Deal* era condescendiente con la opinión pública. Ya Marshall⁸⁷ destaca el hecho de que los precedentes impopulares tienden a ser más fácilmente revertidos que los que tienen aceptación popular. Es importante indicar, no obstante, que estos aspectos no dejande ser controvertidos, puesto que una influencia muy significativa de la opinión pública en este ámbito también puede ser perjudicial para la democracia.

Pero no es solo la dificultad contramayoritaria la que, según la percepción de Bickel, testifica en contra de la revisión judicial de las leyes, toda vez que ella también tiende a promover un debilitamiento del proceso democrático en sentido amplio, puesto que no deja de representar, en cierto sentido, una desconfianza respecto del legislador:

Otra dificultad crucial necesita ser enfrentada. Además de ser una fiscalización contramayoritaria del legislativo y del ejecutivo, la judicial review puede, en un sentido más amplio, ser una tendencia para, con el debido curso del tiempo, debilitar el proceso democrático. La *judicial review* expresa, claramente, una forma de desconfianza respecto al legislador.⁸⁸

Por último, el profesor de Yale afirma que la *judicial review* es incompatible con la teoría democrática y constituye una peligrosa contradicción del sistema:

Finalmente, otra limitación, aunque relativa a este tema, necesita ser puesta a consideración. La *judicial review* es una teoría tan fundamentalmente contramayoritaria que, en una sociedad en la cual todos los demás aspectos se definen en

85 James G. Wilson. "The role of public opinion in constitutional interpreta". *Brigham Young University Law Review* (1993): 1402.

86 David G. Barnum. "The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period. *The Journal of Politics*, vol. 47, núm. 1 (1985): 652-666.

87 Thomas R. Marshall. *Public Opinion and the Supreme Court*. Nueva York: Routledge, 1989, pp. 167-185.

88 "A further, crucial difficulty must also be faced. Besides being a counter-majoritarian check on the legislative and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. *Judicial review* expresses, of course, a form of distrust of the legislature". Bickel, *The least dangerous branch*, p. 21.

referencia a dicha teoría, la *judicial review* no puede ser verdaderamente efectiva. Pagamos el precio por una seria contradicción interna en el principio básico de nuestro gobierno, lo que es un inconveniente y un riesgo.⁸⁹

Su crítica representó, a su vez, un desafío a los pensadores favorables a la actuación de la Corte⁹⁰ desde una perspectiva democrática, al sostener que los fallos activistas son compatibles e incluso requeridos por la Constitución, siendo que la teoría constitucional forjada en los *Federalist Papers* incluso favorece el activismo judicial: “originalistas podrían argumentar más allá y señalar que la ‘teoría general del gobierno constitucional [como es promovida por los Papeles Federalistas] favorece el activismo judicial’”.⁹¹ Algunos, como Peretti,⁹² por ejemplo, van más allá y aseveran que los jueces también son representativos (pues son seleccionados por un representante electo y sobre la base de su posición ideológica) y que un poder judicial activista también puede servir a la democracia, incluso porque otros poderes también extrapolan sus competencias constitucionales.

Posteriormente, Kermit Roosevelt⁹³ protagonizó otra defensa del activismo judicial al efectuar un análisis de los fallos históricos de la Suprema Corte comúnmente clasificados como “activistas”, concluyendo que

89 “Finally, another, though related, contention has been put forward. It is that *judicial review* runs so fundamentally counter democratic theory that in a society which in all other respects rests on that theory, *judicial review* cannot ultimately be effective. We pay the price of a grave inner contradiction in the basic principle of our government, which is an inconvenience and a dangerous one”. Bickel, *The least dangerous branch*, p. 23.

90 En este sentido, Arthur Selwyn Miller puede ser considerado uno de los mayores defensores del activismo judicial, para quien las cortes son instituciones oligárquicas y cuyos fallos se orientan a resultados, lo que configura un aspecto positivo, dadas las limitaciones del proceso político-electoral. Aislado de ese proceso, el poder judicial podría ser un reducto de “decencia” y de “moralidad”: “insulated from this process, the judiciary could be a force for ‘decency’ that would proclaim ‘affirmative principles of morality’”. Arthur Selwyn Miller. “In defense of judicial activism”. En Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (eds.), *Supreme Court activism and restraint*. Lexington: Lexington Books, 1984, pp. 167-200, 167.

91 “Originalists may go further and contend that the ‘general theory of constitutional government [as promoted in The Federalist Papers] favors judicial activism’”. Sotorios A. Barber. “*Judicial review* and ‘The Federalist’”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, núm. 3 (1988): 836-887, 836.

92 Terri Jennings Peretti. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

93 Kermit Roosevelt III. *The myth of judicial activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

algunos terminaron siendo aceptados como correctos, mientras que otros (relacionados con el aborto, derechos gay, entre otros) tuvieron una mayor resistencia, lo que sugiere que el activismo no es nada más que un término simplista y reduccionista que oscurece la cuestión central que reside en si un fallo es constitucionalmente correcto o no. Por otro lado, los demás poderes también extrapolan los límites de sus competencias, aunque raramente se oye hablar de un “activismo legislativo” o de un “activismo ejecutivo”:⁹⁴

De hecho, localizar al poder judicial en el contexto de un sistema de separación de poderes es importante para evaluar el activismo judicial. Uno raramente escucha reclamaciones de “activismo legislativo” o de “activismo ejecutivo”, pero estos poderes se han desarrollado enormemente a lo largo de la historia.⁹⁵

Ya otros⁹⁶ entienden que el activismo se puede ver simplemente como una reacción de la Corte al aumento de sus demandas y responsabilidades institucionales, con miras a preservar la separación y el equilibrio entre los poderes previstos en la Constitución.⁹⁷

Controversias aparte, el hecho es que el “activismo judicial” mantiene un rol destacado en el debate público y académico desde la década de 1950, residiendo el foco de la discusión, básicamente, en los fallos de la Corte que suplantando las decisiones tomadas por los órganos representativos. Al mismo tiempo, el término es frecuentemente usado para criticar el resultado sustantivo de esos fallos y pone en evidencia, por lo tanto, el uso político que se hace del concepto y su modificación según diferentes

94 En Latinoamérica son comunes las referencias al “hiperpresidencialismo” que caracteriza a muchas de las democracias tardías de la región, en las que, a pesar de los avances y de la incorporación de la lógica de un Estado constitucional, aún se vislumbra, por cuestiones históricas, una concentración alta de poder en la figura del presidente, lo que repercute significativamente en el funcionamiento de la “sala de máquinas” de la Constitución. Roberto Gargarella. “Latin American constitutionalism: Social rights and the “Engine Room” of the Constitution”. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, núm. 1 (2014): art. 3.

95 “Indeed, placing the judiciary in the context of a system of separated powers is important to evaluating judicial activism. One seldom hears complaints of ‘legislative activism’ or ‘executive activism’, but those branches have expanded enormously over our nation’s history”. Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 26.

96 Powers y Rothman, *The least dangerous branch?*, p. 8.

97 A los efectos del presente trabajo, sin embargo, se establece una distinción entre el fenómeno de la “judicialización”, asociado a un aumento y una complejización de las demandas llevadas al poder judicial, y el “activismo judicial”, según se verá en los ítems que siguen.

concepciones filosóficas y teóricas. El desafío consiste entonces en encontrar una definición rigurosa del término, si fuera posible, ante las complejidades que caracterizan su conformación.

¿Qué es activismo judicial?

A medida que las discusiones acerca del activismo judicial fueron avanzando e intensificándose, el concepto se fue perdiendo y contaminando con la incorporación de muchos elementos subjetivos, que fueron desviando su significado,⁹⁸ hasta atribuírsele incluso sentidos contradictorios. Además, como bien destaca Kmiec,⁹⁹ los autores insisten en hablar de activismo, aunque sin definirlo, de modo que acaba por funcionar más como un “rótulo” para decisiones polémicas o respecto de las cuales no se está de acuerdo,¹⁰⁰ más que como una categoría jurídico-conceptual. Reforzando esta perspectiva, Barak¹⁰¹ resalta que los fallos judiciales continuamente se clasifican como “activistas” o *self restrained*, aunque los responsables de esa clasificación raramente definen sus términos, de modo que generan caos y confusión sin contribuir ni al debate ni a un análisis adecuado:

Las decisiones judiciales son comumente caracterizadas en la lógica de activismo y de la autolimitación (*self restraint*). Pero aquellos que hacen esas clasificaciones raramente definen los términos. El resultado es que el caos y la desinformación no conducen ni a un debate, ni a una evaluación. Para muchos, estas palabras se han convertido en códigos para crítica o elogio [...]. ¿Qué queremos decir con activismo y *self-restraint*? ¿Uno es bueno y el otro es malo?¹⁰²

Esa vaguedad e indeterminación no significan, sin embargo, que esté desprovisto de significado o de relevancia. Muy por el contrario, el “activismo” se presenta como un elemento importante de la gobernanza moderna

98 Ernest A. Young. “Judicial activism and conservative politics”. *University of Colorado Law Review*, vol. 73, núm. 4 (2002): 1139-1216, 1140.

99 Kmiec, “The origin and current meaning of ‘judicial activism’”, p. 1443.

100 Stephen F. Smith. “Activism as restraint: Lessons from criminal procedure”. *Texas Law Review*, vol. 80, núm. 5 (2002): 1057-1116, 1077.

101 Barak, *The judge in a Democracy*, p. 261.

102 “Judicial decisions are commonly characterized along the continuum of activism and self-restraint. Those who make these classifications seldom define their terms. The result is chaos and misunderstanding conducive neither to debate nor to evaluation. For many, those words have become code words for criticism or praise [...]. But what do we mean by activism and self-restraint? Is one good and the other bad?”.

y de la comprensión de la relación entre poderes en el contexto actual. Como ya se ha referido, se trata de un concepto complejo y multifacético que varía en el tiempo y en el espacio¹⁰³ y que tiene una estrecha conexión con concepciones políticas e ideológicas.¹⁰⁴ Entonces, también los elementos y focos de análisis pueden variar, aunque se puedan apuntar como dimensiones centrales, reiteradamente invocadas en las reflexiones acerca del tema, las siguientes: 1) el problema de la deferencia con los poderes electos (“dificultad contramayoritaria”); 2) la estabilidad interpretativa y la cuestión de la vinculación a la ley; 3) la cuestión institucional, asociada a la expansión del poder judicial; 4) la práctica de *policy making* por parte de las cortes.

Dificultad contramayoritaria y deferencia con los poderes elegidos democráticamente

Este probablemente es uno de los aspectos más frecuentes de crítica a la actuación de los tribunales constitucionales,¹⁰⁵ que remite a la discusión acerca de la legitimidad del poder judicial y a las bases y fundamentos del control de constitucionalidad y del constitucionalismo, en último análisis.¹⁰⁶ Ocurre, no obstante, que aunque permanezca actual y controvertida,

103 Gerald Rosenberg. “Judicial Independence and the Reality of Political Power”. *The Review of Politics*, vol. 54, núm. 3 (1992): 369-398.

104 Siguiendo en esta línea, Barak refiere que el concepto de “activismo no es absoluto ni definitivo, teniendo una estrecha conexión con el contexto social y cultural. Además, no se puede identificar un criterio único, pudiendo haber diferentes niveles de ‘activismo’ y de ‘self-restraint’, así como variaciones en la actuación misma del magistrado, es decir: un juez no es, necesariamente, siempre activista en sus fallos: “We can speak of degrees of activism and degrees of self-restraint. There is no one criterion for defining activism and self-restraint. A judicial decision, a judge, or a court may embody different aspects of activism or self-restraint, measured along different axes. Indeed, we should not assume that judges can be divided according to those who are always activist and those who always exercise self-restraint”. [“Es posible hablar de niveles de activismo y en niveles de autolimitación (*self-restraint*). Pero no hay ningún criterio para definir activismo y *self-restraint*. Una decisión judicial, un juez o una Corte pueden incorporar distintos aspectos de activismo o self-restraint, con base en distintos parámetros. De hecho, no deberíamos presumir que los jueces pueden ser clasificados entre aquellos que son siempre activistas y aquellos que siempre ejercen el *self-restraint*”]. Barak, *The judge in a Democracy*, p 266.

105 Bradley C. Canon. “Defining the dimensions of judicial activism”. *Judicature*, núm. 66 (1983): 237-247, 240.

106 Es interesante, sin embargo, lo que observan Shapiro y Sweet, en el sentido de que este problema tiende a presentarse en contextos donde se tiene una actuación exitosa de las cortes constitucionales: “the problem of democracy and *judicial review* is engendered by successful constitutional courts. For where courts are not successful in establishing veto powers over legislation, no problem, or only a very limited problem, arises”. [“El problema de la ley de la revisión judicial

la cuestión de la dificultad contramayoritaria, surgida en el siglo XIX, recibe nuevos contornos en el contexto del constitucionalismo democrático de la segunda posguerra y, especialmente, con los procesos de democratización tras largos años de dictadura militar vividos en diferentes países de Latinoamérica, donde se opera justamente una valoración de la jurisdicción constitucional (en su función de guardiana de la Constitución y de los derechos fundamentales), así como una potenciación de su naturaleza “contramayoritaria”. Esto porque los eventos nefastos verificados en la II Guerra Mundial, en particular las atrocidades practicadas por el nazismo y por el fascismo, terminaron por general un fuerte movimiento en el sentido del rescate y el fortalecimiento de la noción de democracia y de derechos humanos,¹⁰⁷ elementos que pasaron a ocupar un lugar destacado en las Constituciones,¹⁰⁸ asociados a la máxima de la dignidad humana.

Estos derechos, tenidos como inviolables —y que vinculan, por lo tanto, al legislador—, traen en sí la idea de que la Constitución va más allá del simple criterio de la mayoría¹⁰⁹ e incluso protege el derecho de aquellos que no pueden integrar esa misma mayoría, ya sea por ausencia de representatividad, ya sea por imposibilidad fáctico-temporal, como ocurre con las generaciones futuras, en el caso de los derechos que involucran el medio ambiente, por ejemplo.¹¹⁰ En este sentido, llama la atención, aunque

(*judicial review*) es engendrado por cortes constitucionales exitosas. Donde las cortes no tienen éxito en establecer vetos a la legislación, no surge ningún problema o apenas uno muy limitado”]. Martin Shapiro y Alec Stone Sweet. *On law, politics and judicialization*. Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 161.

107 Cabe notar, al respecto, el hecho notorio de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1948, en una clara reconquista y refundación de los elementos humanistas. Juan Antonio Travieso. *Historia de los Derechos Humanos y garantías*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 237.

108 Zagrebelsky habla incluso de un “Estado de Derechos”, más allá de la mera noción de Estado de derecho: “es indudable que el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el ‘Estado de Derecho’ decimonónico, hoy se habla a veces de ‘Estado de derechos’”. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Marina Gascón (trad.). Madrid: Trotta, 1999, p. 65.

109 Las constituciones de este período asumen e incorporan la pluralidad subyacente al tejido social y desenmascaran de ese modo la artificiosa homogeneidad procedente de la tradición democrático-liberal, que concebía al pueblo como una totalidad agrupada en torno a una identidad de intereses, identificada por la voluntad de la mayoría. José A. Montilla Martos. *Minoría política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, p. 87.

110 Kirchhof, Paul. *Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs*. *Neue Juristen Wochenschrift* (NJW), cuaderno 23 (1996): 1499.

no sorprende, el hecho de que los mayores avances en protección de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, desde una perspectiva contramayoritaria, se den exactamente en los países más afectados por los conflictos y por los regímenes totalitarios, como Alemania, Italia y España, que desarrollaron, a partir del referencial de los derechos humanos y fundamentales, también las jurisdicciones constitucionales más actuantes y densas del escenario europeo.¹¹¹

Entonces, se refuerza la figura de los tribunales constitucionales en su condición de “guardianes de la Constitución” y se potencia la cuestión de la “dificultad contramayoritaria”, pues se amplían las posibilidades de invalidación de las leyes ante la Constitución, con un potencial “vaciamiento” (*crowd out*) de los fallos representativos y mayoritarios,¹¹² aunque se entienda, con Roach,¹¹³ que este no es un juego de suma cero, o sea: la actuación del poder judicial no anula ni es incompatible con la del legislador. Muy por el contrario, todos los poderes son simultáneamente responsables de la garantía de la Constitución.¹¹⁴ En esta línea, en la doctrina se pueden percibir diferentes teorías y propuestas acerca del rol de la jurisdicción constitucional en la democracia y de su relación con los demás poderes, pasando por concepciones que defienden desde una actuación más sustantiva por parte de los tribunales hasta posturas de cuño más procedimental, identificadas con la promoción del acceso y la participación en el proceso político.

Las cuestiones que implican los límites y la legitimidad de la jurisdicción constitucional generalmente se trabajan, a su vez, a partir de la dicotomía “sustancialismo” y “procedimentalismo”, según atribuyan un carácter más o menos activo y/o sustancial a las cortes constitucionales, respectivamente.¹¹⁵ Pero ocurre que esta discusión en la mayoría de las veces no se da en términos adecuados, ya que: a) no hay homogeneidad en esa clasificación,

111 Ricardo Haro. “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 10 ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004, p. 41.

112 Lindquist, *Measuring judicial activism*, p. 34.

113 Roach, Kent. *The Supreme Court on trial: Judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 103.

114 Griffin, *American constitutionalism*, p. 45.

115 Mônia Clarissa Hennig Leal. “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente ‘un’ o ‘el’ activismo?”. *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2 (2012): 429-454, 451.

pues las diferentes teorías tienen fundamentos bastante diferentes en su conformación; b) la clasificación de una postura como siendo más o menos activa se presenta bastante difícil, ya que el “activismo” se constituye un concepto “vacío” de significado, no siendo posible establecer estándares o criterios claros y objetivos que permitan clasificar determinado fallo judicial como “activista”.

Siguiendo en esta línea, el constitucionalista norteamericano Mark Tushnet¹¹⁶ hace una interesante reflexión acerca de las dificultades pragmáticas y hermenéuticas inherentes a la expresión “activismo judicial”, buscando demostrar, a partir de una serie de ejemplos, que para determinar qué significa ser *activo* se hace necesario establecer antes los parámetros acerca de cuál sería el patrón “normal” o estándar de juicio, aspecto que igualmente se presenta como imposible, ante la apertura interpretativa que caracteriza al derecho y, especialmente, al derecho constitucional actual. Por lo tanto, definir qué se entiende como “activo” demanda una actividad interpretativa que tampoco presenta patrones fijos o definidos, variando en el tiempo y en el espacio.¹¹⁷ Además, el “activismo” no tiene un contenido ideológico preciso, pudiendo ser ejercido tanto en términos conservadores como en sentido liberal, de la misma forma que no se puede afirmar que se caracterice por la actuación de la Corte en la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales, pues sería perfectamente posible encuadrar un fallo contrario a su protección como “activista”. Finalmente, se tiene que el concepto mismo de “activo” es relativo y depende del punto de referencia adoptado.

Tal aspecto, a su vez, solo refuerza las falacias acerca del tema, dificulta su discusión sobre bases adecuadas y conlleva los problemas de comprensión ya mencionados.

Al analizar el posicionamiento de diversos autores sobre la materia, se puede percibir que, en realidad, lo que existe es una vasta pluralidad de concepciones y de argumentos en relación con los límites y la legitimidad de la jurisdicción constitucional, tan amplios y divergentes como los mismos fundamentos que los sustentan, razón por la cual se sostiene que

116 Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008, pp. 415-436.

117 Peter Häberle. *Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)*. En *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1998, pp. 59-92.

“sustancialismo” y “procedimentalismo” no pueden tomarse como teorías o corrientes de pensamiento con sentido unívoco,¹¹⁸ como se intentará probar.

A. Análisis de orden interno y externo: El primer aspecto distintivo que se puede apuntar con relación a lo que se dijo tiene que ver con el *locus* del habla, pues se puede percibir que algunos autores –como Dworkin,¹¹⁹ al discutir la vinculación moral o no de los fallos judiciales, de donde resulta la defensa de una interpretación amplia, y Böckenförde, al analizar las posibilidades de operativización de los derechos fundamentales, por ejemplo¹²⁰– plantean su análisis desde una perspectiva eminentemente metodológica, de cuño interpretativo hermenéutico (que aquí se denomina análisis de *orden interno*), o sea: la discusión se da desde la perspectiva del tribunal y de su realidad, y solo entonces repercute, por reflejo, en las esferas que integran su entorno, incluida ahí su relación con los demás poderes.

Mientras tanto, otros –como es el caso, sobre todo, de Ely,¹²¹ al establecer los límites jurisdiccionales por la vía inversa, es decir: desde el desarrollo de la idea de *representation reinforcing*–, parecen trabajar la cuestión de la legitimidad y de las funciones de la jurisdicción constitucional desde una perspectiva de *orden externo*, es decir: una en la que el foco principal de sus reflexiones no está puesto en los procedimientos y en los límites de la jurisdicción propiamente dicha, sino en su relación con los demás poderes, o sea: los límites a la actividad jurisdiccional, por no ser el objeto de preocupación inmediata de estas teorías, resultan implícitamente de la apreciación

118 Mônia Clarissa Hennig Leal. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões acerca dos limites e da legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Río de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. En los anexos de la referida obra viene un cuadro esquemático de esas diferenciaciones.

119 Ronald Dworkin. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

120 Ernst-Wolfgang Böckenförde. “Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. En *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991. En virtud de la complejidad misma del pensamiento de los autores estudiados, no es la intención aquí encuadrarlos de forma rígida dentro de una perspectiva o de otra, razón por la cual se hará referencia a ellos solo en los aspectos considerados como imprescindibles, pues lo que se pretende no es plantear un cuadro comparativo entre ellos, sino, a partir de ellos, construir algunos referenciales para una ponderación de la jurisdicción constitucional. Entonces, se tiene que el pensamiento de los diferentes constitucionalistas abordados no conforma el real objeto de análisis de este tema, sino tan solo su “telón de fondo”, de modo que los abordajes son genéricos, más que analíticos.

121 John Hart Ely. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

hecha con relación al sistema de poder considerado en su integralidad; de ahí que se afirme que el tema es pensado y tratado desde una perspectiva más política que técnica o metodológica.

Entonces, en el primer caso, los límites se discuten desde una perspectiva interna, al paso que, en el segundo, esos límites se fijan “desde afuera”, teniendo esta demarcación un carácter derivado con relación a la discusión principal, que reside en la estructuración y en el funcionamiento del proceso político y democrático como un todo.

B. Variaciones en el ámbito interpretativo: Las variaciones en lo que concierne al ámbito interpretativo se pueden plantear en dos niveles distintos. Por un lado, la discusión va más allá de la concepción misma del derecho, es decir: demanda, en cierto sentido, una reconquista de las discusiones entre el positivismo y el derecho natural y, en último análisis, con relación a las fuentes del derecho como un todo y del derecho constitucional en particular. Por otro lado, se puede percibir un segundo foco de análisis en el debate, que se da marcadamente en suelo norteamericano, entre interpretivistas (*interpretivism*) y no interpretivistas (*non-interpretivism*), pautado por la definición de lo que sea la Constitución en cuanto documento político y jurídico, pues para los primeros la interpretación tiene un carácter de rescate histórico, que se traduce en la búsqueda y vinculación a los contenidos originalmente pretendidos por los fundadores (*founding fathers*), es decir: por los creadores de la Constitución, al paso que para los segundos este contenido debe ser actualizado más allá del texto legal, lo que implica, a su vez, una interpretación de carácter más amplio y creativo.

Se podría decir, por lo tanto, que la primera concepción toma como fundamento la comprensión de la Constitución como manifestación del poder constituyente soberano, mientras que la segunda adhiere a la comprensión de la Constitución como un documento vivo, en directa conexión con la evolución de la sociedad. De esta forma, en una se tiene una primacía de la *soberanía popular* y en la otra la *soberanía de la Constitución*; en una predomina la valorización del legislativo, a quien le corresponde la determinación y la especificación de los contenidos constitucionales; en la otra impera la valorización del poder judicial, como instancia privilegiada para esta actuación evolutiva.

C. Diferentes versiones del “procedimentalismo”: Aun tratándose de restricción o limitación de la actuación del poder judicial en las

cuestiones constitucionales, dándose primacía a otros poderes en la especificación de los contenidos valorativos inherentes a la Constitución, se tiene que se deben observar algunas distinciones para una adecuada comprensión de lo que se pretende demostrar. En este sentido, se pueden distinguir dos ámbitos de retiro de competencia del poder judicial y de transferencia al proceso político en lo que concierne a la especificación de esos contenidos valorativos. Mientras unos proponen que esta limitación se dé por medio de un refuerzo del sistema representativo e institucional (Ely), otros, como Häberle y Habermas,¹²² lo hacen invocando un proceso más amplio y abierto de participación política, que busca avanzar desde una percepción más integradora, activa y franca de los ciudadanos en la toma de decisión, especialmente en lo que se refiere a las elecciones fundamentales de la sociedad o de aquello que Tribe¹²³ denomina “elecciones constitucionales” (*constitutional choices*).

Aun así se puede aseverar que incluso estos procesos amplios de participación política propuestos presentan variaciones, pues en Häberle se refieren a la interpretación de la Constitución en sentido amplio, al paso que para Habermas adquieren facciones más volcadas a la política en general, incluida en esto la Constitución. De ahí que se pueda aseverar que el contraste que se establece entre ambos reside en el hecho de que, en un caso, el aspecto público parte de la Constitución —ella es el punto de partida para el debate público—y, en el otro, se tiene que el debate público se dirige a la Constitución, es decir: ella configura su punto de llegada.

Se debe considerar que estas diferentes nociones “procedimentalistas” no rompen, sin embargo, en forma definitiva con el llamado “activismo judicial”, una vez que ellas también terminan por atribuir a la jurisdicción, de una forma o de otra y a pesar de sus variables, un rol activo en el control de los procedimientos de deliberación democrática. Entonces, la principal distinción no reside en la “intensidad” del control y de la actuación de los tribunales en su tarea de guardianes de la Constitución, sino en la naturaleza de esa actuación, de manera que el debate “sustancialismo” frente a “procedimentalismo” tampoco aporta significativamente a la discusión acerca del “activismo”.

122 Jürgen Habermas. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1998.

123 Lawrence H Tribe. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

D. Diferentes versiones de “sustancialismo”: Siguiendo la línea de lo que se verificó en el ítem anterior, también aquí las distinciones que se presentan en relación con el “sustancialismo” son profundas. En este punto, en algunos casos el fundamento para dicha posición reside en una comprensión moral y valorativa de la Constitución, remontándose a lo que ya se dijo en el ítem B *supra*, en el que gana importancia la cuestión de las fuentes del derecho y de la interpretación. Esto se puede percibir, sobre todo, en el pensamiento de Dworkin, cuando intenta justificar la existencia de un derecho más amplio que aquel positivamente registrado en el texto constitucional.

Otro enfoque de cuño sustancialista se puede percibir, a su vez, sobre todo en la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas, en donde, por medio de construcciones hermenéuticas acerca de la eficacia de los derechos fundamentales, se acaba atribuyendo funciones de naturaleza creativa a los tribunales constitucionales, que operan ponderando, sopesando y emitiendo juicios de valor (“jurisprudencia de valores”) de contornos abiertos, pudiendo ser especificados solo ante el caso concreto. Dentro de este contexto, a la jurisdicción constitucional le queda reservado un rol central y destacado en la concreción de esos derechos y, consecuentemente, del Estado democrático mismo, que tiene en ellos uno de sus elementos estructurales. Es interesante resaltar que también las críticas con relación al “activismo judicial” y a la actuación de los tribunales constitucionales están directamente relacionadas con esos presupuestos,¹²⁴ siendo posible señalar una profunda distinción de carácter epistemológico entre las diferentes teorías orientadas a reflexionar sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Ante lo expuesto, se concluye que hablar de “sustancialismo” y de “procedimentalismo” no pasa de ser una manera simplista de designar con el mismo nombre cosas que en realidad son muy diferentes. Ante eso, no se pretende, sin embargo, abolir esta denominación, sino dejar en claro que, sin embargo, estos términos deben ser empleados con cautela, teniéndose presentes siempre su amplitud y plurivocidad, tanto teórica como fáctica, sin que, por lo tanto, haya necesariamente una relación directa con el “activismo judicial”.

124 Michael J. Perry. *The Constitution in the Courts. Law or Politics?* Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 15.

Interpretación y vinculación del poder judicial con la ley y la Constitución

Muchas veces, el “activismo” se asocia a la actuación de jueces que, por medio de la actividad interpretativa, “crean” derecho o contrarían una disposición expresa del texto de la ley, aunque estos límites sean tenues.¹²⁵ Ocurre que el constitucionalismo de la segunda posguerra trae, en su médula, una valoración de la actividad interpretativa que tiene como base una transformación con relación a la concepción misma de la Constitución, que pasa a no ser entendida más como un mero instrumento de garantía contra el poder absoluto del Estado (como lo fue en el período liberal clásico) o como simple mecanismo de dirección política (noción predominante en el constitucionalismo social), sino como expresión máxima de los valores elegidos por la comunidad que la adopta, es decir: como materialización del contrato social de un orden democrático, caracterizador del modelo de Estado democrático de derecho.¹²⁶ Los valores, por consiguiente, son llevados al núcleo de las Constituciones y a partir de ellos se interpretan de cara a la realidad concreta, pasando a funcionar entonces como directivas para la vida en común,¹²⁷ en lo que concierne a los derechos fundamentales.

Es así que, al decir de Konrad Hesse,¹²⁸ la Constitución se tiene como el “orden jurídico fundamental de la colectividad”, como plan estructural fundamental de la sociedad, orientado por determinados principios de sentido, principios estos que revelan los valores políticos, culturales y sociales de esa misma colectividad, pasando a verse, entonces, desde una perspectiva viva, como obra de todos sus intérpretes.¹²⁹ Esta noción de Constitución

125 Barak, *The judge in a Democracy*, p. 262.

126 Entendido como un sistema democráticamente articulado, en el cual la sociedad participa no solo de forma pasiva, como recipiendaria de bienes y servicios, sino que también toma parte activa en la formación de las políticas estatales, por medio de sus organizaciones. Así, “lo que ocurre no puede ser circunscrito, solamente, a un aumento del número de derechos, sino, esto sí, a una transformación fundamental del contenido del Derecho mismo”. José Luiz Bolzan de Moraes. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 81.

127 Winfried Brugger. *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus: Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 253.

128 Konrad Hesse. *Die normative Kraft der Verfassung*. Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr, 1959.

129 Peter Häberle habla de una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” cuando afirma que decir e interpretar la Constitución no debe ser tenido como algo restringido a las instituciones; por el contrario, sus intérpretes legítimos son aquellos que viven la Constitución,

abierta parte, a su vez, del presupuesto de que la diferenciación social y el pluralismo son las principales características de la sociedad contemporánea, razón por la cual, en un contexto de conflictividad política y social —que incluye formas democráticas de participación en los asuntos públicos—, no sería razonable tomar el ordenamiento constitucional como un sistema normativo completo y cerrado, caracterizado por el orden y por la unidad.¹³⁰ Así, el elemento que se hace común con relación a la comprensión de la interpretación, en ese escenario, se caracteriza por la necesidad permanente de integración entre texto normativo y realidad, estableciéndose de esta forma una distinción, a nivel semántico, entre texto y norma, o sea: la norma se concibe como resultado de la interpretación del texto,¹³¹ en su relación con los hechos del mundo que lo rodea (tiempo y espacio).¹³²

En otro autor alemán, Peter Häberle,¹³³ la Constitución aparece como un producto cultural, un sistema *abierto* capaz de interactuar con el medio en el cual está inserto, razón por la cual sus contenidos deben interpretarse siempre de nuevo y cada vez. Significa decir que sus regulaciones no son perfectas y que ella tampoco es una unidad ya concluida, debiendo quedar incompleta e imperfecta, porque la vida que ella quiere ordenar es *histórica* y, consecuentemente, su contenido está sujeto a alteraciones también históricas. Es la interpretación, a su vez, la que permite esta actualización

ya que ella es, eminentemente, un producto cultural. Peter Häberle. “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation (1975) mit Nachtrag (1978)”. En *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1998, pp. 155-181.

130 Hans-Joachim Koch. *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen. Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ), cuadernos 11/12 (junio 1986): 435).

131 Joseph Isensee y Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts: Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*. Vol. VII. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag, 1992, p. 204.

132 Para Friedrich Müller, por ejemplo, el sentido de la norma jurídica y su respectiva aplicación están necesariamente reunidos en un proceso unitario, en el cual la norma es siempre más que su tenor literal, pudiéndose diferenciar entonces dos aspectos que la constituyen: el *programa de la norma* (*Normprogramm*) y el *dominio de la norma* (*Normbereich*). El primero se refiere al ámbito textual de la misma (contenido semántico), mientras que el segundo está identificado con el aspecto empírico (realidad social). El autor parte, por lo tanto, de una no identificación entre norma y texto, razón por la cual afirma que este último no es nada más que la “punta del iceberg” de aquello que es la norma en su sentido pleno. Friedrich Müller. *Normstruktur und Normativität: zum Verhältnis und Wirklichkeit in der Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlín: Duncker & Humblot, 1966.

133 Peter Häberle. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1982, p. 43.

y esta mediación (necesarias) entre realidad y texto normativo, tarea esta que cabe no solo a los órganos oficiales, sino a toda la “sociedad abierta”.¹³⁴ Ante la necesidad de especificación constante de los contenidos de la Constitución, se pasa a darle un rol destacado a la cuestión de la interpretación, en su función principal de dar plenitud a las normas, cuyo texto solo abarca una pequeña parte de la vida constitucional. Se percibe, pues, que, en ese escenario, la jurisdicción constitucional (aunque no solo ella) pasa a desempeñar un rol protagónico que, desde la interpretación, tiene la importante función de dar cotidianamente una nueva vida a la Constitución, a los efectos de que ella pueda cumplir, de forma perenne, su misión de “orden jurídico fundamental de la colectividad”.

En este contexto, en el que la Constitución se puede designar como siendo un conjunto de fórmulas abiertas (*Leerformeln*)¹³⁵ –en un sentido principiológico, carente de concreción–, la limitación de esa vaguedad tiende a darse por medio de los fallos del tribunal mismo, que tiene que manejarse no solo con su imprecisión, sino también con la plurivocidad inherente a las disposiciones legales; esto sin mencionar los conflictos que se establecen en el interior del propio orden jurídico.¹³⁶ En otras palabras, la interpretación pasa a ser un resultado casi natural de esa condición de apertura y de indeterminación del texto constitucional, presuponiéndose, por lo tanto, para su realización, una actuación claramente creativa por parte de los tribunales.

134 Según él, hasta hace poco imperaba la idea de que el proceso de interpretación constitucional estaba reducido a los órganos estatales o a los participantes francos del proceso. Se tenía, pues, una fijación de la interpretación constitucional en los órganos oficiales, es decir: en aquellos órganos que desempeñan el complejo juego jurídico-institucional de las funciones estatales, lo que no significa, sin embargo, que no se reconozca la importancia de la actividad que desarrollan; pero la interpretación constitucional es y debe ser, desde la perspectiva del autor, una actividad que potencialmente tiene que ver con todos. Es en ese sentido que el autor habla de una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” y afirma que decir e interpretar la Constitución no se debe tener como algo restringido a las instituciones; por el contrario: aquellos que viven la Constitución son sus intérpretes legítimos. Häberle, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten...”, p. 157.

135 Con eso no se quiere decir que la Constitución esté vacía de contenido; tan solo que sus contenidos, en cuanto no concretados, quedan vacíos de sentido.

136 Rainer Wahl. “Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit: Schutz vor verfassungswidriges Recht und Beseitigung von Unsicherheit *über* den Inhalt des Verfassungsrechts”. En Dieter Grimm (ed.), *Einführung in das öffentliche Recht: Verfassung und Verwaltung*. Heidelberg: C.F. Müller, 1985, p. 237.

Para dar cuenta de un propósito tal, basado en la superioridad jerárquica de la Constitución, esos tribunales tendieron a desarrollar una serie de recursos teóricos¹³⁷—como es el caso de la noción de Constitución como orden concreto de valores, donde los derechos fundamentales se comprenden como derechos subjetivos y como normas de carácter objetivo, trayendo repercusiones en su ámbito de garantía— y hermenéuticos—en el caso de la “interpretación conforme a la Constitución” y de las “sentencias manipulativas”¹³⁸—, en donde se da, de cierta forma, una interacción con la actividad legislativa, desde el momento en que el juzgador interfiere, tomando por base la Constitución y su supremacía, en el texto normativo propiamente dicho, interviniendo directamente en la actuación del legislador en su función representativa y mayoritaria, aspecto muchas veces identificado como “activismo”.

Este uso de “remedios expansivos” por las Cortes se identifica, a su vez, en la literatura constitucional norteamericana, como *judicial maximalism*, en el afán de Sunstein¹³⁹ por establecer una taxonomía de la argumentación de los jueces en este ámbito, distinguiendo entre: a) *minimalistas*, para quienes el objetivo es resolver los casos, pero no cuestiones filosóficas más profundas, ni promover grandes transformaciones sociales por medio de la sentencia; b) *maximalistas*, que se subdividen en “fundamentalistas”, dedicados a la intención original de la Constitución, y “perfeccionistas”, que creen que la Constitución proporciona solo principios generales, que necesitan ser desarrollados por la Corte. Posner alerta,¹⁴⁰ sin embargo, que no es una tarea fácil distinguir entre fallos “maximalistas” y “minimalistas”, pues no pueden ser medidos sobre la base de criterios objetivos, ya que involucran conceptos subjetivos que varían de investigador a investigador.

Queda claro, por lo tanto, el avance en importancia de la actividad interpretativa en el contexto constitucional vigente, que se refleja, a su vez, en

137 Fritz Ossenbühl. “Probleme und Wege der Verfassungsauslegung”. En *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik* (DöV), cuaderno 19 (octubre 1965), p. 658.

138 Marina Gascón Abellán. “Los límites de la jurisdicción constitucional”. En Francisco Laporta (org.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

139 Cass R. Sunstein. *Radicals in robes: Why extreme right-wing courts are wrong for America*. Nueva York: Basic Books, 2005, pp. 31-40.

140 Posner, Richard A. “Against constitutional theory”. *New York University Law Review*, vol. 73 (1998): 1-22, 9.

una potenciación de la actividad jurisdiccional. Ocurre, no obstante, que, una vez más, los límites de la interpretación no se presentan claros, variando según las bases epistemológicas adoptadas y dificultando, por lo tanto, el establecimiento de parámetros claros para la conformación del “activismo” y de los límites de actuación de los tribunales. Además, el “activismo” también debe analizarse desde la perspectiva del rol del juez en una democracia, que trae intrínsecos nuevos espacios de actuación judicial asociados a la tarea de guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Cuestión institucional y expansión del poder judicial

A pesar de que la idea de un control de constitucionalidad –en la vía difusa– ya fue desarrollada en Estados Unidos en un momento histórico anterior, en el Caso *Marbury v. Madison*, en 1803,¹⁴¹ esta noción no fue inmediatamente transportada a Europa, en donde la jurisdicción constitucional –en la vía concentrada, centralizada en un órgano único: el tribunal constitucional– solo tuvo espacio a partir de la posguerra de 1919, dominada por dos “conceptos” principales. El primero se transluce en la Constitución de la República de Weimar,¹⁴² que instituyó en su texto un tribunal al cual fueron confiados los conflictos entre los poderes constitucionales, especialmente aquellos relativos a la organización federal. Y el segundo es el sistema austríaco, idealizado por Kelsen¹⁴³ e incorporado a la Constitución de aquel país en 1920, el cual, a pesar de las modificaciones sufridas, más

141 William E. Nelson. *Marbury v. Madison. The origins and legacy of judicial review*. Kansas: Kansas University Press, 2000, p. 114.

142 La Constitución de la República de Weimar, de 1919, estuvo marcada por la preocupación por la unidad del país, aún no definitivamente consolidado tras su unificación en 1871 y fragmentado en virtud de los efectos como un elemento de integración. Por lo tanto, se buscaba hacer viable su protección por medio de la figura de un órgano encargado específicamente de dicha función. Gerhard Robbers. “Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”. *Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS)*, cuaderno 4. München: C.H. Beck, 1990, p. 262.

143 Es interesante destacar, además, en lo que atañe a la conformación del control de constitucionalidad en Europa, el duro debate que se estableció, a fines de la década de 1920, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, por determinar a quién le correspondería mejor la competencia de velar por la Constitución, siendo que el primero defendía la existencia de un tribunal constitucional, autónomo, desvinculado de los demás poderes, mientras que el segundo defendía que le correspondía al *Führer* esta tarea, sosteniendo que esta era una tarea de naturaleza política y no jurisdiccional. Véanse: Hans Kelsen. “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”. *Die Justiz*, cuadernos 11-12, vol. VI (1929): 576-628; Carl Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*. 4 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

tarde se consagró definitivamente en la segunda posguerra, especialmente en los países afectados por los regímenes totalitarios, como Alemania, España e Italia. Hubo, sin embargo, a lo largo de ese proceso un cierto alejamiento, por parte de los tribunales constitucionales europeos, del modelo de control concentrado propuesto por Kelsen,¹⁴⁴ que pasó a incorporar y a adquirir nuevas dimensiones. Su actividad, en cuanto “guardianes” de la Constitución y de los derechos fundamentales, va más allá de una función meramente “negativa” de control, pasando a adquirir una dimensión constructiva y creativa, asentada en la necesidad de concreción de los principios y de los derechos fundamentales labrados en los textos de las Constituciones, para lo cual se desarrollan recursos e instrumentos hermenéuticos que instrumenten esa tarea, aunque ello implique una “transposición” de las funciones que tradicionalmente le fueron reservadas.

En ese sentido, se ha conformado un fenómeno de “judicialización” que resulta de un proceso histórico, propio del constitucionalismo democrático, que tiene como base múltiples factores,¹⁴⁵ tales como la centralidad de la Constitución y la preocupación por su fuerza normativa, asociada a aspectos como el carácter principiológico, la supremacía y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, los cuales, tenidos como vinculantes, llevan a la construcción de conceptos como la *Austrahlungswirkung*¹⁴⁶ y la *Drittwirkung*,¹⁴⁷ que, sumados, llevan a una ampliación y a una transformación de la naturaleza de la actuación de la jurisdicción constitucional. Se da, entonces, un “desplazamiento” del eje de tensión entre los poderes, representado por un “protagonismo” del judicial,¹⁴⁸ resultante de una

144 José Acosta Sánchez. “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100 (abril-junio 1998): 67.

145 Mônia Clarissa Hennig Leal. “La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial”. En M. M. da Costa y M. C. H. Leal (orgs.), *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. T. 12. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012, pp. 34-57, 39.

146 Bernhard Schlink. “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”. En *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*. T. 28. Berlín: Duncker & Humblot, 1989.

147 Jürgen Schwabe. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*. München: Goldmann, 1971.

148 En el Estado liberal, este “protagonismo” era representado por el poder legislativo, al cual se tenía como representativo de la *volonté générale*, encargado de crear las leyes, elemento central del positivismo; ya en el Estado de bienestar social, este destaque se transfiere al

confluencia de factores que conducen a una transferencia de decisiones estratégicas sobre temas fundamentales (tradicionalmente reservadas a la esfera política y deliberativa) a este poder, lo que hace que el derecho sea, cada vez más, un derecho judicial, construido, en el caso concreto, por los magistrados.¹⁴⁹

Aquí se vuelve a traer como ejemplo la cuestión del matrimonio civil igualitario, que, como se puede desprender de la lectura de los artículos que figuran en la presente obra, terminó, en gran parte de los países de América Latina, por ser reconocido por la vía de fallos judiciales (más precisamente, de los tribunales constitucionales) y no propiamente por la vía legislativo-representativa. Por consiguiente, se está ante un proceso de “judicialización” que se da en dos sentidos: como judicialización de la política y como judicialización del derecho.

En lo que concierne a la “judicialización de la política”, se vuelve necesario considerar inicialmente que esa interacción entre derecho y política no es algo nuevo. Según Grimm,¹⁵⁰ la tensión entre ambos siempre existió, variando en el tiempo (en determinados momentos históricos, la política sojuzgó al derecho y, en otros, pasó lo contrario), pero, aunque se alter(n)en, esa tensión no se puede suprimir. Pero esta relación, vista con cierta

ejecutivo, al cual se atribuye una actuación positiva, pautada por una Constitución dirigente. Leal, *Jurisdição Constitucional aberta*, pp. 27-59.

149 La innovación no reside, aquí, en la comprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino en su relevancia, pues en este proceso ella pasa de ser una fuente supletoria a ser un elemento central de conformación del orden jurídico, en el cual la actuación del magistrado, en el caso concreto, se presenta como determinante para la conformación del derecho, por medio de una actividad creativa, constructiva, de integración del texto normativo con la realidad. Se percibe, por lo tanto, una transformación en la comprensión de la actividad interpretativa asociada al “giro lingüístico” de Heidegger (1986) y Gadamer (1972), así como una transformación del derecho mismo, que, al adquirir un carácter principiológico y valorativo, vinculado, claramente, a los derechos fundamentales, demanda una actuación diferenciada del juzgador en su conformación y concreción (Isensee, 1996). Véanse: Martin Heidegger. *Sein und Zeit*. 16 ed. Tübingen: Niemeyer, 1986; Hans-Georg Gadamer. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr, 1972; e Isensee, “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”. Es desde esta perspectiva, por lo tanto, que se puede hablar de una cierta aproximación entre los sistemas de la *common law* (jurisprudencial) y de la *civil law* (legalista), pues este último viene reconociendo progresivamente un mayor espacio y relevancia a la actividad jurisdiccional, vinculada a la aplicación del derecho –aunque sea legislado– al caso concreto. Koch, *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen*.

150 Dieter Grimm. *Constituição e Política*. Geraldo de Carvalho (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 3-20.

naturalidad en momentos históricos anteriores,¹⁵¹ ganó una nueva dimensión en el ámbito del positivismo, en el cual se instituyó una separación institucional y funcional entre ambos, asociada a la noción de separación de los poderes: a la política (legislativo), por medio de un proceso de elaboración racional de las leyes, de cuño voluntarista, le compete la fijación del contenido del derecho, cuya aplicación –desvinculada de la política– se da por la vía del poder judicial. En ese contexto, la Escuela de la Exégesis¹⁵² se encarga de conformar una idea de interpretación legalista desvinculada de cualquier noción política o moral.

La separación entre derecho y política en el nivel de la aplicación del derecho es, sin embargo, una separación de cuño institucional (y no propiamente real, posible). Eso no significa, por lo tanto, que en la práctica el procedimiento de aplicación judicial del derecho sea, también internamente, apolítico. La justicia se constituye en poder político, pero se diferencia de la política porque no toma decisiones de antemano dentro de un ámbito normativamente restringido ni persigue objetivos políticos propios. En este contexto, la jurisdicción constitucional constituye un caso especial, pues, aunque en algunos países sea institucionalmente parte del poder judicial, se encuentra mucho más cercana a la política que sus demás órganos, ya que el objeto de regulación de la Constitución y, por lo tanto, de control del tribunal constitucional, consiste en la propia política,¹⁵³ siendo que sus normas poseen un carácter de principio más fuerte, con lo que amplían el margen de interpretación y exigen procesos de concreción más abiertos; de ahí que estas fronteras sean más tenues.¹⁵⁴

151 Como el Derecho –en la Antigüedad, por ejemplo– tenía una dimensión asociada a un derecho natural, superior; la actividad política relacionada con su creación no poseía un carácter tan acentuado, estando ambos más vinculados que separados. Franz Wieacker. *História do direito privado moderno*. Antonio Manoel Botelho Hespanha (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

152 Heinrich Henkel. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1978, p. 61.

153 Las constituciones del siglo XX son políticas y no solo estatales; asumen un contenido político, o sea, engloban los principios de legitimación del poder y no solo de su organización. El campo constitucional, por consiguiente, se amplía para abarcar a toda la sociedad y no solo al Estado. Gilberto Bercovici. “A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição”. En Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.*, *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Río de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 103.

154 Grimm, *Constituição e Política*, p. 16.

Ya la “judicialización del derecho”, que viene asociada a la de la política y tiene causas comunes con ella, es representada por un aumento de la importancia de los fallos judiciales en el ámbito de un derecho de naturaleza principiológica que demanda cada vez más la actuación judicial en el sentido de su interpretación y de su concreción.¹⁵⁵ Las ponderaciones entre derechos fundamentales, la necesidad de determinación, en el caso concreto, del sentido y del alcance de los derechos previstos en el texto constitucional, todo esto hace que la jurisprudencia gane espacio como fuente del derecho, constituyéndose un importante *locus* de creación del derecho. Aunque se tenga un sistema basado en la *civil law*, en adelante la ley ya no puede ser considerada fuente exclusiva de creación del derecho.¹⁵⁶

El Estado democrático se estaría transmutando entonces en un “Estado jurisdiccional”,¹⁵⁷ una vez que los nuevos textos constitucionales, al incorporar principios típicos del Estado democrático de derecho, resultan en una tendencia al “agigantamiento”¹⁵⁸ del rol desempeñado por la jurisdicción.

En esta línea, la judicialización se podría designar, de forma sintética, basándose en la tabla 1.

A pesar de tener también como telón de fondo y como una de sus posibles conformaciones el aspecto de la relación entre derecho y política, el “activismo judicial” posee ya fundamentos distintos y está más relacionado con una perspectiva interna, asociada a la forma de actuación de los tribunales

155 Acerca de los conceptos de “interpretación” (*Interpretation*) y de “concreción” (*Konkretisierung*), es interesante destacar la distinción planteada por Böckenförde, basándose en las enseñanzas de Hans Huber, acerca de esos elementos, muchas veces confundidos. Según el autor, la primera consiste en la determinación –de contenido y de sentido– de algo ya predeterminado, como es el caso de la ley, que necesita tener su contenido (ya especificado) mediado ante la realidad concreta; y la segunda, por el contrario, consiste en llenar creativamente (*schöpferische Ausfüllung*) una directiva o un principio dejado en abierto, aún sin ninguna determinación. Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen...”, p. 186.

156 Koch, *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen*.

157 Josef Isensee. “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”. *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 22 (nov. 1996): 1085. En la doctrina se pueden encontrar expresiones diferentes, aunque relacionadas con el mismo fenómeno: *Jurisdictionstaat* (Isensee); *Juristocracy* (Hirschl); *Herren der Verfassung* (Böckenförde). Véanse: Isensee, “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”; Ran Hirschl. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen...”.

158 En palabras de Sánchez, “el derecho constitucional es, prácticamente, el producto del ejercicio del poder judicial de revisión de las leyes”. Sánchez, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, p. 58.

TABLA I	
JUDICIALIZACIÓN	<p>a. De la política: → Relación del poder judicial con los demás poderes; posible “intervención” en las competencias del poder ejecutivo (p. ej.: control jurisdiccional de políticas públicas) y del legislativo (p. ej.: definición y reglamentación de derechos, creación de normas).</p> <p>b. Del derecho: → Tendencia de un derecho cada vez más jurisprudencial –<i>judge made law</i>, en contrapunteo con el derecho legislado (p. ej.: especificación del contenido y extensión del derecho, en especial de los derechos fundamentales, en el caso concreto).</p>
CARACTERÍSTICAS	Desplazamiento de decisiones estratégicas al poder judicial, especialmente a los tribunales constitucionales (decisiones sobre temas polémicos y, en principio, más asociados a la deliberación política –p. ej.: aborto, manipulación genética, uniones homoafectivas, etc.–).
CAUSAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO	<p>a. Derechos fundamentales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Supremacía: → Derechos fundamentales como elementos centrales del orden jurídico (los tribunales constitucionales deben decidir sobre cuestiones que implican la incidencia de estos derechos –p. ej.: incidencia en las relaciones privadas, independientemente de una reglamentación–). - Apertura, carácter principiológico: → Los derechos fundamentales están contenidos en los textos constitucionales en forma de principios y demandan así una concreción y determinación de sus contenidos en casos concretos, que necesitan ser decididos por el poder judicial (p. ej.: extensión e incidencia del principio de igualdad; constitucionalidad de cuotas para negros, protección del mercado de trabajo para mujeres, etc.). - Conflicto entre derechos fundamentales (ponderación): → el acaecimiento de un conflicto entre derechos fundamentales presupone una ponderación ante el caso concreto, que acaba teniendo que ser decidida por el poder judicial (p. ej.: límites a la libertad de expresión frente a derecho a la intimidad y a la privacidad en notas periodísticas; libertad religiosa frente a derecho a la vida en casos de transfusión de sangre, etc.). - Los conflictos entre derechos fundamentales se vuelven aún más frecuentes en un contexto de “dimensión objetiva”, en que se atribuye al Estado un “deber de protección” que, no raramente, pone los intereses colectivos como contrapunto al ejercicio de los derechos y libertades individuales.

CAUSAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO	a. Derechos fundamentales	- Tutela y protección de situaciones no reglamentadas por la legislación: → La incidencia directa de los derechos fundamentales hace que ellos operen y se apliquen también en situaciones no reglamentadas por el legislador (p. ej.: en nombre de la igualdad se recurre a los tribunales para el reconocimiento de las uniones homoafectivas; en nombre de la libertad y de la autonomía de la voluntad se recurre al poder judicial para que autorice la interrupción de la gestación o la desconexión de aparatos de pacientes en estado vegetativo).
	b. Ampliación y alcance de la Constitución	Constitución formal y escrita (analítica): → En nombre de la seguridad jurídica se inserta una gran cantidad de contenidos en los textos de las Constituciones, que pasan a tener estatus de norma constitucional y a funcionar como parámetros para el control de constitucionalidad, que, con eso, tiene sus espacios y materias de actuación ampliados.
	c. Constitucionalización del Derecho	Eficacia de irradiación (<i>Austrahlungswirkung</i>): → La jurisdicción constitucional determina la interpretación del derecho infraconstitucional de manera "conforme a la Constitución" (p. ej.: incidencia de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho civil, especialmente en las reglas sobre matrimonio y en las relaciones familiares; influencia de la noción de "debido proceso legal" en la interpretación y aplicación del derecho procesal).
	d. Factores culturales	Internalización de la figura de la jurisdicción como locus para la solución de conflictos + concientización e información de la población acerca de sus derechos y búsqueda de su garantía. Acceso a la justicia y asistencia jurídica gratuita como herramientas de acceso a la justicia.
	e. Factores operativos y jurídicos	Ampliación de los instrumentos a disposición del ciudadano para protección de sus derechos (una extensa lista de acciones constitucionales, resultante de una preocupación por la efectividad de los derechos fundamentales). Amplia concientización del sistema de control de constitucionalidad: → Fortalecimiento de la noción de control de constitucionalidad y refuerzo de sus instrumentos procesales.
CAUSAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA	Aproximación entre derecho y política: → Cada vez más, las cuestiones "políticas" son decididas por el derecho. - Desconfianza respecto de la política (mayoría) y vinculación de los poderes políticos y representativos a la Constitución (p. ej.: vinculación a los derechos fundamentales; limitación de la esfera de discrecionalidad). - Observaciones: esta relación entre derecho y política siempre ha existido, aunque ahora se manifiesta de forma más intensa.	

TABLA 2	
ACTIVISMO JUDICIAL	Al contrario de lo que ocurre en la “judicialización”, que se identifica por la confluencia de diversas causas y factores externos al poder judicial, el “activismo” está más asociado al <i>modus operandi</i> de los tribunales en su tarea de interpretación y aplicación de la Constitución (carácter interno).
CARACTERÍSTICAS	Intensificación/ampliación de la actuación de la jurisdicción constitucional.
	Expansión de la actuación de los tribunales a ámbitos hasta entonces jamás vistos: → Tarea de salvaguarda y garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales (p. ej.: destinación de recursos públicos; determinación de actuación del legislador y satisfacción de omisiones legislativas; uso de sentencias interpretativas y manipulativas, entre otros).
	Relativización de los límites de actuación y de relación entre los poderes.
CAUSAS	Normatividad de la Constitución: → El reconocimiento de la “fuerza normativa de la Constitución” abre camino a una actuación diferenciada de los tribunales, particularmente de los tribunales constitucionales, en el sentido de su realización.
	Inercia u omisión de los poderes públicos: → Muchas veces, al poder judicial se le demanda decidir acerca de cuestiones que, en principio, serían de competencia del poder legislativo (p. ej.: reglamentación de determinadas materias) o del poder ejecutivo (p. ej.: creación/implementación de determinada política pública).
	Apertura interpretativa: → Proporciona una postura expansiva y activa de los magistrados, que la utilizan para expandir o restringir el texto normativo más allá de su texto literal (p. ej.: sentencias manipulativas) o, incluso, para interpretarlo de manera contraria a la literalidad del texto, con base en el sentido de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales.
FORMAS DE ACTUACIÓN	Aplicación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales, independientemente de una reglamentación por parte del legislador (p. ej.: eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas; aborto).
	Manifestación de inconstitucionalidad en casos no expresamente contrarios a la Constitución.
	Imposición de conductas y abstenciones al poder público: → “Intervención” en las actividades administrativas y en la discrecionalidad administrativa (p. ej.: formulación y ejecución de políticas públicas).

en el desempeño de sus competencias constitucionales, que con los factores históricos externos mencionados que condujeron a la “judicialización”.¹⁵⁹

Así, a pesar de las dificultades operativas y teóricas presentadas en los ejes temáticos anteriores, el “activismo” podría intentar designarse, en forma general, de acuerdo con algunos de los aspectos expuestos en la tabla 2.

Es importante destacar, no obstante, que las características y aspectos señalados en la tabla anterior, a pesar de que traen algunos indicativos de su conformación –reiteradamente presentes en las discusiones sobre el tema–, aún son insuficientes para su conceptualización y dicen poco de los límites de actuación de los tribunales. Dicho de otra forma: por más que pueda ser relativamente exento de polémica aseverar que el activismo se caracteriza por una “intervención” del poder judicial en la esfera de los demás poderes, ello no significa que se hayan establecido bases mínimamente comunes acerca de cuáles sean esos límites y, por lo tanto, cuáles sean los parámetros para que se pueda clasificar determinado fallo como activista o no.

Ante los aspectos analizados, se puede afirmar, en consecuencia, que “judicialización” y “activismo judicial” son fenómenos que se comunican, aunque no se identifican, por más que ambos conduzcan a cuestionar los límites y la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Policy making

Uno de los principales objetivos de la crítica al “activismo judicial” reside en la intervención de los tribunales en la esfera de la deliberación política, al configurarse aquello que la doctrina constitucional ha convenido en llamar *policy making*, conformada marcadamente por una actuación judicial en la esfera de las elecciones políticas,¹⁶⁰ ya sea en aspectos relacionados con la regulación de temas estratégicos para la sociedad¹⁶¹ –tales como el matrimonio civil igualitario mismo, por ejemplo–, ya sea en el ámbito de la conformación de políticas públicas, con repercusiones incluso en la

159 Mônia Clarissa Hennig Leal. “How far should International Courts of Human Rights go? Analysis of the International Courts and constitutional jurisdiction regarding the phenomena of judicialization and judicial activism”. En Pablo Riberi y Konrad Lachmayer (eds.), *Philosophical or political foundation of Constitutional Law?* Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 337.

160 Herman Schwartz. “The Supreme Courte and public policy”. En Robert A. Licht, *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?* Chicago: University of Chicago, 1967, p. 136.

161 Alec Stone Sweet. *Governing with judges: Constitutional politics in Europe*. Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 201.

asignación de los recursos públicos (como ocurre en los casos de determinación de la prestación de medicamentos y tratamientos de alto costo).

Es interesante tener presente, sin embargo, que ese “traspaso” de decisiones al poder judicial puede estar relacionado, más allá del fenómeno de la judicialización y de sus factores intrínsecos, tanto con una estrategia de actuación política de la oposición (que se vale del control de constitucionalidad para procurar revertir determinada derrota verificada en el campo deliberativo), como con una “omisión voluntaria” del legislador, que, al temer contrariar a un sector de sus electores, prefiere no tomar posición con relación a determinados temas polémicos (como el aborto, el matrimonio homoafectivo, entre otros) y los relega a la Corte Constitucional:

El empoderamiento del poder judicial por medio de la constitucionalización ofrece un conveniente refugio para que los políticos eviten o posterguen resultados indeseables. Los conflictos alrededor de asuntos políticos son tratados primeramente como cuestiones legales, más que como demandas políticas, con la consecuente presunción de que las Cortes nacionales, en el lugar de los representantes elegidos, son las que deben resolverlos.¹⁶²

En lo que se refiere a esa interrelación y a la judicialización de la política en el contexto del Estado democrático, a su vez, se pone en las políticas públicas un foco privilegiado de análisis, pues, aunque su naturaleza sea política (instrumento de actuación política basado en elecciones de los poderes representativos), sus fines son claramente jurídicos (realización de derechos fundamentales), alcanzados por medio de una actuación política, una deliberación que presupone una elección entre los diferentes medios posibles para su realización.¹⁶³

Tales aspectos quedan aún más en evidencia, a su vez, en el campo de los derechos sociales, caracterizados por una dimensión positiva que demanda una actuación del Estado en el sentido de su realización. Los

162 “Judicial empowerment through constitutionalization thus offers a convenient refuge for politicians to avoid or delay unwanted political outcomes. Conflicts involving contentious political issues are treated as primarily legal questions rather than political ones, with the concomitant assumption that national high courts, instead of elected representatives, should resolve them”. Ran Hirschl. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 15.

163 Joaquim José Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1997.

derechos que imponen obligaciones positivas se diferencian de aquellos que establecen obligaciones negativas, correspondientes a los derechos de defensa o de abstención (*Abwehrrechte*). Ello porque, cuando algo es prohibido (*Verboten*) —como es el caso característico de estos últimos—, cualquier acción que signifique o implique una violación de este derecho protegido se tiene como prohibida; en contrapartida, cuando algo es impuesto en una dimensión positiva, en el sentido de proteger o promover un derecho, no toda acción en el sentido de protegerlo o promoverlo se tiene como debida, lo que abre espacio entonces para una ponderación entre medios y fines que, en la esfera administrativa, se traduce en el concepto de discrecionalidad.

Un ejemplo ilustrativo de esta cuestión se puede encontrar en Alexy.¹⁶⁴ Según el autor, cuando lo que está en juego es la prohibición de matar, esta prohibición alcanza *prima facie* cualquier forma de muerte, independientemente del medio empleado; y en la hipótesis de que haya un deber en sentido contrario, de salvataje —cuya dimensión es objetiva—, desde luego, no se imponen todos los medios disponibles para ello. Así, si un borracho se está ahogando y es posible rescatarlo con un salvavidas o con un bote, no todas las acciones se vuelven necesarias; por el contrario: se trata más de elegir una u otra. Esto significa que el destinatario de la orden (mandamiento) tiene un espacio de actuación abierto (*Spielraum*)¹⁶⁵ dentro del cual se puede optar cómo se cumplirá este deber de la mejor manera, a partir de un análisis que toma en consideración la adecuación entre los medios y los fines propuestos.¹⁶⁶ Y es exactamente esta, a su vez, la esencia de las po-

164 Robert Alexy. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”. En *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*. T. 29. Berlín: Duncker & Humblot, 1990, p. 62.

165 En su texto sobre derecho constitucional y control de constitucionalidad, Alexy clasifica diferentes tipos de *Spielräume*, dividiéndolos en estructurales (*strukturelle Spielräume*, aquellos que se plantean cuando la Constitución deja espacios de conformación en abierto, que demandan elementos como atribuir sentidos, elegir los medios y sopesar) y epistémicos (*epistemische Spielräume*, relacionados con las situaciones en las cuales la Constitución no es clara en lo que se refiere a qué es debido, prohibido o permitido; se trata, por lo tanto, de una apertura de naturaleza hermenéutica, al revés que la situación anterior, en la que la apertura reside en la propia estructuración de la Constitución). Robert Alexy. “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verund Fachgerichtsbarkeit”. En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL)*. T. 61. Berlín: Walter Gruyter, 2002, p. 15.

166 La referencia a este espacio de deliberación aparece en innumerables casos juzgados por el Tribunal Constitucional alemán, entre ellos el *Cannabis-Urteil*, en que la cuestión involucra las formas de limitación al uso de drogas y sus efectos para con el uso del alcohol y de los

líticas públicas, comprendidas, como ya se refirió, como medios (elecciones políticas) para la realización de fines jurídicos, traducidos en la figura de los derechos fundamentales.

Esta tensión, no obstante, no era tan evidente en un contexto marcado por la noción de programaticidad,¹⁶⁷ representada por la existencia de normas de carácter meramente compromisorio,¹⁶⁸ o sea, tenidas como normas incorporadas formalmente al texto constitucional, pero cuya realización se

cigarrillos. En el caso juzgado se lee la necesidad de adecuación entre los fines y los medios, así como el reconocimiento del que existe la posibilidad de elección por parte del legislador: “Bei der vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderten Beurteilung der Eignung des gewählten Mittels zur Erreichung des erstrebten Zwecks sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann”. BVerfGE 90, 145, p. 519. Para las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht - BVerfGE), véase Jürgen Schwabe (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán Extractos de las sentencias más relevantes*. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

167 Cabe destacar que, en su origen, las “normas programáticas” se concibieron como normas que, a pesar de conformar directivas a ser observadas por el legislador, constituyesen normas jurídicas, de modo que los dispositivos sociales que contuviesen pudiesen ser aplicados por los tribunales en los casos concretos. Entonces, ellas no solo conformarían límites al legislador, sino que también establecerían el sentido en el que la Constitución debía ser comprendida e interpretada. Tal concepción, sin embargo, fue profundamente desvirtuada, de manera que una “norma programática” pasó a ser aquella que no tiene ningún valor concreto: “toda norma incómoda pasó a ser clasificada como programática”, lo que bloqueaba en la práctica la efectividad de la Constitución y contrariaba, a su vez, la intención original de sus difusores. El argumento utilizado para combatir esta percepción fue el de que estas normas consistían en meras directivas, que le indicaban al legislador una dirección futura (e incierta, no inmediata), no configurando, por consiguiente, normas jurídicas, sino meros programas políticos. Bercovici, “A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição”, p. 109.

168 Como relata Pinto, en esta transición había quien quisiese que se atribuyera a la asamblea constituyente no solo la tarea de reconstruir de forma republicana las estructuras fundamentales del Estado, sino también la de deliberar por lo menos acerca de algunas fundamentales reformas de carácter económico y social que representasen el inicio de una transformación de la sociedad en sentido progresivo. Sin embargo, “esta idea no fue acogida; o, para decirlo mejor, fue acogida a medias con el fin de darles a sus apoyadores la ilusión de que no se había negado del todo. Entre el tipo de Constitución breve, meramente organizatoria del aparato de Estado, y el tipo de Constitución larga, esta también ordenadora de la sociedad, la Asamblea Constituyente eligió un tipo de Constitución larga, es decir: que contuviera aún una parte ordenadora que, en vez de efectuar una transformación de las estructuras sociales, se limitara a *prometerlas* a largo plazo, trazándoles el programa para el porvenir”. Luzia Marques da Silva Cabral Pinto. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994, pp. 163-164.

reenvía a un futuro incierto.¹⁶⁹ Ella adquiere, sin embargo, una nueva dimensión en un escenario en el cual se propugna la máxima efectividad¹⁷⁰ de los derechos fundamentales, concebidos como dotados de una dimensión objetiva,¹⁷¹ pudiéndose percibir una especial preocupación por la “fuerza normativa de la Constitución”,¹⁷² aspectos típicos del constitucionalismo de la segunda posguerra, incorporados también en diferentes países de Latinoamérica, en oportunidad del proceso de redemocratización, tras largos años de regímenes dictatoriales.

Paralelamente a ello, junto con la ampliación de los mecanismos e instrumentos de garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella contenidos, se da un proceso de progresiva vinculación de los poderes públicos a su realización, con la consecuente reducción de su esfera de discrecionalidad. Esto porque los textos constitucionales, al disponer sobre sus contenidos esenciales, prevén, cada vez más, requisitos a cumplir (tales

169 Como refiere Bobbio, se trata de un derecho cuyo reconocimiento y efectiva protección se reenvían *sine die* y confiados a la voluntad de sujetos cuyo deber de realizar el “programa” contenido en la norma configura un simple deber moral o, como mucho, político. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Río de Janeiro: Campus, 1992, p. 123.

170 Ingo Wolfgang Sarlet. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. En Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 144.

171 La elaboración de esta concepción aparece por primera vez en el llamado *Lüth-Urteil*, juzgado por el Tribunal Constitucional alemán en enero de 1958, en el cual la controversia involucraba la posibilidad o no de boicotear —en cuanto libre manifestación del derecho fundamental de libertad de expresión— un film considerado antisemita, producido por un cineasta que había colaborado con el régimen hitleriano. El presidente del Club de Prensa de la ciudad de Hamburgo, Erich Lüth, que intentó excluir el film de la rejilla de programación de los cines locales e incitó al referido boicot, fue procesado por los productores de la película por daños y perjuicios. La controversia puso en escena entonces la cuestión de hasta qué punto las leyes civiles deben tomar en consideración los derechos fundamentales. En la argumentación del Tribunal aparece expresamente una referencia al hecho de que el *Grundgesetz* no se constituye como un orden neutro de valores, sino que proporciona principios objetivos para pautar la vida en común (BVerfGE 7, 198, p. 41).

172 Konrad Hesse. *Die normative Kraft der Verfassung*. Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr, 1959. Dentro de este nuevo contexto, al temer dejar la Constitución a merced de la discrecionalidad del legislador, la teoría de la Constitución dirigente termina por entregarle la decisión sobre las cuestiones constitucionales al poder judicial, especialmente porque el punto central y nuclear de este nuevo orden jurídico reside en la concreción de esos derechos y ello hace que el rol de los órganos judiciales de control de constitucionalidad pase a ser fundamental, o sea, que la Constitución pase a depender esencialmente de mecanismos que aseguren las condiciones de posibilidad para la implementación de su texto.

como la observancia de principios como moralidad, eficiencia de la administración pública, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros), con lo que aumentan los espacios de actuación y fiscalización de los tribunales.

En este escenario, la “judicialización de la política” queda, por lo tanto, potenciada no solo en virtud de los parámetros vinculantes establecidos por la Constitución, que reducen la esfera de discrecionalidad de los poderes políticos, sino también en razón de la actuación de los tribunales en cuanto garantes de esos derechos, tenidos como exigibles, lo que deja espacio para críticas en cuanto a una supuesta violación del principio de la separación de poderes y una “invasión” de lo político por lo jurídico. Es decir, se estaría dando una inversión del orden tradicionalmente establecido, en el cual la conformación de medios de realización de esos derechos se da por medio de la deliberación política, y ahora el derecho estaría estableciendo los fines y controlando los medios, reduciendo el espacio (*Spielraum*) de la política y de las esferas representativas, aspecto a veces tachado de “activismo”.

Como ya se ha referido, sin embargo, los límites y parámetros para ese control no son claros, más allá de que se vuelva necesaria una relectura de esos conceptos, teniéndose presentes los elementos históricos y teóricos que llevaron a esos cambios en su conformación. Además, también el significado de la noción de separación de poderes —en cuanto principio— debe ser revisitado, con miras a una adecuación al nuevo modelo constitucional, que presupone una armonización y equilibrio entre la lógica de la representación y la protección de los derechos fundamentales, en cuanto elementos centrales del régimen democrático. Por lo tanto, tampoco aquí es posible establecer criterios claros acerca de lo que se pueda conformar o clasificar como “activismo judicial”.

Conclusión

El término “activismo judicial” está dotado de múltiples sentidos y perspectivas y su uso está cargado muchas veces de connotaciones políticas e ideológicas, siendo, por lo tanto, subjetivo: “el activismo, así como la belleza, está en los ojos de quien la ve”.¹⁷³ En consecuencia, ante la dificultad de establecer parámetros mínimamente universalizables para su conformación

173 “As a result, activism, like beauty, is often in the eye of the beholder”. Suzanna Sherry. “Democracy and the Death of Knowledge”. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 75 (2007): 1053-1069. “El activismo, así como la belleza, está en los ojos de quien lo ve”.

y conceptualización, su carácter es complejo. Además, la comprensión misma de esos parámetros se presenta volátil, pudiendo variar en el tiempo y en el espacio, más allá de estar asociada a cuestiones de fondo y a perspectivas teóricas que influyen directamente en la comprensión de categorías polisémicas, como “separación de poderes”, “democracia”, “interpretación”, etc., directamente conectadas al debate acerca del activismo.

Esa dificultad en la conceptualización no quita, sin embargo, la necesidad y la relevancia de discutir los fallos judiciales y la actuación de los tribunales en el ejercicio de sus capacidades constitucionales, desde una perspectiva comprometida con la democracia y con la protección de los derechos humanos y fundamentales. O sea, la dificultad de que se cree un “rótulo” para las sentencias no implica necesariamente que su contenido y la argumentación utilizada no deban ser críticamente analizados; muy por el contrario, dicha tarea se presenta como esencial, siendo este el norte que pauta el estudio aquí propuesto acerca de la actuación de las cortes constitucionales de diferentes países del continente latinoamericano en el ámbito del “matrimonio civil igualitario”.

Referencias

- Agresto, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984.
- Alexy, Robert. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”. En *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*. T. 29. Berlín: Duncker & Humblot, 1990.
- Alexy, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”. En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL)*. T. 61. Berlín: Walter Gruyter, 2002.
- Balkin, Jack. M. y Sanford Levinson. “Understanding the Constitutional Revolution”. *Virginia Law Review*, núm. 87 (2001): 1045-1109.
- Barak, Aharon. *The judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Barber, Sotorios A. “Judicial review and ‘The Federalist’”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, núm. 3 (1988): 836-887.
- Barnes, Michael. “The Lemon Test and the Establishment Clause: A Proposal for Modification”. *Golden Gate University School of Law Review*,

- vol. 20, núm. 2 (1990). <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol20/iss2/6>
- Barnum, David G. "The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period." *The Journal of Politics*, vol. 47, núm. 1 (1985): 652-666.
- Belknap, Michael. *The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005.
- Bercovici, Gilberto. "A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição". En Cláudio Pereira de Souza Neto *et al.*, *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Río de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.
- Berger, Raoul. *Government by judiciary: The transformation of the fourteenth amendment*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- Beth, Loren P. "The Supreme Court and the Future of *Judicial review*". *Political Science Quarterly*, vol. 76, núm. 1 (1961): 11-23.
- Bickel, Alexander M. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- Black, Charles L., Jr. *The people and the Court*. Nueva York: Macmillan, 1960.
- Blasi, Vincent. *The Burger Court: the counter-revolution that wasn't*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Río de Janeiro: Campus, 1992.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. "Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik". En *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- Bolick, Clint. "A cheer for judicial activism". *Wall Street Journal*, 3 de abril de 2007.
- Bolzan de Moraes, José Luiz. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- Brugger, Winfried. *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus: Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- Canon, Bradley C. "Defining the dimensions of judicial activism". *Judicature*, núm. 66 (1983): 237-247.
- Canotilho, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1997.

- Casper, Jonathan. "The Supreme Court and national policy making". *American Political Science Review*, vol. 70 (1976): 50-63.
- Choper, Jesse. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.
- Robert A. Dahl, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: Chicago University Press, 1956.
- Dahl, Robert A. "Decision-making in a democracy: The Supreme Court as national policy maker". *Journal of Public Law*, vol. 6 (1957): 279-295.
- Deutschland/Bundesverfassungsgericht. *Entscheidungen des Bundes verfassungsgerichts. Studienauswahl*. 2. ed. Dieter Grimm y Paul Kirchhof (eds.) / Michael Eichenberger (coord.). Tübingen: Mohr, 1997.
- Durr, Robert H., Andrew D. Martin y Christina Wolbrecht. "Ideological divergence and public support for the Supreme Court". *American Journal of Political Science*, vol. 44, núm. 4 (2000): 768-776.
- Dworkin, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Egelko, Bob. "Brown v. Board of Education: 50 years later 1954 ruling seen as model of judicial activism". *San Francisco Chronicle*, 17 de mayo de 2004.
- Ely, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial re*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Friedman, Barry. "Dialogue and *judicial review*". *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4 (1993): 577-682.
- Friedman, Barry. "The birth of an academic obsession: The history of the countermajoritarian difficulty, Part Five". *Yale Law Journal*, vol. 112, num. 2 (2002): 153-259.
- Gadamer, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr, 1972.
- Gargarella, Roberto. "Latin American constitutionalism: Social rights and the "Engine Room" of the Constitution". *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, núm. 1 (2014): art. 3.
- Gascón Abellán, Marina. "Los límites de la jurisdicción constitucional". En Francisco Laporta (org.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Gerhardt, Michael J. *et al. Constitutional theory: arguments and perspectives*. Nueva York: Matthew Bender / Lexis Nexis, 1993.

- Gillman, Howard. *The Constitution besieged: The rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*. Durham, NC: Duke University Press, 1993.
- Griffin, Stephen M. *American constitutionalism. From theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- Grimm, Dieter. *Constituição e Política*. Geraldo de Carvalho (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- Häberle, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1982.
- Häberle, Peter. “El legislador de los derechos fundamentales”. En António Lopes Piña *et al.*, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 1991.
- Häberle, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1998.
- Häberle, Peter. *Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)*. In *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1998a.
- Häberle, Peter. “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag (1978)”. En *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. 3 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1998b, pp. 155-181.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurs des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a.M: Suhrkamp, 1998.
- Hamilton, Alexander. “The Federalist 78: A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behaviour”. En James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, *The Federalist Papers*. Isaac Kramnick (ed.). Nueva York: Penguin Books, 1788, 436-441.
- Haro, Ricardo. “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 10 ed. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. 16 ed. Tübingen: Niemeyer, 1986.
- Henkel, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1978.
- Hesse, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr, 1959.
- Hirschl, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

- Horwitz, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. Nueva York: Hill and Wang, 1998.
- Isensee, Joseph y Paul Kirchhof. *Handbuch des Staatsrechts: Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*. Vol. VII. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag, 1992.
- Isensee, Josef. “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?” *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 22 (nov. 1996).
- Kalman, Laura. *The strange career of legal liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- Keck, Thomas M. *The most activist Supreme Court in history*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.
- Kelsen, Hans. “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” *Die Justiz*, cuadernos 11-12, vol. VI (1929): 576-628.
- Kerr, Orin S. “Upholding the law”. *Legal Affairs* (marzo-abril 2003): 31-34.
- Kirchhof, Paul. *Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs*. *Neue Juristen Wochenschrift (NJW)*, cuaderno 23 (1996).
- Klatt, Mattias. “Direitos a prestações positivas: quem deve decidir?” En Robert Alexy et al. (org.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015, pp. 215-266.
- Kmiec, Keenan D. “The origin and current meaning of ‘judicial activism’”. *California Law Review*, vol. 92, núm. 5 (2004): 1441-1478.
- Koch, Hans-Joachim. *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen*. *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, cuadernos 11/12 (junio 1986): 30.
- Kutler, Stanley I. *Judicial Power and Reconstruction Politics*. Chi The University of Chicago Press, 1968.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões acerca dos limites e da legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Río de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente ‘un’ o ‘el’ activismo?” *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2 (2012a): 429-454.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. “La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización x activismo judicial”. En M. M. M. da Costa y M. C. H. Leal (orgs.), *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. T. 12. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012b, pp. 34-57.

- Leal, Mônia Clarissa Hennig. "How far should International Courts of Human Rights go? Analysis of the International Courts and constitutional jurisdiction regarding the phenomena of judicialization and judicial activism". En Pablo Riberi y Konrad Lachmayer (eds.), *Philosophical or political foundation of Constitutional Law?* Baden-Baden: Nomos, 2014.
- Lincoln, Abraham. "First Inaugural Address" [1861]. National Center for Public Policy Research, 3 de noviembre de 2001. <http://www.nationalcenter.org/LincolnFirstInaugural.html>
- Lindquist, Stefanie. *Measuring judicial activism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Marshall, Thomas R. *Public Opinion and the Supreme Court*. Nueva York: Routledge, 1989.
- Marshall, William P. "Conservatives and the seven sins of judicial activism". *University of Colorado Law Review*, vol. 73, núm. 4 (2002): 1217-1256.
- Martos, José A. Montilla. *Minoría política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.
- Miller, Arthur Selwyn. "In defense of judicial activism". En Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (eds.), *Supreme Court activism and restraint*. Lexington: Lexington Books, 1984, pp. 167-200.
- Miller, Mark. "Men in black". *Wall Street Journal*, 24 de abril de 1997.
- Mishler, William y Reginald S. Sheehan. "The Supreme Court as a counter-majoritarian institution? The impact of public opinion on Supreme Court decisions". *The American Political Science Review*, vol. 87, núm. 1 (1993): 87-101.
- Müller, Friedrich. *Normstruktur und Normativität: zum Verhältnis und Wirklichkeit in der Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlín: Duncker & Humblot, 1966.
- Neil, Martha. "Half of U.S. sees 'judicial activism crisis'". American Bar Association, 2005. <http://www.abanet.org/journal/ereport/s30survey.html>
- Nelson, William E. *Marbury v. Madison. The origins and legacy of judicial review*. Kansas: Kansas University Press, 2000.
- Ossenbühl, Fritz. "Probleme und Wege der Verfassungsauslegung". En *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik* (DöV), cuaderno 19 (octubre 1965).

- Peabody, Bruce G. "Legislating from the bench: A definition and a defense". *Lewis and Clark Law Review*, vol. 11 (2007): 185-232.
- Peretti, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Perry, Michael J. *The Constitution in the Courts. Law or Politics?* Nueva York: Oxford University Press, 1994.
- Pinto, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- Posner, Richard A. "Against constitutional theory". *New York University Law Review*, vol. 73 (1998): 1-22.
- Powe, Lucas A., Jr. *The Warren Court and American politics*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- Powers, Stephen P. y Stanley Rothman. *The least dangerous branch? Consequences of judicial activism*. Westport: Praeger, 2002.
- Raymond, John Walter. *Dictionary of politics*. Lawrenceville, NJ: Brunswick, 1992.
- Reagan, Ronald. "Remarks during a White House briefing for United States attorneys". 21 de octubre de 1985. Weekly Compilation of Presidential Documents, 21: 1276.
- Roach, Kent. *The Supreme Court on trial: Judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Robbers, Gerhard. "Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit". *Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS)*, cuaderno 4. München: C.H. Beck, 1990.
- Roosevelt III, Kermit. *The myth of judicial activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- Rosen, Jeffrey. *The most democratic branch. How the courts serve America*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
- Rosenberg, Gerald. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Rosenberg, Gerald. "Judicial Independence and the Reality of Political Power". *The Review of Politics*, vol. 54, núm. 3 (1992): 369-398.
- Ruiz, Juan Cámara. "Judicialización y activismo judicial en España". En Rogério Gesta Leal y Mônia Clarissa Hennig Leal (orgs.), *Ativismo judicial: déficits democráticos*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- Sánchez, José Acosta. “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100 (abril-junio 1998).
- Sarlet, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”. En Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- Schacter, Jane S. “Putting the politics of ‘judicial activism’ in historical perspective”. En *The Supreme Court Review*, vol. 2017 (2018): 209-272.
- Schick, Marvin. “Judicial activism on the Supreme Court”. En *Supreme Court activism and restraint*. Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (eds.). Lexington, MA: Lexington Books, 1984, 37-56.
- Schlesinger, Arthur M. “The Supreme Court: 1947”. *Fortune*, enero de 1947.
- Schlink, Bernhard. “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”. En *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*. T. 28. Berlín: Duncker & Humblot, 1989.
- Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4 ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1996.
- Schwabe, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*. München: Goldmann, 1971.
- Schwartz, Herman. “The Supreme Courte and public policy”. En Robert A. Licht, *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?* Chicago: University of Chicago, 1967.
- Shapiro, Martin y Alec Stone Sweet. *On law, politics and judicialization*. Nueva York: Oxford University Press, 2002.
- Sherry, Suzanna. “Too clever by half: The problem with novelty in constitutional law”. *Northwestern University Law Review*, vol. 95, núm. 3 (2001.): 921-932.
- Sherry, Suzanna. “Democracy and the Death of Knowledge”. *University of Cincinnati Law Review*, vol. 75 (2007): 1053-1069.
- Shesol, Jeff. *Supreme power. Franklin Roosevelt v. The Supreme Court*. Nueva York: W. W. Norton, 2010.
- Smith, Stephen F. “Activism as restraint: Lessons from criminal procedure”. *Texas Law Review*, vol. 80, núm. 5 (2002): 1057-1116.
- Sowell, Thomas. “When rhetoric beats reasoning: The baneful consequences of Brown v. Board of Education”. *Wall Street Journal*, 16 de mayo de 2004.

- Stone Sweet, Alec. *Governing with judges: Constitutional politics in Europe*. Nueva York: Oxford University Press, 2002.
- Sunstein, Cass R. "Tilting the scales rightward". *New York Times*, 26 de abril de 2001.
- Sunstein, Cass R. *Radicals in robes: Why extreme right-wing courts are wrong for America*. Nueva York: Basic Books, 2005.
- Thayer, James Bradley. "The origin and scope of the American doctrine of constitutional law". *Harvard Law Review*, vol. 7 (1893): 129-156.
- Travieso, Juan Antonio. *Historia de los Derechos Humanos y garantías*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Tribe, Lawrence H. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Tushnet, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- Tushnet, Mark. *Weak courts, strong rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Wahl, Rainer. "Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit: Schutz vor verfassungswidriges Recht und Beseitigung von Unsicherheit über den Inhalt des Verfassungsrechts". En Dieter Grimm (ed.), *Einführung in das öffentliche Recht: Verfassung und Verwaltung*. Heidelberg: C.F. Müller, 1985.
- Wallace, J. Clifford. "The jurisprudence of judicial restraint: A return to the moorings". En David M. O'Brien (ed.), *Judges on judging: Views from the bench*. Washington: Congressional Quarterly, 1997, 163-174.
- Wasby, Stephen. *Continuity and change: From the Warren to the Burger court*. Pacific Palisades, CA: Goodyear, 1976.
- Wayne, William. "The two faces of judicial activism". *The Washing Law Review*, vol. 61, núm. 1 (1992): 1-13.
- Wellington, Henry. "Foreword". En Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. India Bobbs-Merrill, 1962.
- Whittington, Keith E. *Political foundations of judicial supremacy*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. Antonio Manoel Botelho Hespanha (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

Wicker, Tom. "Foreword: Reflections of a Court Watcher". En Herman Schwartz (ed.), *The Rehnquist court*. Nueva York: Hill and Wang, 2002, pp. 3-12.

Wilson, James G. "The role of public opinion in constitutional interpretation". *Brigham Young University Law Review* (1993): 1037-1138.

Young, Ernest A. "Judicial activism and conservative politics". *University of Colorado Law Review*, vol. 73, núm. 4 (2002): 1139-1216.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Marina Gascón (trad.). Madrid: Trotta, 1999.

Segunda parte

Introducción

Activismo judicial en América Latina

A pesar de haber surgido en los Estados Unidos de América, las discusiones acerca del activismo judicial han cruzado fronteras y se hacen presentes también en Latinoamérica, siendo posible percibir, asimismo, el acaecimiento del fenómeno del “protagonismo judicial” propio del constitucionalismo occidental en la contemporaneidad, aspecto que tiene una estrecha relación con el proceso de constitucionalización y de redemocratización de varios países del continente –tal como ocurrió, por ejemplo, en Brasil (1988), en Colombia (1991), en Perú (1993)–, en el que se puso de manifiesto la preocupación por asegurar los derechos fundamentales, atribuyéndose, en gran medida, a los tribunales y cortes constitucionales la tarea de la salvaguarda de la Constitución.

En Latinoamérica este “protagonismo” judicial, no obstante, muchas veces viene asociado a una insuficiencia de las vías políticas o a la falla y omisión de los poderes constituidos en el cumplimiento de sus tareas institucionales relativas a la concreción de esos derechos. Esto hace que la vía judicial aparezca como una instancia capaz de garantizarlos, incluso contra “mayorías eventuales”, lo que pone en evidencia, de esta manera, la naturaleza contramayoritaria de la jurisdicción constitucional, tan asociada a las discusiones sobre el activismo judicial. Y aunque sean distintos, muchas veces estos asuntos acaban por confundirse en el ámbito de los debates académicos, y como se procura demostrar en el texto teórico introductorio de esta obra, no se pueden confundir las dificultades y cuestionamientos propios de la noción de control de constitucionalidad y de revisión judicial de las leyes con la figura del “activismo judicial” o con el modo como los jueces y los tribunales y cortes desempeñan dicha función.

Por otro lado, la región está marcada por hiperpresidencialismos, caracterizados por una tendencia a la concentración de poderes y funciones en la figura del jefe del ejecutivo, aspecto que, muchas veces, termina por poner al poder judicial —y especialmente a los tribunales y cortes constitucionales— al frente del desafío de restablecer y de preservar el equilibrio entre los poderes, reforzando, por consiguiente, con otro sesgo, su protagonismo.

Es importante destacar, además, que el debate sobre el activismo judicial en Latinoamérica por lo general fue importado de los Estados Unidos y de Europa, con pocas innovaciones o avances en su conformación teórica o adecuación a la realidad y a las particularidades regionales. También aquí las discusiones se valen de los argumentos y elementos del debate original trabado en los Estados Unidos (como se intenta demostrar en el capítulo teórico introductorio a la obra), no pudiéndose vislumbrar, en principio, ningún país cuya teoría constitucional haya desarrollado alguna reflexión más específica acerca del tema, tendiendo a predominar, asimismo, su uso en términos retóricos como un “rótulo” desprovisto de contenido o de referencias específicas, dificultades conceptuales, esas, que se procura señalar a lo largo del texto inicial.

De cualquier manera, el debate siempre es actual y válido, y, como ya se ha mencionado, esa dificultad de conceptualización no resta fuerza a la necesidad y la relevancia de discutir y analizar críticamente las decisiones judiciales y la actuación de los tribunales y cortes en el ejercicio de sus competencias constitucionales, desde una perspectiva comprometida con la democracia y con la protección de los derechos humanos y fundamentales, con especial atención a la argumentación utilizada, lo que se procura hacer aquí a partir del estudio de la actuación de los tribunales y cortes constitucionales de diferentes países del continente latinoamericano respecto del matrimonio igualitario.

Queda claro, en este aspecto, el “mosaico” que constituye Latinoamérica, pautada por realidades históricas y sociales muy diversas, pluralidad esa que se traduce en las variaciones argumentativas de las decisiones aquí analizadas, pues, a pesar de que las demandas presentadas sean semejantes, las soluciones jurisprudenciales se construyen de forma bastante distinta en cada caso, como se verá. Por lo tanto, aunque la discusión sobre un posible activismo de los tribunales y cortes en Latinoamérica pueda dar margen a controversias, no quedan dudas en cuanto a su protagonismo en ese proceso —ya sea en forma indirecta, como instancias de inclusión de la demanda en la agenda política, o directa, como efectivos garantes del derecho fundamental de igualdad y de no discriminación—, que ha resultado en el reconocimiento del matrimonio civil igualitario en los diferentes países.

Activismo judicial en Argentina y el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo

ARGENTINA

Roberto P. Saba*

Dependiendo del significado que se le asigne a la noción de “activismo judicial”, este es y ha sido tanto defendido como criticado en la teoría jurídica y política. También hay quienes rechazan incluso esta caracterización de los tribunales como activistas, pues creen que lo que los jueces hacen cuando deciden invalidar decisiones tomadas por las mayorías políticas, o cuando las obligan a actuar de cierto modo con el objeto de cumplir con el mandato constitucional, es simplemente parte de su trabajo y no una extralimitación de sus facultades, que es lo que parece indicar ese adjetivo.¹ Los críticos usualmente identifican el activismo con un avance ilegítimo de los jueces sobre la esfera de la política democrática y una usurpación de las atribuciones propias de los poderes que expresan la voluntad del pueblo o de sus representantes. Aquellos que impugnan este avance de los funcionarios judiciales sobre la voluntad popular suelen defender una visión del rol del poder judicial limitado al de estrictos aplicadores de la ley democráticamente decidida. En muchas ocasiones las decisiones de los jueces que son

* Doctor y Maestro en Derecho de la Universidad de Yale, abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. rpsaba@gmail.com

1 Para un mayor desarrollo de este punto, véase Roberto Saba. “La elusiva frontera entre la justicia y la política”. En Roberto Niembro y Sergio Verdugo (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e ICON-S, 2019, pp. 277-370, 287-293. Para una caracterización minuciosa de las perspectivas de autorrestricción y activismo judicial y sus justificaciones teóricas, véase Christian Courtis. “Reyes desnudos. Algunas notas de caracterización de la actividad política de los jueces”. En Claudio E. Martyniuk y Roberto Bergalli (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Buenos Aires: Prometeo, 2004, pp. 305-329.

catalogadas como activistas se fundan en la aplicación de la Constitución a partir de una interpretación de su texto que es diferente de la que se venía realizando, a veces por décadas, y produce un cambio brusco de jurisprudencia. Es por ello que las críticas al activismo judicial lo identifican a veces con una imposición tramposa de las preferencias personales del juzgador disfrazadas con los ropajes de una interpretación constitucional “dinámica” o sobre la base de una visión de la Constitución como un órgano vivo en perpetua transformación, aquello que algunos juristas llaman la “constitución viviente”.² Por su parte, los defensores del activismo generalmente justificarán su postura en la obligación que a su juicio tienen estos funcionarios de “hacer justicia” o de imponer el respeto de los derechos humanos contra la voluntad de las mayorías o de sus representantes en los órganos políticos del gobierno. Finalmente, quienes rechazan de plano la caracterización de “activista” basan su posición en que generalmente aquello que los críticos ven de negativo en algunas sentencias de los jueces que invalidan la voluntad popular –sea por acción o por omisión de esta última– y aquello que los defensores del activismo ven como una intervención heroica de funcionarios justicieros no es más que el cumplimiento correcto de su función de hacer respetar la Constitución y los derechos por esta reconocidos. Admitir el uso del adjetivo “activista” para calificar a esas decisiones, según esta perspectiva, no solo sería un error, sino que además le restaría legitimidad al accionar del poder judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad, pues el término supone un apartamiento de lo que sería el correcto ejercicio de las funciones de los jueces.

El debate en torno al activismo judicial en la teoría jurídica en general y en el caso argentino en particular puede organizarse en torno a dos ejes. Por un lado, el referido a la interpretación constitucional y, por el otro, el relacionado con la teoría democrática y la organización del Estado en torno al principio de división de poderes. En cuanto al primero, los críticos del activismo judicial se recuestan generalmente sobre teorías textualistas, formalistas u originalistas de la Constitución; mientras que sus defensores fundan su visión generalmente, aunque no de forma exclusiva, en la noción de la “Constitución viviente” y la consiguiente lectura del texto constitucional de acuerdo con las demandas y acuerdos sociales del presente. Los primeros acusarán a los segundos de traicionar a los redactores del texto

2 Jack Balkin. “The Roots of the Living Constitution”. *Boston University Law Review*, vol. 92 (2102): 1129. Yale Law School, Public Law Working Paper núm. 249.

constitucional al imponer sus propios ideales de justicia o los expresados por movimientos sociales, sean o no mayoritarios, mientras que los segundos sostendrán que los primeros ocultan su ideología conservadora, liberal o progresista, detrás del ropaje de la adhesión estricta a la voluntad de los que escribieron la Constitución o a la aplicación formalista y supuestamente avalorativa de su texto.³

En suma, el debate sobre el activismo judicial es un debate sobre interpretación constitucional o el método mediante el cual se le asigna un significado al texto de la Constitución. Ahora bien, y aun cuando ambos puedan tener parcialmente razón respecto de algunas decisiones en particular, esa crítica y esa defensa son vistas como equivocadas si, en lugar de concebir la Constitución como un texto que posee un significado relativamente evidente o que, por el contrario, puede expresar prácticamente cualquier significado, se la entiende como una práctica en la que el texto es sumamente relevante, pero no suficiente para determinar el contenido de la Constitución a la que se somete una comunidad política. Si el texto expresa el compromiso de esta comunidad con ciertos valores, y ese texto y esos valores no tienen un significado y alcance evidentes, entonces enfrentamos un problema epistémico que debe ser resuelto. Sería entonces posible pensar que, en este caso, la comunidad en su conjunto, y eso incluye a los tribunales, podría verse inmersa en un proceso de permanente búsqueda del significado correcto que debe asignársele a la Constitución, el cual no es evidente como suponen los formalistas y textualistas, pero tampoco es completamente indeterminado como pueden suponer algunas posturas más radicales asociadas con la tesis de la Constitución viviente. En cambio, si entendemos la Constitución como una práctica social, entonces el proceso interpretativo del texto constitucional supone que las decisiones judiciales, en ciertas ocasiones, deban romper con tradiciones interpretativas equivocadas e impongan la realización u omisión de acciones a los poderes políticos elegidos por el pueblo para lograr el objetivo de hacer posible la aplicación de los valores y principios constitucionales. De este modo, donde los críticos del activismo ven jueces que usurpan el poder del pueblo o que traicionan la voluntad de los redactores de la norma fundamental, y donde los defensores del activismo ven actitudes heroicas de personas iluminadas o de virtuales representantes de la

3 Balkin, "The Roots of the Living Constitution", pp. 337-346.

voluntad popular en el proceso de interpretación del texto constitucional, aquellos que creen que la Constitución es una práctica social compleja verán funcionarios que simplemente hicieron lo que debían hacer en virtud de su compromiso con la preservación de la supremacía de la Constitución frente a la voluntad de las mayorías. En este sentido, no estaríamos ante un accionar “activista” de los jueces, sino ante el legítimo ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

Esto no quiere decir que para los que rechazan la noción misma de activismo judicial no haya decisiones de los tribunales que sean infundadas y que no merezcan ser impugnadas, por constituir una extralimitación o un avance sobre el poder democrático del pueblo o de los poderes públicos que lo representan. Tampoco quiere decir que no haya decisiones judiciales que, lejos de fundarse en la Constitución, sean la manifestación de las preferencias personales de los magistrados y, por lo tanto, inapropiadas desde la perspectiva de sus atribuciones constitucionales. En estos casos, y posiblemente solo ante este tipo de decisiones, los críticos del activismo estarían de acuerdo con los críticos de la utilización de la caracterización de “activista” para referirse a la labor debida de los jueces constitucionales. Por otra parte, es verdad que muchas veces esas decisiones de ruptura con antiguas tradiciones interpretativas, expresadas en precedentes que pueden incluso haber sido muy estables, requieren de un enorme valor por parte de los jueces que asumen el costo de tomarlas. Sin embargo, este acto de heroísmo jurídico, por denominarlo de algún modo, no se justifica en las preferencias personales del decisor judicial, sino en una lectura determinada de las leyes positivas y de la Constitución que ese funcionario considera correcta, a pesar de haber sido ignorada o rechazada por décadas. Esto fue lo que sucedió en el fallo de la Corte Suprema argentina en el que se declaró inconstitucional la prohibición del divorcio impuesta por la ley o la decisión que estuvo a punto de tomar sobre matrimonio entre personas de un mismo sexo, que analizaremos en este trabajo.

Es incluso posible que la decisión interpretativa correcta pueda ser contraria a la postura o preferencia moral del juez que la aplica, pues los valores personales del intérprete judicial no son relevantes para asignarle significado al texto constitucional. En este caso, el crítico de la caracterización de “activista” referida a estas decisiones judiciales estará de acuerdo con el defensor del denominado activismo judicial respecto del valor moral de la decisión tomada, pero no en cuanto a las razones que fundamentan asignarle ese valor. En suma, existen diferentes tipos de decisiones judiciales

que son habitualmente identificadas con la noción de activismo judicial por críticos y defensores de esas intervenciones de los magistrados. Algunas de ellas serán activistas en el sentido negativo que los críticos le asignan al término; otras serán activistas en el sentido positivo que los defensores le atribuyen a esa categoría; y otras, quizá las mismas que son criticadas o defendidas por unos y otros, no sean expresión de activismo alguno, sino de un correcto desempeño de la atribución del juez como intérprete constitucional, según aquellos que critican la categoría misma de activismo judicial.

El otro eje en el que se organiza generalmente el debate en torno al activismo judicial, y el caso argentino tampoco es aquí una excepción, se vincula con la teoría democrática, la organización del gobierno y el principio de división de poderes. Los críticos del denominado activismo judicial, en términos de teoría política, provienen tanto del campo conservador como del campo de la teoría democrática de vertiente más radical. Sorprendentemente, de este modo, la crítica al activismo judicial hermana, en algún sentido, tanto a aquellos que desconfían de las mayorías populares como a aquellos que confían profundamente en ellas. Ambos rechazan las intervenciones de los jueces que deciden contra la voluntad parlamentaria, a los que se refieren, en algunas circunstancias, como jueces activistas. Por supuesto, unos y otros difieren en los fundamentos de los que parten para emitir esos juicios. Ilustremos este punto haciendo referencia a algunos nombres que son ya referentes en la doctrina constitucional comparada en torno al debate sobre activismo judicial, como por ejemplo Antonin Scalia y Mark Tushnet. El primero fue juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1986 y 2016; el segundo es un prestigioso constitucionalista de la Universidad de Harvard. Scalia se convirtió en un abanderado de la lucha contra el activismo judicial, por considerarlo una forma de traición a la voluntad de los constituyentes de los Estados Unidos, expresada en el texto de la Constitución de ese país, que, según el jurista, debía ser leído a la luz de las intenciones originales de aquellos.⁴ Tushnet, por su parte, ha escrito profusamente contra el activismo judicial como una forma de traición a la voluntad popular, entendida como la voluntad de aquellos que conforman en el presente la comunidad política de su país. En su último libro, que lleva el sugerente título cuya traducción al castellano sería

4 Antonin Scalia. "Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws". En Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 3-47.

Recuperando la Constitución. Jueces activistas y la próxima era del derecho estadounidense,⁵ aboga, una vez más, por terminar con la “supremacía judicial” y por devolverles a los órganos políticos del gobierno el poder de decidir cuestiones constitucionales.

Así como afirmé que no era posible comprender el debate sobre activismo judicial sin tomar como punto de referencia el debate teórico sobre interpretación constitucional, también creo que no es posible comprenderlo sin tomar como punto de referencia el debate sobre teoría democrática. Aquellos juristas, jueces o ciudadanos que conciben la democracia partiendo de una profunda confianza en el ideal de autogobierno y que asignan por ello una gran legitimidad al proceso deliberativo que culmina en la toma de decisiones por medio de la regla de mayoría, seguramente tendrán un grado elevado de desconfianza respecto de la intervención de los jueces al ejercer el control de constitucionalidad.⁶ En estos casos, el activismo judicial, considerado como el avance de los tribunales sobre el ámbito de la decisión política democrática, será censurable o, al menos, puesto bajo un severo escrutinio que limitará el control de los magistrados sobre las mayorías en lo referente a cuestiones procedimentales del proceso democrático de toma de decisiones.⁷ Por su parte, aquellos que tengan también una gran confianza en el proceso democrático, pero que consideren que ese proceso puede arrojar resultados injustos o equivocados que produzcan daños inaceptables a quienes no sean parte de la mayoría, seguramente depositarán una gran confianza en el proceso judicial, para poner límites a esas decisiones mayoritarias.⁸

La democracia constitucional, a diferencia de lo que sería una hipotética democracia *a secas*, es un sistema político en el que las mayorías toman decisiones, pero en el que estas decisiones se encuentran limitadas por los acuerdos o contenidos constitucionales. Si se asume que las mayorías no

5 Mark Tushnet. *Taking Back the Constitution. Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven: Yale University Press, 2020.

6 En el debate argentino, sobresalen los trabajos de Carlos Nino y Roberto Gargarella en este sentido. Véanse: Carlos Nino. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; y Roberto Gargarella. *La Justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.

7 El texto de referencia sobre esta postura es el famoso libro de John Hart Ely. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

8 Véase, por ejemplo, Owen Fiss. “Objectivity and Interpretation”. *Stanford Law Review*, vol. 34 (1982): 740.

pueden aplicarse a sí mismas esos límites, pues los tornarían prácticamente inocuos, la función de velar por su respeto debe recaer en funcionarios que no expresan la voluntad popular ni buscan agradarle. Esta es una de las razones por las que se asigna esa facultad a los jueces, quienes generalmente no se encuentran sometidos a elecciones periódicas que podrían condicionar su independencia de criterio y que deciden de acuerdo con un procedimiento que posee reglas muy específicas.⁹

Desde esta perspectiva, el modo de elección, el carácter vitalicio o de largo plazo de sus cargos, el procedimiento sumamente reglado que precede a sus decisiones, entre otros factores, convierte a los jueces en mejores guardianes del límite constitucional, frente a la voluntad de las mayorías, que a las propias mayorías o a los órganos que sean responsables ante ellas. Reitero que esto no implica desconocer que existan decisiones judiciales que pueden traicionar estos ideales; sin embargo, el freno que los jueces imponen a las mayorías democráticas, lejos de contradecir el ideal de autogobierno, confirma los ideales en los que se funda una democracia constitucional. Así, las sentencias que invalidan decisiones de los poderes políticos o que los fuerzan a tomarlas, siempre que estén fundadas en compromisos constitucionales, no deberían ser identificadas ni como activistas en el sentido negativo que los críticos le dan al término ni en el sentido positivo que le dan aquellos que abogan por jueces que deciden con base en su propio sentido de justicia o en el sentido de justicia que defienden las mayorías sociales coyunturales.

Es preciso señalar que hay un punto en el que el debate sobre activismo judicial en torno al eje de la teoría de la interpretación constitucional se cruza con el de la teoría democrática. Autores como Tushnet no abogan por una democracia sin límites constitucionales, pero consideran que la interpretación acerca del contenido de ese límite no debe ser responsabilidad de los jueces, sino del pueblo o de sus representantes. Pero el problema es que, cuando la interpretación del límite a las mayorías es responsabilidad de las propias mayorías limitadas por ese límite, este parece desvanecerse a causa de la teoría interpretativa. Sin embargo, este dato es relevante para señalar que, si media una aspiración de consistencia, las posiciones asumidas en materia de interpretación constitucional, de teoría de la democracia y de activismo judicial deben encontrarse alineadas. Así, posiciones

9 A modo ilustrativo, véase Owen Fiss. "The Forms of Justice". *Harvard Law Review*, vol. 93 (1979): 1.

conservadoras como la de Scalia parten de una profunda desconfianza en las mayorías y en los jueces catalogados de activistas, de una visión robusta del límite constitucional (en el sentido que desde su perspectiva le otorgaran los constituyentes) y de una teoría originalista o formalista del texto que expresa ese límite. Consistentemente, Scalia desconfía de los jueces que, según su visión, aprovechan el enorme poder derivado de su responsabilidad de aplicar la Constitución, para imponer sus preferencias valorativas detrás del disfraz de la interpretación de la Constitución como un “organismo viviente” que muta con el tiempo.¹⁰

Sin embargo, si la Constitución es entendida como un límite a la voluntad popular expresada democráticamente, pero ella no es identificada solo con un texto, sino con una práctica que involucra a la sociedad y a sus instituciones –como el Congreso y el poder judicial–, comprometidos con un profundo proceso deliberativo intergeneracional, entonces no parece haber tensión entre el control judicial de constitucionalidad y el ideal de autogobierno. Por ejemplo, el texto constitucional de Argentina expresa el principio de igualdad ante la ley,¹¹ pero su contenido y alcance no son evidentes. En algunos contextos nacionales, ese principio plasmado en la Constitución ha coexistido con un régimen de esclavitud, con un sistema de segregación racial, con la prohibición del voto para las mujeres o con una regulación del matrimonio, como una institución a la que solo podrían acceder dos personas de sexo diferente. A lo largo de la historia, la sociedad misma, generalmente por medio del activismo cívico de sus movimientos sociales, las iniciativas de los representantes del pueblo en los parlamentos y las decisiones de los jueces al resolver casos concretos, anclando sus posturas en aquel principio, han demostrado que algunas decisiones, incluso aquellas que han sido muy populares o muy antiguas, estaban equivocadas a la luz del mandato constitucional del principio de igualdad. El señalamiento de este error, cuya manifestación ha requerido mucho esfuerzo, trabajo, paciencia, impaciencia y heroísmo, ha logrado cambiar aquellas decisiones “erróneas”. Esos cambios no implicaron una modificación de los principios constitucionales. Por el contrario, han sido la manifestación de su confirmación, a veces, como el producto de decisiones

10 Antonin Scalia. “Originalism: The Lesser Evil”. *Harvard Law Review*, vol. 103 (1989): 43.

11 Artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

parlamentarias y, en otras oportunidades, de decisiones judiciales. Cuando ello sucede, estas últimas no son el producto del llamado activismo de los jueces, sino de un complejo proceso social que culmina en una decisión de estos funcionarios, obligados a fallar en virtud del mandato constitucional de honrar el principio en cuestión.

El control judicial de constitucionalidad en Argentina

En Argentina, los tribunales, y en especial la Corte Suprema, han tomado decisiones que algunos han identificado como activistas, ya sean sus críticos o sus defensores. Esas decisiones, para ser analizadas y comprendidas, deben contextualizarse en el modelo de control de constitucionalidad que opera en el país. Por un lado, de modo similar a lo que sucede en el sistema jurídico estadounidense, modelo e inspiración del diseño del sistema jurídico argentino, la Constitución original de 1853 no estableció expresamente que el control de constitucionalidad fuera ejercido por los jueces.¹² Sin embargo, ese texto constitucional sí expresa, en diferentes cláusulas, la supremacía de la Constitución sobre las leyes sancionadas por el poder legislativo y los decretos emitidos por el poder ejecutivo.¹³

En 1887, tal como sucedió en 1803 con el caso *Marbury v. Madison* en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Sojo*,¹⁴ en el que reproduce largas citas del precedente estadounidense y que da origen al ejercicio del control de constitucionalidad por parte del poder judicial sobre la base de argumentos similares a los esgrimidos por el juez Marshall en el caso del país del norte. La Corte Suprema de Argentina ha dicho en *Sojo* que la Constitución es “el palladium de la libertad” y que, como tal, “no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento, el palladium de la libertad es la Constitución, ésta es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las

12 Solo en la última reforma constitucional, que tuvo lugar en 1994, hay una referencia al control judicial de constitucionalidad y esta surge en el artículo 43, cláusula, pero se refiere exclusivamente al amparo: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

13 Véanse, por ejemplo y entre otros, los artículos 14, 28 y 99.2 de la Constitución argentina.

14 *Fallos*, 32:120.

garantías individuales cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”.

En 1888, el tribunal confirmó estos conceptos en el también famoso caso *Municipalidad de Buenos Aires c. Elortondo*:

... es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y absteniéndose de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.¹⁵

El modelo de control judicial de constitucionalidad creado a partir de la jurisprudencia citada tiene los siguientes elementos centrales: a) es difuso, por lo que cualquier juez de cualquier instancia y jurisdicción puede ejercerlo y así declarar eventualmente la inconstitucionalidad de una norma inferior a la Constitución; b) la intervención judicial para ejercer este control se activa ante un caso concreto, sin poder declararse la inconstitucionalidad de una norma en abstracto; y c) los efectos de la sentencia que declara inconstitucional una norma son solo para las partes del pleito, sin que sea oponible *erga omnes*.¹⁶

Estos elementos asemejan el control judicial de constitucionalidad existente en Argentina con el modelo de los Estados Unidos de América, excepto por una característica relacionada con la pertenencia del sistema jurídico de este país sudamericano a la tradición continental: puesto que no existe el reconocimiento a la regla de precedente o *stare decisis*, de modo que las decisiones de los tribunales superiores, incluso de la Corte Suprema, no generan la obligación de ser seguidas por los tribunales inferiores (regla de precedente vertical), ni tampoco por la propia Corte (regla de precedente horizontal). No obstante, la Corte Suprema ha establecido en

15 *Fallos*, 33:162.

16 Estas características que definen el control judicial de constitucionalidad en Argentina han sufrido alguna variación a partir de la reforma constitucional de 1994 para el caso del denominado “amparo colectivo” establecido en el nuevo artículo 43.

el caso *Cerámicas San Lorenzo*¹⁷ una suerte de regla de precedente vertical “blanda”, en el sentido de que, ha afirmado el tribunal, sus decisiones tienen una suerte de autoridad “moral” por la que los jueces del sistema deberían decidir de acuerdo con sus precedentes, sin que ello implique una obligación vinculante equivalente a la emanada de la regla del precedente de la tradición del *common law*.

Por otra parte, en términos de organización política, Argentina tiene un sistema federal, por lo que al gobierno nacional o federal se le suman 24 jurisdicciones subnacionales (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), cada una de ellas con un sistema de gobierno propio organizado a través de una Constitución local. La Constitución nacional, que establece este régimen federal, también fija su supremacía por sobre las Constituciones provinciales a través de su artículo 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria”. A su vez, cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuentan con sus propios sistemas de control de constitucionalidad, que en general reproducen el sistema aplicado por la justicia federal, aunque con algunas variantes en cada distrito. Sin embargo, a pesar de organizarse el poder con este esquema federal, los llamados “códigos de fondo”, como por ejemplo el Código Civil, son dictados por el Congreso Nacional (o Federal), según lo prevé la Constitución en su artículo 75, inc.

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). *Cerámicas San Lorenzo s/ Prescripción*, decisión del 4 de julio de 1985. Aquí, la mayoría de la Corte afirmó que, “no obstante la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (confrontar doctrina de Fallos: 25:364). De esa doctrina, de la de Fallos: 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confi. causa: ‘Balbuena, César Aníbal s/extorsión’, resuelta el 17 de noviembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante” (cons. 2). En su voto particular, en este mismo caso, el juez Carlos S. Fayt afirmó que “el señor Juez de Primera Instancia [...] de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (doctrina de Fallos: 212:51 y 251 y 304:898 y 1459)”. (cons. 4to del voto del Juez Carlos S. Fayt).

12, y se aplican en todas las jurisdicciones del país. Estas consideraciones son de absoluta relevancia para el estudio del caso de matrimonio entre personas del mismo sexo que analizaré más adelante.

Este modelo de control judicial de constitucionalidad vigente desde fines del siglo XIX, cuya antigüedad diferencia el sistema jurídico argentino de la mayoría de sus pares de América Latina, ha ofrecido el contexto normativo e institucional para el dictado de sentencias que han sido catalogadas como activistas, aunque es preciso señalar que, durante la mayor parte de la historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la regla ha sido la de la deferencia hacia los poderes políticos del Estado y la excepción, la declaración de inconstitucionalidad de las decisiones de estos. Doctrinas tales como la de las cuestiones políticas no justiciables, por ejemplo, han constituido el argumento central que fundamentó esa deferencia radical. Los ejemplos más recurrentes de la aplicación de esta doctrina se relacionan con situaciones de emergencia política o económica, pero no solo ellas. También es particularmente evidente su aplicación en casos en los que entran en conflicto la Constitución nacional y el Código Civil. Quizá por la centralidad que este último posee en regímenes jurídicos pertenecientes a la tradición continental europea, compitiendo con la Constitución por el lugar de norma máxima del sistema jurídico, es muy inusual que los tribunales en general, y la Corte Suprema en particular, declaren inconstitucional una norma del Código Civil,¹⁸ como veremos en el fallo sobre divorcio que analizaré más adelante. Además, no solo son los jueces los que contribuyen a esa deferencia, sino que la ausencia de litigio tendiente a desafiar la constitucionalidad del Código Civil también ha contribuido, por omisión, a que se acentúe el protagonismo de los poderes políticos por sobre el judicial.

Distintos tipos de decisiones judiciales en ejercicio del control de constitucionalidad han sido percibidas, tanto por sus críticos como por aquellos que las defienden, como expresiones del denominado activismo judicial, aun cuando esas sentencias son bastante diferentes entre sí. En primer lugar, es posible mencionar decisiones que, a partir de una cierta interpretación de cláusulas constitucionales, han implicado una ruptura con una tradición interpretativa o con el silencio o pasividad de los tribunales en el pasado respecto de normas infraconstitucionales que se encontraban en

18 Roberto P. Saba. *Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil*. San Juan: SELA, 2008.

conflicto con ella. Son ejemplos de este primer grupo de sentencias aquellas que emitiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptando la objeción de conciencia para eludir la realización del servicio militar obligatorio (caso Portillo¹⁹); las que, con base en el principio de autonomía personal, declararon inconstitucional la aplicación de sanciones penales a la tenencia de estupefacientes para consumo personal (casos Bazterrica²⁰ y Arriola²¹); o la que, justificada en el mismo principio que analizaremos más adelante en este ensayo, declaró inconstitucional la prohibición del divorcio vincular vigente en el Código Civil (caso Sejean²²).

Otro tipo de decisiones de la Corte Suprema entendidas como manifestación de activismo judicial han sido las que agrupan una serie de fallos de comienzos del siglo XXI y que se relacionan con la consideración y resolución de casos de afectaciones estructurales de derechos. En particular, se trata de casos que involucraban el ejercicio de derechos previsionales (caso Badaro²³), de derechos ambientales (caso Mendoza²⁴) o de los derechos de las personas privadas de libertad en situación de hacinamiento carcelario (caso Verbitsky²⁵). En estas causas judiciales, lo novedoso consistió en, por un lado, que la Corte Suprema aceptara involucrarse en una controversia que implicaba de algún modo someter a escrutinio de los jueces políticas públicas decididas e implementadas por los poderes legislativo y ejecutivo (nacional o provincial), y, por el otro, que el tribunal emitiera remedios consistentes en órdenes de hacer a esos órganos políticos del Estado. Además de la Corte Suprema, algunos tribunales inferiores locales, sobre todo en la Ciudad de Buenos Aires, han tomado un número considerable de decisiones en este sentido, especialmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo el derecho a la vivienda, a la educación o a la salud, o de afectaciones estructurales al derecho a ser tratado igual.

19 *Fallos*, 312:496.

20 *Fallos*, 308:1392.

21 *Fallos*, 332:1963.

22 *Fallos*, 308:2268.

23 *Fallos*, 319:3241.

24 Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) (CSJN, 8 de julio de 2008).

25 Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa” (CSJN, 29 de octubre de 2013).

Si bien la Corte Suprema no suele reflexionar o hacer explícita en sus sentencias su postura acerca de la relación entre su rol y el de los poderes políticos y, mucho menos, referirse a su accionar en forma explícita como activista o no activista, hay algunas decisiones en las que ha aludido a los alcances del control judicial de constitucionalidad en conexión con sus propias atribuciones y las de los poderes políticos. En dos fallos emitidos en la segunda década del siglo XXI, la Corte ha realizado afirmaciones que dan pistas sobre su postura respecto de lo que algunos podrían denominar activismo judicial. El primero de estos casos es *Clarín*,²⁶ decidido en 2013, en el que se encontraba en debate la constitucionalidad de una ley que regulaba, entre otras cuestiones, la propiedad de los medios de comunicación.²⁷ Allí la Corte Suprema estableció que el control de constitucionalidad ejercido por los jueces tiene “grados de intensidad” dependiendo de la materia o derecho en cuestión, implicando una consiguiente mayor o menor deferencia hacia los órganos políticos del Estado. Según el tribunal:

... para determinar la intensidad con que debe ejercerse el control, cabe tener presente que, por las razones expresadas, no corresponde presumir la inconstitucionalidad de las normas involucradas. Además, el escrutinio debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, por un lado, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva, por el otro. Cuando lo que está en juego son normas referidas a cuestiones patrimoniales y restringen derechos de esa naturaleza –como ocurre en el caso de autos–, el control debe ser menos intenso, pues cabe reconocer al legislador un mayor margen de discrecionalidad. Estas pautas permiten descartar un estándar intenso de control, por lo cual corresponde que el Tribunal revise el requisito de necesidad de los medios seleccionados por el legislador para el cumplimiento de los fines.²⁸

El otro caso es *Rizzo*,²⁹ también decidido en 2013. Allí se debatía la constitucionalidad de una ley que reformaba la composición del Consejo de la Magistratura, organismo creado por la Constitución para la designación

26 Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa.

27 Ley 26.522.

28 Cons. 38.

29 *Rizzo, Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional* (CSJN, 18 de junio de 2013).

y remoción de jueces del sistema de Justicia Federal, con excepción de la Corte Suprema. El demandante alegaba que esa modificación afectaba la independencia del instituto y, por lo tanto, violaba la Constitución. La Corte, luego de afirmar que era parte de su rol fundamental velar por la supremacía de la Constitución, y de citar como precedente el caso Elortondo que ya comenté, señaló que el:

... reconocimiento de derechos ha sido posible porque nuestra Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo. La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político, pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que, bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraria más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional. [...] La doctrina pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas.

En este fallo, la Corte suscribe implícitamente la idea de que su intervención contra la voluntad de los órganos políticos del Estado no debe considerarse “activista”, sino la aplicación al caso de la voluntad constitucional del pueblo contra un ejercicio indebido de facultades por parte de los órganos respectivos:

Que en este sentido el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces que han recibido del pueblo argentino —a través de los constituyentes— el legítimo mandato democrático de defender la supremacía de la Constitución Federal (artículos 31, 116 y 117), no los coloca por sobre los restantes poderes del Estado. El cumplimiento de esta función no supone en modo alguno la

admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de un caso o contienda entre partes; tampoco permite que el Poder Judicial ingrese en el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado al adoptar las decisiones que les son propias.

Si se analizan los fallos Clarín y Rizzo en forma conjunta, podría inferirse que el tribunal efectuó una distinción respecto del alcance que deben tener sus intervenciones en cuanto a la invalidación de decisiones tomadas por los poderes políticos del Estado. Por un lado, si lo que se encuentra en juego es la aplicación de cláusulas constitucionales referidas a la protección de derechos que considera centrales del ordenamiento o de reglas que aseguren la división de poderes, entonces se encuentra justificada una intervención judicial que, en el lenguaje del caso Clarín, sería de máxima intensidad. Sin embargo, por otro lado, si, como sucede en este último caso, se discute la apropiada regulación de un derecho como el de propiedad o, en términos generales, derechos patrimoniales, entonces el control tendría una intensidad “baja”. Esta doctrina puede ser analizada a la luz del debate sobre activismo judicial, de que lo que la Corte Suprema entiende por control de constitucionalidad de alta intensidad se acerca a la noción que algunos llamarían “activismo judicial”, mientras que este activismo estaría vedado en aquellos casos en los que los jueces observan que se trata de la mera regulación de un derecho que no consideran fundamental, como los derechos patrimoniales, y respecto de cuya regulación son deferentes hacia el poder legislativo.

Finalmente, otra de las pistas relevantes sobre la visión de los jueces respecto del denominado activismo judicial la podemos encontrar en las audiencias públicas del Senado que se realizan desde 2003 como parte del proceso de designación de jueces de la Corte Suprema. En ellas, la persona nominada por el poder ejecutivo debe someterse al interrogatorio de los senadores y, por su intermedio, de las organizaciones y personas de la sociedad civil. En las audiencias respectivas de los últimos dos jueces designados en el tribunal en 2016, Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti, estos plasmaron referencias a la relación entre jueces y política, ambas posiblemente motivadas en el objetivo de dar tranquilidad a los senadores acerca del hecho de que, de ser designados, no estarían optando por jueces que interferirían con la voluntad del Parlamento o del poder ejecutivo.

En el caso de Rosenkrantz, que desde 2018 es el presidente de la Corte, aseguró en la audiencia frente a los senadores que, desde su perspectiva,

“los jueces no deben gobernar”, en referencia al rol del poder judicial frente a las decisiones políticas. Cuando se le preguntó por qué creía que debía recibir la aprobación del Senado, respondió: “mi mejor argumento sobre por qué debo ser designado es que soy claramente consciente de que Argentina no necesita superjueces, ni la exaltación de la individualidad, sino reconstruir una práctica de la ley, del derecho, que nos permita resolver los problemas”, y aseguró que sería “un juez que va a ejercer por arriba de toda actitud, el autocontrol” y que, desde su perspectiva, “al país se debe cambiar con política, y no desde fallos judiciales”.³⁰ Por su parte, en la audiencia del Senado en la que se entrevistó a Rosatti, cuando se lo interrogó sobre el rol que debería tener la Corte Suprema respecto de la revisión de las decisiones políticas del gobierno, respondió que “no deben ser revisadas judicialmente” y que, por el contrario, “deben ser corregidas, no por los jueces, sino en próximas elecciones”.³¹ Ambos, consistentes con estas posturas, y ya como miembros del tribunal, han manifestado esta posición en algunas de sus sentencias.³²

Matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina

Luego de la media sanción de la Cámara de Diputados, el 14 de julio de 2010, el Senado de la Nación de Argentina aprobó la ley que reformaba los dos artículos del Código Civil que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo: el 172 y el 188.³³ El viejo artículo 172 establecía como “indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por *hombre y mujer* ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. El nuevo texto de esta norma expresa que “es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y

30 Véase el video de la audiencia en Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). “Se realizó la Audiencia Pública por el pliego del candidato Rosenkrantz”. Observatorio de Procesos de Selección CSJN, 11 de marzo de 2016. En línea.

31 Véase el video de la audiencia en ACIJ. “Se realizó la Audiencia Pública por el pliego del candidato Horacio Rosatti”. Observatorio de Procesos de Selección CSJN, 4 de marzo de 2016. En línea.

32 Véase Roberto P. Saba. “La Corte Suprema dividida en tres”. *Anfibia*, 3 de diciembre, 2017. En línea.

33 Artículos 172 y 188 del Código Civil en su versión previa a la reforma integral de 2015 (Ley 340 modificado por Ley 23.515).

libre consentimiento expresado personalmente *por ambos contrayentes* ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Por su parte, el antiguo artículo 188 ordenaba que, “en el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por *marido y mujer*, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”. Su nueva versión establece que “en el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en *cónyuges*, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio”. Ya no se establecía que el matrimonio debía ser entre un hombre y una mujer, sino entre “contrayentes” y “cónyuges”.³⁴

Unos pocos días después de la aprobación de la ley, esta fue promulgada por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner y, de este modo, a diferencia de lo sucedido, por ejemplo, en el Estado de Massachusetts en 2003, en Sudáfrica en 2005³⁵ o en Colombia en 2016,³⁶ la decisión tomada por el poder legislativo federal, único facultado por la Constitución Nacional para legislar sobre los “códigos de fondo”, entre los que se encuentra el Código Civil, no fue el producto o consecuencia de una sentencia judicial que estimuló u ordenó la sanción de una norma del Parlamento. El proyecto legislativo que terminó sancionándose surgió de la iniciativa de algunos miembros de ese cuerpo. Sin embargo, no sería correcto sostener que esa decisión política del Congreso nacional estuvo completamente desconectada de la actividad de los tribunales. Por el contrario, a pesar de que la sanción de esa ley fue impulsada por organizaciones de la sociedad civil y propuesta por legisladoras³⁷ que sumaron su voluntad política, existieron

34 Énfasis agregados.

35 Corte Constitucional de Sudáfrica, caso *Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another*, 1 de enero de 2005.

36 Véase en esta obra “Moviendo la Constitución: reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia”, de Mauricio Ariel Albarracín Caballero, pp. 175 a 226.

37 Se destacaron, en este proceso, las diputadas Silvia Augsburguer y Vilma Ibarra, ambas autoras de dos proyectos diferentes que culminaron convirtiéndose en los antecedentes centrales de la ley mencionada.

algunas decisiones judiciales que prepararon el terreno para que esa legislación fuera posible.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con decisiones en las que ha emitido órdenes de hacer a los órganos políticos del Estado: los poderes legislativo y ejecutivo nacionales. Ello como consecuencia del régimen de control judicial de constitucionalidad que está limitado a tomar decisiones que, cuando declaran inconstitucional una norma, tienen solo efectos para el caso concreto. En algunas ocasiones, esas decisiones con alcance limitado han estimulado debates legislativos e influido indirectamente en la sanción de normas generales. En otras oportunidades, también atípicas, el tribunal ha ordenado la sanción de una norma legislativa. Son ejemplos de esto último los casos Río Negro,³⁸ en el que ordenó al gobierno de una provincia regular la asignación de publicidad oficial para no incurrir en censura indirecta, o Verbitzky,³⁹ en el que exhortó a la legislatura de otra provincia a modificar una ley que hacía posible la aplicación inconstitucional de la prisión preventiva que, a su vez, provocaba una situación de hacinamiento carcelario.

Respecto del primer tipo de casos, en los que una decisión de la Corte Suprema activó indirectamente un proceso legislativo, sin que lo haya ordenado, es preciso mencionar el caso *Sejean*,⁴⁰ sentencia que se ha convertido en trascendente y fundamental, por su impacto sobre un número diverso de cuestiones relacionadas con la protección de la autonomía personal.⁴¹ En este pronunciamiento, del año 1986, la Corte declaró inconstitucional las cláusulas del Código Civil que impedían el divorcio. Si bien la sentencia tuvo efectos solo para las partes intervinientes en el pleito, provocó un debate parlamentario que culminó con la reforma legislativa que estableció

38 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo, sentencia del 5 de septiembre de 2007.

39 Allí la Corte estableció en la parte resolutive de la sentencia: “Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”.

40 *Fallos*, 308:2268, sobre la inconstitucionalidad del artículo 64 de la ley 23.930, que establecía la indisolubilidad del vínculo conyugal e impedía que las personas separadas volvieran a casarse.

41 Roberto P. Saba. “*Sejean* y la concepción liberal de la sociedad”. En Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), Natalia de la Torre (coord.), *Máximos precedentes. Derecho de familia*. Buenos Aires: La Ley, 2014, pp. 38-60.

en 1987 la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial y contraer nuevas nupcias en Argentina.⁴² Los argumentos de los jueces en este caso fueron, a su vez, retomados por la primera decisión judicial del país correspondiente a un tribunal de primera instancia de la Ciudad de Buenos Aires que, en 2009, al referirse a los artículos del Código Civil que impedían el matrimonio entre personas de un mismo sexo, los declaró inconstitucionales y ordenó al gobierno local unir en matrimonio a dos varones. Este fallo, emitido por la jueza Gabriela Seijas, lleva el nombre de uno de los demandantes, Freyre.⁴³ Los principales argumentos de Seijas giraban alrededor de la protección constitucional de la autonomía personal de los contrayentes y, para ello, recurrió a la plataforma que le ofrecía la decisión que había tomado la Corte en el caso Sejean. Freyre y Sejean, así, conjuntamente, constituyen sin lugar a duda, dos pilares fundamentales del proceso que culminó con la sanción de la ley que habilitó el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2010. También es preciso señalar que, al momento de sancionarse esta legislación, se encontraban pendientes de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación dos casos que, según trascendió en la prensa, hubieran sido resueltos declarando la inconstitucionalidad de aquellos artículos que impedían el casamiento entre dos personas del mismo sexo, de no haberse sancionado la ley que modificaba los requisitos para contraer matrimonio. Volveré sobre este punto más adelante.

Paradójicamente, la orden que dio la jueza Gabriela Seijas en el caso Freyre, pese a haber sido consentida por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que decidió no apelar, no logró imponerse y el matrimonio no pudo concretarse a causa de la emisión de dos extravagantes decisiones de otros tribunales que fueron activados por organizaciones conservadoras católicas. Estas sentencias emitidas por jueces civiles de la jurisdicción nacional ordenaron al gobierno local no cumplir con la decisión de la jueza en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. La extravagancia de ambas decisiones radica en cuestiones técnicas. Por un lado, los jueces se avocaron a hacer lugar a un reclamo de actores que no fueron

42 Ley 23.515, del 3 de junio de 1987.

43 *Freyre, Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo*. Luego de este caso, decidido por la jueza Gabriela Seijas, se produjeron en poco tiempo otras dos sentencias similares en la Ciudad de Buenos Aires, una de la jueza Elena Libertori (con argumentos diferentes a la decisión de Seijas, pero con la misma resolución) y la del juez Guillermo Scheibler, con argumentos similares a los de Seijas.

parte del litigio impugnado ante tribunales de una jurisdicción extraña. Por otra parte, emitieron órdenes al gobierno local de desobedecer una sentencia firme con efectos de cosa juzgada. Por razones que no quedaron demasiado claras, Mauricio Macri, el jefe de gobierno de la Ciudad de ese momento –equivalente al cargo de alcalde en otros países– y que había consentido la sentencia del caso Freyre, no solo al no apelarla, sino también al hacer declaraciones públicas expresando su apoyo a la realización de ese matrimonio, dio marcha atrás frente a esas otras decisiones que le ordenaban hacer lo contrario, incluso cuando era bastante claro que no estaba jurídicamente obligado.⁴⁴

Sin embargo, a pesar de que el gobierno no cumplió con el mandato de la jueza Seijas, la sentencia del caso Freyre reforzó en amplios sectores de la sociedad la necesidad de discutir la regulación del matrimonio y colocó al Congreso de la Nación, como único órgano constitucionalmente facultado para modificar el Código Civil, en una situación de exposición y compromiso político que, incluso cuando la decisión judicial no ordenó el cambio legislativo –pues, en principio, no podía hacerlo–, podría decirse que tuvo una influencia central en activar el debate ante el Parlamento. Además, el movimiento social de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y personas *queer* (LGBTQ+), que se encontraba detrás de una inteligente y minuciosa estrategia litigiosa que provocó la decisión judicial en Freyre, entre otro casi centenar de casos que se decidirían luego, utilizó el impacto político y mediático provocado por el fallo para presionar a los legisladores nacionales a favor de la sanción de un cambio en el Código Civil que permitiera el matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Esta presión adquirió su clímax cuando la pareja beneficiada por esa sentencia, frente al hecho de que no podía hacerla valer en la Ciudad de Buenos Aires, la esgrimió para lograr la concreción del matrimonio en otra jurisdicción. Una de las personas públicas que habían apoyado la demanda en la Corte Suprema de otra pareja mediante la presentación de un *amicus curiae*, Fabiana Ríos, se había convertido en la gobernadora de la Provincia de Tierra del Fuego, el más austral y joven de los estados del país. Alejandro Freyre y José María di Bello, la pareja que había ganado el caso en la Ciudad de Buenos Aires, pero que no había logrado imponérselo al gobierno de la ciudad por la intervención de los jueces nacionales, se presentaron

44 Para una narración de estos hechos, véase Bruno Bimbi. *Matrimonio igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta, 2010, pp. 199-212.

en el Registro Civil de Ushuaia, capital de la provincia, con su sentencia emitida en la Ciudad de Buenos Aires. Con el apoyo de la gobernadora, que tomó esa decisión judicial como válida, contrajeron matrimonio contra lo dispuesto en el Código Civil y gracias a la declaración de inconstitucionalidad de dos de sus cláusulas, emitida por Seijas en Buenos Aires poco tiempo antes. Aun sin que mediara una reforma legislativa, y gracias a esa decisión judicial tomada en Buenos Aires y aplicada en Tierra del Fuego, este fue el primer matrimonio entre dos personas del mismo sexo en América Latina.⁴⁵

Paralelamente, y como parte de la estrategia de litigio promovida por el movimiento LGBTQ+, fundamentalmente liderada por la Federación LGBT,⁴⁶ habían llegado a la Corte Suprema los casos de dos parejas, una de mujeres (María Rachid y Claudia Castro)⁴⁷ y otra de varones (Alejandro Vannelli y Ernesto Larresse), que también reclamaban que se declararan inconstitucionales aquellas cláusulas del Código Civil que les impedían contraer matrimonio. En el marco del tratamiento del primero de estos casos en la Corte, esta habilitó la presentación de *amicus curiae*, lo cual aportó un escenario propicio para ampliar el debate judicial al resto de la sociedad y la deliberación pública en torno al modo en que debía interpretarse la Constitución nacional, en particular sus artículos 19 (autonomía personal) y 16 (igualdad ante la ley) en relación con la regulación del matrimonio.⁴⁸

En suma, cuando el Congreso de la Nación se dispuso a debatir la reforma legal de los dos artículos mencionados del Código Civil, existían ya varias sentencias judiciales en la Ciudad de Buenos Aires emitidas por juzgados locales que habían declarado inconstitucionales esas cláusulas y habían habilitado matrimonios entre personas de un mismo sexo; además, ya se había concretado el primer matrimonio de esta clase en la Provincia

45 Bimbi, *Matrimonio igualitario*, pp. 242-257.

46 Cinco de las organizaciones más representativas del país constituidas en defensa de los derechos de las personas LGBT (Asociación de Travestis, Transexuales y Transgénero de Argentina; La Fulana; Nexo; Fundación Buenos Aires Sida, y VOX) habían fundado poco tiempo antes la Federación.

47 Rachid, María de la Cruz y otro c/registro nacional de estado y capacidad de las personas s/medidas precautorias.

48 Resulta ilustrativo de este debate jurídico, en el *amicus* presentado por académicos se plantea esta lectura del texto constitucional. Véase Seminarios Diversidad. "Amicus Curiae de Roberto Gargarella, Roberto Saba y otros sobre matrimonio LGBT en el caso Rachid-Castro-sín". 17 de noviembre de 2009. En línea.

de Tierra del Fuego, fruto de una de esas sentencias; y finalmente, dos casos se encontraban pendientes de resolución ante la Corte Suprema de Justicia que, según trascendidos periodísticos atribuidos a varios de sus jueces, se encontraba casi lista para ser emitida declarando la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil a la espera del desarrollo de los acontecimientos en el Congreso de la Nación.⁴⁹ Según versiones publicadas en los medios de comunicación de la época, si el Congreso fracasaba en producir la reforma legislativa que habilitara el matrimonio entre personas del mismo sexo, una mayoría de jueces en la Corte Suprema ya se encontraba presta a declarar inconstitucionales aquellas dos cláusulas y habilitar el matrimonio en los casos de las dos parejas cuyos expedientes habían llegado a sus estrados.

Luego de un amplio debate, sobre todo en la Cámara de Diputados, en el que se realizaron audiencias públicas donde testificaron expertos y organizaciones de la sociedad civil, la ley fue finalmente sancionada el 14 de julio de 2010. Pocos días más tarde, el 24 de agosto, la Corte Suprema sostuvo, en ambos casos, que la cuestión había devenido abstracta a raíz de la sanción legislativa, por lo que ya no le correspondía decidir en esas causas. Si bien los casos Sejean, Freyre y los dos fallos no emitidos de la Corte Suprema no han provocado en forma directa la sanción de la ley que hizo posible el matrimonio entre personas del mismo sexo en Argentina, es indudable que esas intervenciones judiciales han tenido un impacto fundamental en el proceso que condujo a la decisión del Congreso. En consecuencia, resulta sumamente importante analizar los casos Sejean y Freyre, cuyos argumentos fueron equivalentes a los que luego fueron articulados en el Congreso, tanto por los legisladores que impulsaron y apoyaron la ley como por aquellas personas que testificaron en las audiencias públicas mencionadas.⁵⁰

El caso Sejean y la legalización del divorcio en Argentina

En 1983, Argentina puso fin al ciclo más oscuro de su historia, signado por una sangrienta y despiadada dictadura militar que se había iniciado luego del golpe de estado del 24 de marzo de 1976. El primer presidente de esta nueva etapa democrática, Raúl Alfonsín, impulsó el recambio total de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y designó, de acuerdo con las reglas de la Constitución de 1853, a los cinco nuevos jueces que formarían

49 Bimbi, *Matrimonio igualitario*, pp. 263-264.

50 A modo de ejemplo, véase Roberto P. Saba. “Matrimonio: Presentación de Roberto Saba en el Debate en la Cámara de Diputados”. Blog, 28 de noviembre de 2009. En línea.

parte de ella. Este proceso de designación requiere que el jefe del poder ejecutivo proponga a los nominados al Senado de la Nación y que este cuerpo apruebe sus pliegos por los votos de las dos terceras partes de sus miembros. En aquel momento, sus cargos eran vitalicios.⁵¹ Esa nueva corte, sobre todo en aquellos años de la década de 1980, fue responsable de un conjunto de decisiones que deben ser leídas como parte de aquel contexto histórico de refundación democrática. En aquellos años de efervescencia democrática posdictadura, los integrantes del tribunal eran conscientes de que sus sentencias no solo resolvían casos individuales, sino que muchas de ellas constituían aportes sustanciales a la reconstrucción de la democracia liberal recién recuperada. En este sentido, en una de esas sentencias, en el caso Bazterrica, el juez Enrique Petracchi, quien mejor expresaba aquella intención, sostuvo:

... nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta *reconstruir el orden jurídico con el objeto de establecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos*, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.⁵²

Petracchi expresaba el sentimiento de la corte y la autopercepción de ese órgano respecto del rol, que a su juicio debía jugar como institución en la reconstrucción de una democracia liberal, desplazando el predominio de ideas conservadoras en el orden de la interpretación constitucional, particularmente en lo que se refería a la separación entre la iglesia católica y el Estado. Petracchi manifestaba ser consciente de la necesidad de que todos los órganos del Estado, y en particular la Corte Suprema mediante su capacidad de asignar significado a la norma suprema de la Nación, contribuyeran al rearmado de un entramado de principios liberales presentes en el texto constitucional de 1853.

En este marco, la lectura que ofrece Petracchi del artículo 19 de la Constitución Nacional y su aplicación particular al caso Sejean no es solo una propuesta de solución a un conflicto jurídico individual, sino que es el

51 A partir de la reforma constitucional de 1994 se establecería el límite de 75 años de edad para desempeñar el cargo.

52 Caso Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes, Fallos 308:1392 (1986). Cons. 6, del voto de Petracchi. Énfasis agregado.

vehículo para la refundación de una concepción liberal de la sociedad que tiene por centro al principio de autonomía y que lo erige como muro protector frente a imposiciones perfeccionistas de una parte importante de la sociedad canalizadas a través de decisiones de los órganos mayoritarios. Es por ello que más adelante sostendrá que la Constitución se levanta como un límite normativo a la voluntad política y democrática de la mayoría. En sus propias palabras: “la primera parte de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individual y en grupo, contra las decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.⁵³ De este modo, Petracchi pone de manifiesto su concepción acerca de la Constitución como límite a la voluntad mayoritaria que, incluso cuando sea expresión de la voluntad democrática del pueblo, no puede derrotar lo impuesto por la voluntad constitucional de ese mismo pueblo.⁵⁴

El Código Civil, de cuyo proyecto fue autor Dalmasio Vélez Sársfield, estableció en 1865 que el matrimonio entre dos personas católicas debía celebrarse según los cánones de la iglesia a la que pertenecieran los contrayentes. Los matrimonios entre personas no católicas se realizarían de acuerdo con las leyes y ritos de la iglesia a la que ellos pertenecieran. Según aquel código, los matrimonios entre una persona católica y una cristiana no católica requerían de una autorización previa de la iglesia católica y la posterior celebración según los ritos de ambos cultos.⁵⁵ De este modo, el redactor del proyecto de Código Civil argentino estableció un régimen contrario al matrimonio civil y se apartó del modelo implementado por el Código Civil francés de su época, al cual Vélez Sársfield consideraba un caso excepcional, pues de todas las naciones de Europa y de América, sostuvo en su nota al artículo 167 del proyecto, solo Bélgica, el Ducado de Baden y Cerdeña lo habían seguido. En esa misma nota el jurista aclaraba que “las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país”. Agregó que “la ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual

53 Cons. 7, del voto de Petracchi.

54 Saba, “*Sejean* y la concepción liberal de la sociedad”.

55 María Cristina Inés Díez. “La génesis del matrimonio civil”. *Prudentia Juris*, núm. 70 (2011): 122-123.

de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas”.

El Código Civil entró en vigencia el 1 de enero de 1871. En él no se anticipó una situación no prevista por Vélez Sársfield: la del matrimonio entre personas que no profesaran religión alguna, omisión que, según algunos autores, fue la causa que motivó que sectores liberales laicistas impulsaran la Ley de Matrimonio Civil a fines del siglo XIX.⁵⁶ En septiembre de 1887, el presidente Juárez Celman envió el proyecto de esa ley al Senado. Luego de que este cuerpo le diera media sanción, la Cámara de Diputados lo trató en agosto de 1888, y la ley fue sancionada el 2 de noviembre de ese año con el número 2.393. La norma fue resistida por la iglesia católica, que la consideraba —y aún hoy la considera, no sin razón— “un paso más en la secularización” del Estado argentino.⁵⁷ Se consideró a esa ley, en aquel contexto histórico, como un apartamiento de las tradiciones católicas a las que se refería Vélez Sársfield. La reforma legal fue defendida por los sectores liberales laicistas y denostada por los católicos y la jerarquía eclesiástica. Paradójicamente, esta ley, de avanzada para finales del siglo XIX en Argentina, independizaba a la institución matrimonial de la jurisdicción de la iglesia católica para colocarla bajo la égida del Estado laico, pero conservaba un elemento que sería el centro del debate en el caso Sejean que la Corte Suprema decidiría a finales del siglo XX: la prohibición de contraer nuevas nupcias luego de disuelto el vínculo matrimonial, es decir, impedía el divorcio vincular.⁵⁸

En el caso Sejean, que llegaría a la Corte Suprema 98 años después de la sanción de la Ley de Matrimonio 2.393, se planteó el debate en torno a la constitucionalidad de esa prohibición. Esta causa judicial se

56 Diez, “La génesis del matrimonio civil”, p. 123.

57 Diez, “La génesis del matrimonio civil”, p. 134.

58 Es preciso señalar que lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley de Matrimonio en este sentido fue modificado por el artículo 31 de la ley 14.394, según la cual el Congreso Nacional estableció que los cónyuges que hubieran logrado el divorcio podrían recuperar la aptitud nupcial, pero el decreto-ley de un gobierno *de facto*, el No. 4070/56, suspendió la aplicación de la Ley 14.394, ordenando paralizar los trámites iniciados y que no se hiciera lugar a las nuevas peticiones solicitando la recuperación de la aptitud nupcial por parte de aquellas personas que hubieran logrado el divorcio vincular. En 1958, el Congreso Nacional, por medio de la Ley 14.467, indicó que los decretos-ley emitidos por el gobierno no democrático, incluyendo el 4.070/56, permanecerían como normas vigentes en tanto no fueran derogados, sobre la base del argumento que sostenía que así lo exigía la seguridad jurídica, cosa que no sucedió con el Decreto 4.070/56.

originó en un planteo de inconstitucionalidad de la cláusula de la Ley de Matrimonio que impedía la opción de contraer nuevas nupcias luego de logrado el divorcio. El Sr. Sejean había obtenido su divorcio por medio de la aplicación del artículo 67 bis de la Ley de Matrimonio, pero se le impedía contraer nuevas nupcias, por la aplicación del artículo 64 de la versión original de la Ley 2.393, de 1888. El juez de primera instancia no hizo lugar a la demanda y la Cámara de Apelaciones confirmó esa decisión. Los argumentos esgrimidos por estas dos instancias inferiores giraban en torno al argumento de que el derecho a casarse de acuerdo con las leyes, previsto en el artículo 20 de la Constitución Nacional, podía ser regulado por el poder legislativo de modo de no permitir un segundo matrimonio luego de disolverse el vínculo del primero, pues, agregaban, no existe un derecho constitucional a divorciarse, ni siquiera entre los derechos implícitos del artículo 33 de la Constitución. Frente a la decisión adversa de la Cámara, el Sr. Sejean interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuestionando de manera directa la constitucionalidad del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil.

La Corte Suprema de Justicia emitió su fallo el 27 de noviembre de 1986. Los tres jueces que conformaron la mayoría en esta decisión dieron sus propios argumentos por separado. Entre ellos, los ministros Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué elaboraron un contundente argumento a favor de la protección constitucional de la autonomía personal, el cual tendría un impacto enorme sobre muchas otras cuestiones relacionadas con diferentes ámbitos de la vida de los argentinos y muy especialmente del derecho regulatorio de la familia en general y el matrimonio entre personas de un mismo sexo en particular. También hay sustanciosas referencias al control de constitucionalidad que podrían iluminar el debate sobre el denominado activismo judicial que analizamos en este ensayo.

La sentencia de la Corte se refiere especialmente a la relación que existe entre la prohibición de la interferencia estatal de aquellas decisiones que toma una persona relativas a lo que el máximo tribunal denomina “realización personal” y la protección de las acciones privadas a la que se refiere el artículo 19 de la Constitución Nacional.⁵⁹ La Corte Suprema sostiene que el matrimonio es una institución jurídica que supone el reconocimiento de necesidades humanas esenciales, tales como la de satisfacer la sexualidad

de la pareja o la de constituir una familia, sin importar qué tipo de familia, y cita como fundamento de sus argumentos los artículos 14 bis y 20 de la Constitución Nacional.⁶⁰ La Corte se detiene especialmente en la afectación de la igualdad ante la ley, prevista en el artículo 16 de la norma suprema, que, según el tribunal, implicaría la prohibición de contraer nuevas nupcias. Los jueces que suscriben la opinión común de la mayoría afirman que, tras la concreción del divorcio, el accionante solicitó el reconocimiento de su derecho a contraer un nuevo matrimonio, cuya negativa por parte del Estado lo colocó, al formar una nueva familia, en situación de vivir en la ilegalidad y de trasladar esa condición desigual a su descendencia, ya que los hijos de este tipo de parejas no contarían, en aquel momento, con los mismos derechos de los de un matrimonio reconocido por la ley.⁶¹

El juez Petracchi recorre en su voto diferentes aristas del problema jurídico bajo su examen, en particular, la protección constitucional de la autonomía personal. El magistrado inicia su argumento hilvanando la interpretación constitucional que ofrecerá del artículo 19 de la Constitución Nacional con dos decisiones anteriores de la Corte Suprema: los casos *Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida, S.A.*⁶² y *Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes, ambas*, según Petracchi, referidas a la protección de la libertad individual frente a “toda imposición arbitraria o restricción sin sentido”, citando el artículo 28 de la Constitución Nacional, en cuanto impide al legislador “obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener”.⁶³ El artículo 28 es una norma general que establece los límites del poder legislativo al regular el ejercicio de un derecho, facultad que este órgano recibe del mandato del artículo 14.

Petracchi considera en su voto particular que la imposición de esa voluntad mayoritaria respecto de la prohibición de contraer segundas nupcias

60 Cons. 9. El artículo 14 bis, introducido en la Constitución en 1957, indica que la ley establecerá “la protección integral de la familia”. Por su parte, es interesante resaltar que el artículo 20 no se refiere directamente al derecho al matrimonio de los ciudadanos argentinos, sino que ese derecho se desprende del reconocimiento que la cláusula hace del derecho al matrimonio, así como de “todos los derechos civiles del ciudadano” a los extranjeros que se encuentren en el territorio de la nación. Textualmente, la norma establece que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano [...] [como] testar y casarse conforme a las leyes”.

61 Cons. 10, 13 y 14.

62 *Fallos*: 306:1892 (1984).

63 Cons. 6 del voto de Petracchi, que cita aquí *Fallos*: 117:432, p. 436.

atenta contra la libertad de conciencia. En ese sentido, sostiene que “la regulación puramente civil del matrimonio tiene [...] una clara relación con la libertad de conciencia”⁶⁴ y agrega que “la actual doctrina de este Tribunal [...] implica aceptar el resguardo de la autonomía de la conciencia y la libertad individuales como fundantes de la democracia constitucional [...]. Se trata del reconocimiento para todos los habitantes de la Nación de la libertad religiosa, la que conlleva la facultad de no profesar religión alguna”.⁶⁵ Petracchi también hace referencia a la relación que considera que existe entre la protección de la autonomía personal del artículo 19 y la referida protección de la libertad de conciencia. El reconocimiento del derecho a actuar de acuerdo con los mandatos de la conciencia, amparado en la protección de las acciones privadas que no afecten a terceros del artículo 19, es esgrimido como un argumento a favor de la separación entre iglesia y Estado y, en ese sentido, Petracchi sostiene que

... la libertad de conciencia es incompatible [...] con la confesionalidad del Estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/60 no importa, como observara Avellaneda en la declaración antes citada, que aquélla sea establecida como religión de Estado.⁶⁶

Luego, afirma que

... siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución Nacional a favor del culto católico apostólico romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio.⁶⁷

Petracchi entiende, así, que el artículo 20 de la Constitución establece que nadie puede ser obligado a someterse al “régimen de condiciones y formas matrimoniales” emanadas de una religión específica y culmina afirmando que “la consecuencia inevitable de esta concepción estriba en la imposibilidad de imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio

64 Cons. 8, del voto de Petracchi.

65 Cons. 9, del voto de Petracchi.

66 Cons. 9, del voto de Petracchi.

67 Cons. 9, del voto de Petracchi.

cuyo sustento sea una fe determinada”,⁶⁸ en concordancia con lo sostenido por el presidente Miguel Juárez Celman en el mensaje al Congreso cuando envió el proyecto de lo que sería la Ley de Matrimonio No. 2.393. En aquella oportunidad, el mandatario señaló que las normas que reglamenten el matrimonio deben inspirarse en el mismo espíritu liberal de la Constitución. Es paradójico, y así también lo reconoce Petracchi, que esa Ley 2.393 incluyera el artículo 64 que motivaba el planteo constitucional de Sejean, pues esa cláusula, sostiene el magistrado, solo puede entenderse como expresión de la concepción del matrimonio que posee la creencia católica. Así, Petracchi escribe que “la Ley de Matrimonio Civil seculariza el matrimonio en cuanto a su celebración y jurisdicción, pero mantiene los cánones de una religión particular en lo relativo a su disolución”,⁶⁹ lo cual le resulta imposible de justificar debido al mandato de protección de la autonomía que encuentra en el artículo 19 de la Carta Magna. De modo consistente, el magistrado esgrime también el argumento de la protección de la libertad religiosa, que la Corte entenderá que se encuentra explícitamente estipulada en la Constitución Nacional en su artículo 14. Por ende, Petracchi afirma que la imposición de la prohibición del divorcio vincular y la consiguiente posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, por corresponderse con una creencia específica, el Canon 1141,⁷⁰ viola la libertad religiosa amparada por el artículo 14.⁷¹

Sin embargo, y en lo que constituye un argumento suplementario que robustecería su posición, luego de esta cerrada argumentación contra la prohibición del divorcio vincular debido a su raíz religiosa incompatible con la no confesionalidad del Estado y con la protección de la autonomía personal y de la libertad religiosa, Petracchi propone un ejercicio: la asunción de la hipótesis consistente en suponer que la prohibición de contraer nuevas nupcias luego de lograrse el divorcio no fuera la consecuencia de la imposición del Canon 1141, sino la decisión religiosamente neutra tomada por la mayoría del pueblo a través de sus representantes. El juez sugiere, entonces, que nos preguntemos qué opinaríamos si la indisolubilidad del matrimonio no se correspondiera con una creencia religiosa particular y,

68 Cons. 9, del voto de Petracchi.

69 Cons. 9, del voto de Petracchi.

70 Canon 1141: “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte”.

71 Cons. 9 y 10, del voto de Petracchi.

entonces, que nos interroguemos acerca de qué opinaríamos si solo se tratara de una “coincidencia” en la que el hecho de que aquello que la ley exige sea equivalente a lo que ordena el dogma de una fe determinada, pero que no fuera la expresión de una creencia religiosa específica. ¿Sería, en este caso, inconstitucional de todas maneras la prohibición del artículo 64 de la Ley de Matrimonio?⁷² En este punto el precedente del caso *Bazterrica* es traído por Petracchi como argumento fundamental para atacar la constitucionalidad de la norma que prohíbe el divorcio vincular.⁷³ El magistrado indica que en aquella decisión se caracterizan los derechos a la privacidad y la libertad de conciencia como aquellos que aseguran que todo habitante goza del

... derecho de ser dejado a solas por el Estado –no la religión, la moral o la filosofía– para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formulación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva.⁷⁴

Luego de citar cruciales fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el mismo sentido, como *Zablocki v. Redhail*⁷⁵ y *Bowers v. Hardwick*,⁷⁶ concluye que es doctrina de la Corte Suprema argentina que “la Constitución Nacional consagra un sistema de libertad personal que gira sobre el eje de su artículo 19 que, por tanto, va más allá de la garantía de la mera privacidad”.⁷⁷ Petracchi, y luego también de Bacqué en el mismo caso *Sejean*, apuntó a ampliar la protección del artículo 19 más allá de las limitadas fronteras de la privacidad, para llevarla a los más amplios y fundamentales territorios de la protección de la autonomía personal. Lo que Petracchi sostiene es que la protección de las “acciones privadas” de las personas a las que se refiere el artículo mencionado no se vincula con el ámbito privado en el que se realizan, que sería lo que se insinúa con la lectura que identifica allí la protección de la privacidad, sino que esa protección

72 Cons. 12, del voto de Petracchi.

73 Cons. 14, del voto de Petracchi.

74 Cons. 14, del voto de Petracchi.

75 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

76 *Bowers v. Hardwick*, 85-140, 30 de junio de 1986.

77 Cons. 15, del voto de Petracchi.

se refiere en verdad a la implementación del principio fundamental de autonomía personal y, por lo tanto, convierte el artículo 19 en una poderosa muralla contra cualquier interferencia estatal perfeccionista. De ese modo, y ya sobre el final de su voto, Petracchi concluye que

... nuestra Constitución acuerda a todos la libertad de conciencia y de elección para elaborar su propio proyecto de vida con la sola restricción de no afectar la moral pública o iguales derechos de los demás. Los márgenes del asentimiento colectivo pueden así justificar –por ejemplo– que el legislador exija la monogamia, pero no prohibir un nuevo matrimonio como solución al fracaso anterior.⁷⁸

El ministro Bacqué, en su voto se detuvo en un aspecto central de la interpretación del artículo 19, particularmente en lo que se refiere a las implicancias que la aplicación de esa cláusula tendría sobre el tratamiento de la cuestión del modelo de familia y, en especial, de la prohibición del divorcio vincular. De este modo, el juez presta especial atención a la mención que en ese artículo se hace de la denominada “moral pública” como límite al ejercicio de la autonomía personal. Para esclarecer el significado de los términos “moral pública”, el magistrado vuelve a recurrir a la jurisprudencia de Bazterrica y sostiene que, siguiendo lo allí expuesto,

... las limitaciones establecidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional imponen a la actividad legislativa un límite consistente en que ella no puede exceder “el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros”.

Bacqué argumenta que en Bazterrica se precisó el significado de “moral pública” mediante la distinción entre “la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva, en la que aparecen custodiados bienes de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 de la Constitución Nacional”.⁷⁹ Aquí Bacqué, en forma consistente con lo expresado por

78 Cons. 22, del voto de Petracchi.

79 Cons. 6, del voto de Bacqué.

Petracchi, diferencia entre la protección de la privacidad –entendida como ámbito de lo privado– y la protección de la autonomía, argumentando que el artículo 19

... impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta, no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino como la de aquéllas que no ofendan al orden y a la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros.⁸⁰

Esta interpretación de lo que significa “moral pública” es fundamental para completar la lectura del artículo 19 como pieza fundamental de la arquitectura constitucional de una concepción liberal de la sociedad con profundas implicancias para el derecho de familia. Otra posible interpretación de esas palabras podría considerarlas equivalentes a la noción de *moral social* como equivalente de moral mayoritaria, pero Bacqué percibe correctamente que, si identificamos moral pública con moral social, y si consideramos que esta moral social o mayoritaria opera como límite a la autonomía personal, entonces ese límite estaría dado por la creencia y los ideales de vida de la mayoría, de modo que la autonomía personal estaría limitada por la imposición de ideales de vida que otros adoptan. Esta noción de moral pública como moral social sería entonces incompatible con la noción misma de autonomía, pues su rechazo del perfeccionismo repele toda posibilidad de que la mayoría imponga al resto de las personas su ideal de plan de vida. En cambio, para evitar esta contradicción, la noción de moral pública como límite a la autonomía debe ser entendida de modo que sea compatible con la libre elección de ideales de vida por parte del agente, y ello solo es posible si la noción de moral pública se identifica con la moral intersubjetiva, es decir –según sostiene Bacqué, siguiendo al jurista Carlos S. Nino–, con las “normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros”.⁸¹ Esta noción de moral pública hace del artículo una interpretación completamente armónica, pues la noción de *moral pública* se identifica con la noción de *protección de terceros* y ambas constituyen un límite perfectamente justificado a la autonomía personal cuando las acciones privadas, con miras a concretar el plan de vida del agente, utilizan la autonomía de

80 Cons. 6, del voto de Bacqué.

81 Carlos S. Nino. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989, cap. 5.

otra persona como medio para lograr los fines propios del individuo autónomo. En suma, Petracchi y Bacqué proveen de una teoría de la autonomía personal resistente a interferencias estatales perfeccionistas y concibe al artículo 19 de la Constitución Nacional como la expresión de esa autonomía.

Apenas ocho meses después de emitida la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Sejean*, el Congreso de la Nación sancionó la ley que modificó el Código Civil y habilitó el divorcio vincular con el consiguiente derecho a contraer nuevas nupcias. El caso judicial y los argumentos vertidos por los tres jueces que conformaron la mayoría de la Corte: Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Jorge A. Bacqué, fueron sin duda el disparador para que el Congreso sancionara la reforma que legalizaba el divorcio en Argentina. Años más tarde, cuando se discutió una propuesta de modificación integral del Código Civil entre 2011 y 2015, esta noción de autonomía se convirtió en uno de los ejes centrales que inspiraron el cambio de normativa de modo de hacerla compatible con el mandato constitucional.

La decisión de la Corte Suprema en *Sejean* va más allá de la cuestión del divorcio vincular y sienta las bases de un derecho civil y, más particularmente, de un derecho de familia de carácter liberal. De hecho, la doctrina de *Sejean* impactaría años después en la discusión judicial y parlamentaria en torno al requisito legal impuesto por la Ley de Matrimonio consistente en que los contrayentes fueran exclusivamente un hombre y una mujer, que culminó con la modificación de esa norma en 2010 habilitando a contraer matrimonio también a dos personas del mismo sexo.⁸² Asimismo, el caso *Sejean* sienta las bases de una lectura del artículo 19 que protege la autonomía de la persona y levanta una muralla constitucional contra toda interferencia estatal de tipo perfeccionista. Así como en esa decisión aquella interpretación de la cláusula constitucional operó como límite a la centenaria prohibición de contraer segundas nupcias luego de disuelto el vínculo matrimonial, similares argumentos se sostuvieron para detener otro embate perfeccionista, esta vez vinculado con la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, a los que se sumaron mayores desarrollos en torno a la protección también de la igualdad ante la ley.

82 Así lo sostuve cuando fui convocado por la Cámara de Diputados para declarar como experto sobre la propuesta de modificación legal. Véase Roberto P. Saba. “Matrimonio: Presentación de Roberto Saba en el Debate en la Cámara de Diputados”. Blog, 28 de noviembre de 2009. En línea.

El caso Freyre y el matrimonio entre personas del mismo sexo

En el caso Freyre,⁸³ la jueza Gabriela Seijas, de un tribunal de primera instancia en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, se monta parcialmente sobre los hombros del caso Sejean y, a los argumentos centrales de ese precedente sobre la protección constitucional de la autonomía personal establecida en el artículo 19 de la Constitución argentina, agrega contundentes fundamentos adicionales, esta vez relacionados con el principio de igualdad ante la ley expresado en el artículo 16 de la norma fundamental. Sin embargo, antes de adentrarse en la cuestión sustantiva específica del caso que culminaría con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil que impedían el matrimonio entre personas del mismo sexo, Seijas debía justificar por qué una jueza podía ordenar el desconocimiento de lo establecido en el Código Civil. Para ello, recurriría al arsenal argumentativo que la propia Corte Suprema provee en materia de control de constitucionalidad y al que aludí en la primera parte de este trabajo. Así, la magistrada afirmó que

... una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, por un lado anularía el diálogo de poderes que la propia Constitución sustenta, mediante el cual cada uno de ellos encuentra, en su interrelación con los otros, la fuente de sus propios límites y una buena orientación general en las políticas de Estado, y por otro lado, podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales.

Y agregó:

... los ejemplos de errores históricos en que la mayoría ha decidido son evidentes y bastan para refutar la supuesta intromisión en la división de poderes. A tal efecto alcanza con reflexionar sobre la legislación que, presumiendo de su carácter “universal”, negó durante décadas el derecho a voto de las mujeres en nuestro país. La Corte Suprema ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica.

De este modo, Seijas expresa que la decisión que está a punto de tomar, lejos de constituir una intromisión del poder judicial local en las funciones

83 Freyre, Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo (art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), 10 de noviembre de 2009.

propias de los legisladores nacionales, responde a la obligación que tiene como parte del poder judicial de aplicar la Constitución Nacional, y refuerza sus argumentos en este sentido citando jurisprudencia comparada y haciendo justamente referencia a la relación entre jueces y política democrática:

Cabe señalar que en los casos de Estados Unidos —a través de una sentencia de la Suprema Corte Judicial de Massachusetts, en 2003— y Sudáfrica —mediante el fallo de la Corte Constitucional en “Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another”, del 01/12/05— fue el impulso judicial el que motivó los cambios en la legislación. A su vez, también en el estado de California, Estados Unidos, más allá de la solución final, los tribunales han sido un contrapunto esencial a la hora de rever su normativa.

Luego enfatiza el fundamento que da pie a su intervención, que entiende como parte de su obligación institucional, lejos de considerarla una manifestación de activismo judicial:

La declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas no hace más que remover un obstáculo ilegítimo que, al limitar la igualdad y la libertad, impide el pleno desarrollo de la persona y su efectiva participación en la vida política, cultural, económica y social de la comunidad, y alienta la perpetuación de conductas homofóbicas, en clara oposición al régimen constitucional vigente.

La jueza recorre entonces una serie de derechos que considera inherentes al matrimonio y que no podían ser ejercidos por la pareja demandante, como por ejemplo las ventajas tributarias, la herencia, el acceso al sistema de pensiones, los privilegios testimoniales y beneficios en políticas migratorias, entre otros, señalando en forma implícita que no solo se ve afectada la igualdad entendida como no discriminación, sino también la igualdad entendida como no subordinación de grupos. En este sentido, se suma al argumento de los que, como la Federación LGBT, entendían que un régimen diferenciado de unión civil, por un lado, y de matrimonio, por el otro, en el que se permitiera la unión de parejas de personas del mismo sexo en el primer caso, pero no en el segundo, constituía un sistema de segregación de grupos en el que las personas homosexuales recibirían un trato peor que el que reciben las heterosexuales sobre la base de su orientación sexual. La magistrada suma así a los argumentos de afectación a la igualdad como no discriminación, por operar una distinción irrazonable entre personas homosexuales y heterosexuales, la noción de que también

se encuentra afectada la igualdad como no subordinación de grupos.⁸⁴ La implementación del régimen dual de unión civil y matrimonio, sostiene, emula el régimen de Jim Crow en los Estados Unidos por medio del cual se imponía legalmente un sistema de segregación racial que fue justificado primero por la Corte Suprema de ese país por medio de la doctrina de “separados pero iguales” establecida en el caso *Plessy v. Ferguson*⁸⁵ de 1896, y revertida en 1954 en el caso *Brown v. Board of Education*.⁸⁶ Según Seijas,

... si el problema de la exclusión matrimonial se redujera a la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de [...] regímenes separados. Pero tal solución parece desconocer que, históricamente, el concepto de “iguales pero separados” ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos.

El fallo de la jueza sostiene que lo que los actores pretenden es que la pareja que conforman posea el mismo estatus público de las unidas en matrimonio, pues el mantenimiento de un régimen exclusivo para parejas heterosexuales tendría el efecto de “reforzar el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades”. La magistrada concluye que

... la exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial, sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal.

El argumento de Seijas para fundar su decisión de declarar inconstitucional una norma como la Ley de Matrimonio —que se mantuvo vigente y sin impugnaciones judiciales ni reformas legales por casi 100 años, hasta que fue declarada inconstitucional en lo que respecta a la prohibición del divorcio vincular y ahora en lo relacionado al requisito de la diversidad sexual de los contrayentes— se basa fundamentalmente en la concepción

84 Para un desarrollo de la distinción entre igualdad como no discriminación e igualdad como no subordinación, véase Roberto P. Saba. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, cap. 1.

85 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

86 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483.

de la “constitución viviente”. Para respaldar su posición recurre al voto de Petracchi en Sejean, que construye en el mismo sentido.

En suma, el fallo de Seijas en Freyre entiende que los artículos 172 y 188 del Código Civil, en cuanto violan el derecho a la igualdad de los demandantes y la protección de su autonomía personal, son inconstitucionales; en consecuencia, ordena al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires que una en matrimonio a Alejandro Freyre y José María di Bello.

La Nueva Ley de Matrimonio y los casos en la Corte Suprema

La Federación LGBT se formó en 2005 y una de sus primeras iniciativas fue la presentación ese mismo año de un proyecto de ley de matrimonio cuya elaboración estuvo a cargo del diputado socialista Eduardo di Pollina. Sumaron sus firmas los diputados Silvia Augsburguer, Jorge Rivas, Eduardo García, Sergio Basteiro, Héctor Polino y María Elena Barbagelata, del Partido Socialista; Margarita Jarque y Julio Accavallo, del Partido Encuentro; Patricia Walsh, de Izquierda Unida; Claudio Lozano, del bloque Emancipación y Justicia; Araceli Méndez de Ferreyra, del bloque Convergencia, y Laura Musa, de Afirmación para una República Igualitaria (ARI). El proyecto, que había sido titulado “Código Civil: modificación sobre el matrimonio y los derechos en las relaciones de familia; derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales”, tuvo un impacto casi nulo en el debate público y nunca llegó a tratarse. En 2007 se produjo un nuevo intento y se presentó el mismo proyecto con algunas modificaciones, una vez más con la firma de Di Pollina y otros diputados y diputadas, aunque nuevamente no logró avanzar en el trámite parlamentario. Finalmente, en 2009, se presentó por tercera vez ese mismo proyecto basado en la versión preparada por Di Pollina, ahora con la firma de la diputada Silvia Augsburguer. A esta iniciativa se sumó un nuevo proyecto preparado por la diputada Vilma Ibarra. Ambos fueron la base de la reforma del Código Civil que removía los obstáculos legales para que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. La ley fue aprobada el 14 de julio de 2010.⁸⁷

Antes de esa fecha, cuando la suerte del proyecto de ley no estaba aún del todo clara, principalmente por la posible votación adversa en el Senado,

⁸⁷ Para una descripción minuciosa del proceso parlamentario que culminó con la aprobación de la ley, véase el relato de uno de sus protagonistas con abundante información de primera mano en Bimbi, *Matrimonio igualitario*.

seguían pendientes de resolución los dos amparos que habían llegado a la Corte Suprema. El 15 de febrero de 2010, declaraciones *off the record* aparecidas en la prensa de uno de los jueces del tribunal permitían entender cuál era posición de la Corte Suprema en relación con la posible reforma legislativa requerida para posibilitar el matrimonio entre personas de un mismo sexo. El magistrado afirmó, en referencia a los casos pendientes de resolución mencionados más arriba, que la decisión judicial era sencilla: “la prohibición del matrimonio gay es inconstitucional”. Su argumento era que estos casos eran ejemplos claros de “inconstitucionalidad sobreviniente” y los comparó con el caso del divorcio vincular. Sin embargo, lo que resultaba difícil para el juez era decidir si el tribunal debía abocarse a emitir su sentencia en alguno de los expedientes que tenía en su poder o si esperaba a que el Congreso discutiera la ley. Finalmente, afirmó que, en caso de que el Parlamento no lograra reunir las mayorías necesarias para sancionar la reforma, el tribunal debería decidir, para lo cual, concluyó, existía casi con certeza una mayoría dispuesta a emitir un fallo histórico.⁸⁸

El día en que Alejandro Freyre y José María di Bello vieron frustrado su casamiento en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires que había ordenado la jueza Seijas, un juez de la Corte Suprema, Carlos Fayt, y la vicepresidenta del tribunal, Elena Highton de Nolasco, expresaron en los medios de comunicación que el cuerpo del que formaban parte decidiría los casos de María Rachid y Claudia Castro, y el de Alejandro Vannelli y Ernesto Larresse, en 2010.⁸⁹ La ley sancionada el 14 de julio tornó abstractas ambas cuestiones, pero, si el Congreso no hubiera tomado esa decisión, una mayoría casi segura de cinco de los siete jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aparentemente conformada por Carlos Fayt, Eugenio Zaffaroni, Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi y Carmen Argibay,⁹⁰ ya tenía claro que declararía inconstitucionales los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordenaría al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de su Registro Civil, celebrar el matrimonio de María Rachid y

88 Mario Wainfeld. “Haciéndole la Corte al Congreso”. *Página 12*, 15 de febrero de 2010. En línea.

89 Bimbi, *Matrimonio igualitario*, pp. 263-264.

90 Se suponía que Enrique Petracchi votaría a favor de la inconstitucionalidad sobre la base de sus argumentos en el voto propio que emitiera en el caso Sejean, aunque nunca trascendió su posición. Algunas versiones indican que también se sumaría Elena Highton de Nolasco y no se sabe cuál hubiera sido la posición de Ricardo Lorenzetti.

Claudia Castro. Esta decisión tendría un efecto indirecto sobre los casi cien recursos de amparo que se encontraban en trámite en todo el país. No es infundado afirmar entonces que la posibilidad de una inminente decisión de la Corte Suprema en este sentido implicaba una fuerte presión sobre el Senado de la Nación para dar la media sanción necesaria para completar el trámite legislativo y aprobar la reforma tan buscada.⁹¹

Luego de sancionada en el Congreso la reforma de los artículos 172 y 188 del Código Civil el 14 de julio de 2010, el 24 de agosto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con la firma de los siete jueces, dictó sentencia en los dos casos que estaban pendientes de resolución. Por la decisión del Congreso, sus reclamos se habían tornado abstractos. Textualmente, el fallo expresaba lo siguiente:

En atención a que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal, resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada, ante el dictado de la ley 26.618 (doctrina de Fallos: 331:1869; 330:1291; 329:1487, entre otros). Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara abstracta la cuestión planteada en la presente causa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese la queja. Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay.

Conclusiones y lecciones aprendidas

Del estudio del caso argentino se pueden extraer lecciones que resultan interesantes para el análisis comparado regional sobre la relación entre las decisiones judiciales y la actividad de los poderes políticos del Estado. En primer lugar, dado el marco del régimen de control judicial de constitucionalidad que rige en Argentina desde mediados del siglo XIX, producto de la interpretación que la Corte Suprema ha hecho de la Constitución Nacional en lo que respecta a su propio rol, la mayoría de sus miembros a lo largo de más de un siglo y medio de actividad no caracteriza sus intervenciones como “activismo judicial”, sino que los jueces generalmente se autoperciben ejerciendo la responsabilidad de aplicar la Constitución frente a distintas acciones u omisiones del gobierno.

91 Bruno Bimbi. “La Corte Suprema de Justicia fallará a favor del matrimonio igualitario”. *Tiempo Argentino*, 2 de julio de 2010.

En segundo término, y a partir de la concepción de esa responsabilidad institucional, la Corte Suprema y la gran mayoría de los tribunales inferiores, ya sean federales o provinciales, han sido relativamente cautos e incluso conservadores en cuanto a la toma de decisiones que pudieran consistir en o ser percibidas como injerencias indebidas en los poderes elegidos popularmente. Durante la mayor parte de su historia, los tribunales en general y la Corte Suprema en particular han adoptado una postura de gran deferencia hacia los poderes políticos, para lo cual las doctrinas de las cuestiones políticas no justiciables y la de la presunción de constitucionalidad de las leyes han sido clave.

Sin embargo, sobre todo a partir de la recuperación democrática a inicios de los años ochenta, la Corte Suprema ha asumido un rol más protagónico, aunque bastante limitado a algunos pocos casos, que la ha llevado a tomar decisiones como la del caso *Sejean* que, a pesar de referirse a una controversia concreta con efectos para las partes, según lo establece el modelo de control de constitucionalidad vigente en el país, provocó el debate parlamentario y, más adelante, las reformas legislativas tendientes a la armonización de las leyes civiles con la Constitución. A pesar de estos avances, como lo muestra tanto el tipo de órdenes impartidas a los poderes políticos tendientes a señalar los problemas, pero no necesariamente a resolverlos, o el manejo de los tiempos, de lo que son un ejemplo los dos casos comentados sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Suprema se ha movido con una cautela evidente. Esta actitud fue consecuencia del hecho de que los miembros del tribunal eran conscientes de que sus decisiones, de ser demasiado intrusivas en el ámbito de decisión propio de los poderes políticos, o demasiado prematuras en el marco de un proceso deliberativo que venía desarrollándose, podrían verse atacadas por representar intervenciones de tinte “activista”, en el uso del término al que recurren los críticos de ese tipo de resoluciones. En el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Suprema contaba con la mayoría necesaria y el precedente apropiado: el caso *Sejean*, para producir una decisión de inconstitucionalidad del Código Civil. No obstante, sabiendo de la alta probabilidad de que el propio Congreso de la Nación sería el que decidiera sobre el matrimonio igualitario, se abstuvo de emitir su sentencia con el fin de ser deferentes con el proceso deliberativo que venía teniendo lugar tanto en la sociedad como en el Congreso para tomar una decisión tan trascendente con la legitimidad que le brindaría el consenso público y político.

También es preciso resaltar que el hecho de demorar la emisión de la sentencia estuvo acompañado de los trascendidos en los medios de comunicación sobre la inminencia de esa decisión del tribunal, lo cual probablemente agregó presión sobre los legisladores. Si bien no es posible afirmarlo con certeza, podríamos suponer que esas versiones periodísticas se originaron en forma intencional desde las propias oficinas de los miembros de la corte con el fin de producir ese efecto sobre el Congreso. En suma, al menos en el caso de la Corte Suprema, es posible sostener que esta, si bien no renunció a su rol de garante de los derechos constitucionales y de las reglas que son precondition del juego democrático, sin embargo, tiende de todos modos a dejar espacio, cuando considera que ese espacio será aprovechado, para que los órganos políticos tomen las decisiones pertinentes. El caso Sejean, que podría ser visto como expresión de una actitud diferente del tribunal, posiblemente se explique justamente por el hecho de que los jueces no percibieron voluntad alguna en el Congreso de introducir cambios legislativos en un caso palmariamente inconstitucional.

En tercer término, es posible que, en cuanto a los tribunales inferiores o locales, como sucede en la Ciudad de Buenos Aires, los jueces asuman una actitud más agresiva en términos del denominado activismo, sobre todo respecto de las acciones u omisiones de los poderes ejecutivos en materia de implementación de políticas públicas tendientes a asegurar derechos económicos, sociales o culturales. Estas decisiones no solo son percibidas a veces como “activistas” por el solo hecho de ser aceptadas por los magistrados como materia de decisión judicial, sino también por el tipo de remedio que presentan, generalmente órdenes de llevar a cabo acciones altamente onerosas para el Estado local, como la construcción de viviendas o la provisión de servicios públicos, entre otras.⁹²

Finalmente, como consecuencia del clima político a favor de la consolidación del régimen democrático luego de la dictadura que culminó en 1983, y de los instrumentos procesales que proveyó la reforma de la Constitución Nacional de 1994 –como el amparo colectivo, por ejemplo–, surgió un tipo de activismo cívico particular en materia de derechos humanos que recurrió con creciente habilidad y pericia al litigio estratégico para provocar decisiones judiciales que, en algunos casos, presionaron sobre los Parlamentos o los poderes ejecutivos, nacional o subnacionales, para provocar

92 Véase, por ejemplo, Gabriela Delamata. “Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires”. *Direito & Praxis*, vol. 7, núm. 14 (2016): 567-587.

cambios legislativos o la implementación de políticas públicas, considerada como necesaria para el ejercicio de derechos.⁹³ Por su parte, esa actividad ciudadana, al encontrarse con jueces y juezas convencidos de su rol de garantes de los derechos constitucionales, ha arrojado un consecuente avance en varios casos de derechos conculcados por decisiones mayoritarias contrarias a aquellos. La estrategia liderada por la Federación LGBT respecto de la prohibición del matrimonio entre personas de un mismo sexo es un claro ejemplo de ello.

Referencias

- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). “Se realizó la Audiencia Pública por el pliego del candidato Horacio Rosatti”. Observatorio de Procesos de Selección CSJN, 4 de marzo de 2016. <https://concursostransparentescsjn.wordpress.com/2016/03/04/438/>
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). “Se realizó la Audiencia Pública por el pliego del candidato Rosenkrantz”. Observatorio de Procesos de Selección CSJN, 11 de marzo de 2016. <https://concursostransparentescsjn.wordpress.com/2016/03/11/se-realizo-la-audiencia-publica-por-el-pliego-del-candidato-rosenkrantz/>
- Balkin, Jack. “The roots of the living Constitution”. *Boston University Law Review*, vol. 92 (2102): 1129. Yale Law School, Public Law Working Paper núm. 249.
- Bimbi, Bruno. “La Corte Suprema de Justicia fallará a favor del matrimonio igualitario”. *Tiempo Argentino*, 2 de julio de 2010.
- Bimbi, Bruno. *Matrimonio Igualitario. Intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta, 2010.
- Courtis, Christian. “Reyes desnudos. Algunas notas de caracterización de la actividad política de los jueces”. En Claudio E. Martyniuk y Roberto Bergalli (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique María*. Buenos Aires: Prometeo, 2004, pp. 305-329.
- Delamata, Gabriela. “Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires”. *Direito & Praxis*, vol. 7, núm. 14 (2016): 567-587.
- Diez, María Cristina Inés. “La génesis del matrimonio civil”. *Prudentia Juris*, núm. 70 (2011): 122-123.

93 Para un mayor desarrollo de este punto, véase Saba, “La elusiva frontera entre la justicia y la política”, pp. 223-237.

- Fiss, Owen. "Objectivity and Interpretation". *Stanford Law Review*, vol. 34 (1982): 740.
- Fiss, Owen. "The Forms of Justice". *Harvard Law Review*, vol. 93 (1979): 1.
- Gargarella, Roberto. *La Justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996.
- Hart Ely, John. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Nino, Carlos S. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Saba, Roberto P. *Constituciones y códigos: un matrimonio difícil*. San Juan: SELA, 2007.
- Saba, Roberto P. "La Corte Suprema dividida en tres". *Anfibia*, 3 de diciembre, 2017. <http://revistaanfibia.com/ensayo/la-corte-suprema-dividida-tres/>
- Saba, Roberto P. "Matrimonio: Presentación de Roberto Saba en el Debate en la Cámara de Diputados". [Blog] Sabático, 28 de noviembre de 2009. <https://rpsaba.blogspot.com/2009/11/matrimonio-presentacion-de-roberto-saba.html>
- Saba, Roberto P. "Sejean y la concepción liberal de la sociedad". En Aída Kemelmajer, Marisa Herrera y Nora Lloveras (dirs.), Natalia de la Torre (coord.), *Máximos precedentes. Derecho de familia*. Buenos Aires: La Ley, 2014, pp. 38-60.
- Saba, Roberto P. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Saba, Roberto. "La elusiva frontera entre la justicia y la política". En Roberto Niembro y Sergio Verdugo (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e ICON-S, 2019, pp. 277-370.
- Scalia, Antonin. "Common law courts in a civil law system: The role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and Laws". En Antonin Scalia, *A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 3-47.
- Scalia, Antonin. "Originalism: The lesser evil". *Harvard Law Review*, vol. 103 (1989): 43.

Seminarios Diversidad. “*Amicus Curiae* de Roberto Gargarella, Roberto Saba y otros sobre matrimonio LGBT en el caso Rachid-Castrosín”. 17 de noviembre de 2009. <http://seminariosdiversidad.blogspot.com/2009/11/amicus-curiae-gargarella-saba-y-otros.html>

Tushnet, Mark. *Taking back the Constitution. Activist judges and the next age of American law*. New Haven: Yale University Press, 2020.

Wainfeld, Mario. “Haciéndole la Corte al Congreso”. *Página 12*, 15 de febrero de 2010. <https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-140312-2010-02-15.html>

El Supremo Tribunal Federal brasileño y el matrimonio civil igualitario: entre la garantía de los derechos fundamentales y los déficits de la democracia representativa

BRASIL

Glauco Salomão Leite*

Mônia Clarissa Hennig Leal**

Desde la Constitución brasileña de 1988 (CF/88), promulgada después de más de dos décadas de régimen autoritario, se ha observado una gradual expansión de la jurisdicción constitucional, especialmente en el ámbito del Supremo Tribunal Federal (STF). A pesar del entusiasmo inicial, impulsado por el ambiente de renovación democrática y del rescate de la independencia judicial, las primeras investigaciones empíricas, desarrolladas a lo largo de la década de 1990, han testificado actitudes de comedimiento e incluso de pasividad institucional por parte de la Corte: “el STF ha sido muy cuidadoso al administrar sus relaciones con los demás poderes, evitando el comportamiento que la bibliografía califica como de activismo judicial”.¹ Mientras, de a poco, el tribunal ha asumido una posición de destaque en el

* Profesor de Derecho Constitucional del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Católica de Pernambuco (Maestría y Doctorado), en la Universidad de Pernambuco y en la Universidad Federal de Paraíba. Vicepresidente de la Comisión de Estudios Constitucionales y Ciudadanía de la Orden de Abogados de Brasil, Sección Pernambuco (OAB/PE). Correo electrónico: glauco.salomao@unicap.br.

** Profesora y coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho (Maestría y Doctorado) de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC (Brasil). Becaria de Productividad de Investigación del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico. Coordinadora del Observatorio de la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana. Correo electrónico: moniah@unisc.br.

1 Luiz Werneck Vianna *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48.

diseño constitucional del país, no pudiendo más ser considerado un mero coadyuvante institucional ni un simple “desconocido”.²

Rigurosamente, existe una sólida comprensión del hecho de que los jueces y los tribunales, en los más diversos sistemas democráticos de todo el mundo, incluido en Brasil, han pasado a ocupar un lugar superior en la definición de relevantes controversias políticas, sociales, morales y económicas. Como resultado, se percibe el creciente papel político e institucional de los tribunales en las democracias constitucionales y un desplazamiento expresivo de poderes decisorios de las instancias representativas hacia los jueces, lo que configura aquello que Ran Hirschl denominó la *juristocracia*.³ Es en este contexto donde se pretende abordar el emblemático fallo del STF que ha reconocido la unión estable homoafectiva, lo que permitió la posterior consagración del casamiento igualitario en el país. Ese caso demuestra bien las potencialidades de la jurisdicción constitucional en la tutela de derechos fundamentales, especialmente de minorías, al mismo tiempo que suscita relevantes indagaciones sobre los límites de la actuación del STF y la legitimidad democrática de determinadas prácticas judiciales, abriendo espacio para discusiones y cuestionamientos acerca de su carácter activista.

Para ello, en un primer momento se hace una breve contextualización del Supremo Tribunal Federal y su condición de “guardián” de la Constitución de 1988 y de los derechos fundamentales, que, en un contexto de judicialización y de mediatización, ha llevado a un destacado protagonismo judicial. A continuación, se analiza el emblemático fallo del STF, en sede de control concentrado de constitucionalidad, acerca de las uniones homoafectivas, que ante la ausencia de una reglamentación legislativa sobre el tema abrió camino al reconocimiento del matrimonio civil igualitario.

2 Aliomar Baleeiro. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

3 Ran Hirschl. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004; Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004; Glauco Salomão Leite. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; Torbjörn Vallinder y C. Neal Tate (eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; Stephen Gordbaum. *The new Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge University Press, 2013; Tom Ginsburg. *Judicial Review in new Democracies: Constitutional Courts in Asia*. Cambridge University Press, 2003; Po Jen Yap. *Courts and Democracies in Asia*. Cambridge University Press, 2017.

Finalmente, se discurre sobre los desdoblamientos de ese fallo y su “efecto *backlash*”.

El Supremo Tribunal Federal y el activismo judicial

Especialmente desde la promulgación de la Constitución de 1988, el STF ha afirmado su protagonismo en el escenario democrático, pronunciándose sobre temas abarcadores y de profunda relevancia, pudiéndose, incluso, hablar del acaecimiento de un fenómeno de judicialización. Esto hace que surjan, a su vez, críticas acerca de su actuación, pautadas tanto en la perspectiva de un activismo judicial como en el aspecto de su falta de capacidad institucional. Paralelamente a eso, se verifica un proceso de mediatización –notablemente del STF–, ya sea por la estrategia adoptada de transmitir in vivo sus juicios por la TV Justicia, ya sea por la reiterada presencia de sus ministros en medios de comunicación. Se trata, pues, de un tribunal que se ha incorporado a la vida cotidiana de los ciudadanos, para bien y para mal.

Es interesante destacar, en ese aspecto, que, como contrapunto, se han ido introduciendo, de forma sistemática, mecanismos orientados a una apertura y democratización de los fallos, pudiéndose mencionar como ejemplos las figuras del *amicus curiae* y de las audiencias públicas, que tienen como fundamento hacer posible una discusión más amplia de las cuestiones sub *judice*, especialmente en temas complejos, como lo son aquellos que implican conflictos entre derechos fundamentales y su protección desde una perspectiva contramayoritaria.

El STF fue instituido por el Decreto 848, de 11 de octubre de 1890, que se consolidó con la Constitución de 1891 (primera Constitución Republicana), pasando a desempeñar la función de órgano cumbre del poder judicial, posición que mantiene hasta los días actuales. Está compuesto por once ministros, por designación del presidente de la república,⁴ condicionada a la aprobación del Senado Federal.⁵

4 Artículo 101 de la CF/88: El Tribunal Supremo se compone de once Magistrados, elegidos entre ciudadanos mayores de treinta y cinco años y menores de sesenta y cinco años, con destacados conocimientos jurídicos y de reputación intachable. // Parágrafo único. Los Magistrados del Supremo Tribunal Federal serán nombrados por el Presidente de la República, después de que la elección haya sido aprobada por la mayoría absoluta del Senado Federal.

5 Cabe mencionar que a lo largo de los más de cien años de historia de la república, solo dos candidatos al cargo de ministro del STF han sido rechazados por el Senado, lo que ocurrió durante la Primera República, por lo que este mecanismo no ha sido eficaz en los últimos tiempos (STF, www.stf.jus.br).

Brasil adopta, de forma bastante compleja, a un mismo tiempo tanto la figura del control de constitucionalidad difuso como la del concentrado, resultado de una evolución histórica que remonta a la instalación de la república (1889), con la adopción del modelo difuso, de inspiración estadounidense, asociada a una progresiva incorporación, a lo largo del tiempo, de nuevos elementos identificados con la lógica concentrada de control, notablemente desde la Constitución de 1967 (período del Régimen Militar).⁶

Con la redemocratización del país, no obstante, la jurisdicción constitucional tuvo un nuevo empuje, pues la Constitución de 1988 mantuvo las figuras anteriores, potenciándolas e instituyendo, además, la inconstitucionalidad por omisión (art. 103, § 2) y ampliando⁷ la lista de los legitimados a proponer acciones del control concentrado ante el STF, razón por la cual se puede afirmar que los avances brasileños en este tema se dan en el sentido de la intensificación de la jurisdicción concentrada, aunque permanezca el control difuso.⁸ Por consiguiente, en la Constitución brasileña se tiene una conjugación –adaptada a la realidad y a las particularidades institucionales del país– del modelo norteamericano con el modelo europeo de justicia constitucional, conformando así un sistema mixto que combina elementos del control difuso y del control concentrado de constitucionalidad.⁹ En ambos casos, sin embargo, le compete al STF la guarda de la Constitución, ya sea por la vía recursiva-incidental (Recurso Extraordinario), ya sea por la vía indirecta,¹⁰ pudiendo sostenerse, por lo tanto, que desempeña a un mismo tiempo el rol de “Suprema Corte” y de “Tribunal Constitucional”.

6 Paulo Napoleão Nogueira da Silva. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 30.

7 Anteriormente, esa legitimación se limitaba al fiscal general de la república; con la Constitución de 1988, se extendió al presidente de la república, a las Mesas del Senado Federal, de la Cámara de Diputados y de las Asambleas Legislativas de los estados, al gobernador del estado, al Consejo Federal del Orden de Abogados de Brasil, a los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y a los sindicatos o entidades de clase de ámbito nacional.

8 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 54.

9 Mônia Clarissa Hennig Leal. *A Constituição como princípio*. São Paulo: Manole, 2003, p. 95.

10 En el contexto del control difuso, esto se hace a través de los recursos extraordinarios en los que el STF actúa como un verdadero tribunal de apelación, evaluando la constitucionalidad de determinadas disposiciones legales en relación con casos específicos, como en la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el control concentrado, la competencia para juzgar las acciones directas de carácter abstracto corresponde al Tribunal Pleno, como en los Tribunales Constitucionales europeos.

Si, por un lado, las instituciones de la república brasileña retratan, en su origen y organización, una innegable influencia e inspiración norteamericanas, lo mismo no se puede decir de la Constitución y de sus contenidos, históricamente alineados con las tendencias del constitucionalismo europeo continental.¹¹ Especialmente en lo que concierne a la Constitución de 1988, se tiene una significativa aproximación a la noción de una institución social y democrática típica del constitucionalismo de la segunda posguerra,¹² asentada en la valoración de la dignidad humana y en la protección de los derechos fundamentales, características que condicen perfectamente con las pretensiones propias del contexto de redemocratización vivido por el país tras largos veinte años de dictadura militar. Aunque no sea oriunda de una asamblea constituyente democráticamente elegida, es consecuencia de un significativo movimiento popular (conocido como “Directas Ya”) y posee un amplio carácter democrático, que tiene como elemento central la dignidad humana¹³ y prevé, además, una extensa gama de derechos fundamentales e instrumentos de garantía, y abriendo también un espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solo por medio del voto,¹⁴ sino también por medio de mecanismos diversos (tales como la acción popular, los consejos, los comités, el referéndum y el plebiscito, entre otros).

La centralidad atribuida a los derechos fundamentales queda en evidencia, a su vez, ya por su ubicación en el texto, pues –al contrario que las

11 Sobre la historia de las Constituciones brasileñas y sus características e influencias, véase Mônia Clarissa Hennig Leal *et al.* *Introdução ao estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 174.

12 El constitucionalismo brasileño de este período estuvo profundamente influenciado por el constitucionalismo portugués, identificado con la Constitución de 1976, promulgada tras la Revolución de los Claveles. En ella, a su vez, hay una importante incorporación de elementos del derecho constitucional alemán de la posguerra, de modo que muchos de estos conceptos fueron transpuestos e incorporados a la Constitución de 1988, que también contó con una “comisión de expertos” (Comisión Provisional de Estudios Constitucionales), integrada por juristas, sociólogos, economistas, empresarios, religiosos y periodistas, encargados de colaborar en su proceso de redacción y que contribuyeron a esta influencia europea. Mônia Clarissa Hennig Leal *et al.* *Introdução ao estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 201.

13 Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

14 Rogério Gesta Leal. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Cartas anteriores, que los listaba solo al final, como contenidos últimos a ser tratados (condicionados, por lo tanto, en cierta medida, a los aspectos organizacionales del Estado y de las instituciones)— aquí ellos aparecen ya al comienzo (art. 5 y ss), asociados a los principios fundamentales de la república —tales como la forma federativa del Estado, la separación de poderes, el régimen democrático, la dignidad de la persona humana y la formación de una “sociedad justa, libre y solidaria” (arts. 1 a 4)—, de modo que ahora son ellos los que se constituyen como fundamento para la comprensión de todos los demás elementos contenidos en ella (incluso los poderes constituidos y la propia sociedad). Además, la lista de derechos es extensa y abarcadora¹⁵ y evidencia la preocupación que hay con su efectividad, al ser dotados de eficacia inmediata (art. 5, § 1) y amparados por un amplio espectro de acciones y de *writs* constitucionales destinados a su tutela, que refuerzan así la actuación del poder judicial y del STF mismo.

Esta característica hizo que a lo largo de los últimos años asuntos muy controvertidos y relevantes hayan pasado por la apreciación del STF, despertado un significativo interés mediático y hayan hecho que, en razón de la facilidad de acceso a la información en la era digital, los ciudadanos puedan seguir —no solo por medio de la prensa oficial, sino también a través de los medios sociales—¹⁶ las posiciones y fallos de cada uno de los ministros, así como conocer instantáneamente sus fallos. Otro aspecto determinante en esta interacción entre la Corte y la sociedad es su agenda jurídica,¹⁷ que trae

15 El hecho de que la Constitución de 1988 convirtiera en derechos fundamentales los derechos humanos recogidos en la Declaración de la ONU de 1948 es indicativo de ello. Así, los derechos y garantías individuales están contemplados en el artículo 5 (en un total de casi ochenta puntos, entre los que se encuentran los derechos a la vida, a la igualdad, a la libertad de reunión y manifestación, a la libertad de religión y de creencias, al acceso a la justicia, a las garantías procesales, a la prohibición de la pena de muerte, etc.), mientras que los derechos sociales están consagrados especialmente en el artículo 6 (derechos sociales en sentido amplio, como la educación, la vivienda, la alimentación adecuada, el ocio, la cultura, entre otros) y en el artículo 7 (derechos de los trabajadores: vacaciones pagadas, decimotercer salario, licencia de maternidad, complementos de insalubridad y peligrosidad, horarios de trabajo, etc.).

16 En octubre de 2009, el STF lanzó su canal oficial en la plataforma de videos más popular de Internet, YouTube, el primero del mundo en hacerlo. Su página ofrece videos de juicios, así como programas producidos por TV Justicia; en octubre de 2012, ya registró un total de 17.085.022 visitas. Actualmente, el canal cuenta con 323.000 suscriptores.

17 En los últimos años, el Tribunal Supremo Federal ha examinado cuestiones como la posibilidad de realizar investigaciones con células troncales (ADI 3510), la interrupción del embarazo de fetos anencefálicos (ADPF 54), las cuotas raciales para la admisión en universidades y concursos públicos (ADPF 132) y la constitucionalidad de las uniones homosexuales (ADI

cada vez más temas de profunda repercusión política y social, despierta el interés popular y hace que el poder judicial –y particularmente el STF– se incorpore a la vida cotidiana de las personas. Sus fallos son noticia diaria en los periódicos, generan comentarios en las redes sociales y son seguidos y compartidos en línea, ya sea por la televisión, ya sea por la internet.

En este contexto, también surgen, a su vez, discusiones acerca del activismo judicial, tanto por parte de la prensa –con evidentes repercusiones en la opinión pública– como en el medio académico,¹⁸ además de “reacciones” institucionales, como la que tuvo el poder legislativo con la Propuesta de Enmienda a la Constitución¹⁹ (PEC 33/2011) que, aunque no se haya convertido en ley, llegó a ser aprobada en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.²⁰ El proyecto²¹ apuntaba a restringir significativamente la actuación del STF en el control de constitucionalidad,²² elevando casi a la unanimidad el cuórum para la declaración de inconstitucionalidad, y preveía incluso la sumisión

4.277); prestación de medicamentos de alto costo por el Sistema Único de Salud (STA-RE 175); rito y garantías del proceso de juicio político o *impeachment*; juicio del “Mensalão” (Acción Penal 470); publicación de biografías no autorizadas (ADI 4.815); constitucionalidad de la educación en casa (RE 888.815); financiación de campañas electorales (ADI 4.650); fidelidad de los partidos (ADI 5.081); educación en temas de género en las escuelas (ADPF 475); criminalización de la homofobia (ADO 26), entre otros.

18 Se puede ver, a su vez, que las discusiones y debates en Brasil sobre el tema del activismo judicial, además de reproducir, en gran medida, los argumentos y espacios encontrados en el debate estadounidense, también repiten y muestran la imprecisión y subjetividad en el uso del término (como se pretende demostrar, conceptualmente, en el capítulo inicial de este trabajo).

19 Para un análisis crítico y más información sobre su contenido y repercusiones en el orden jurídico constitucional brasileño, véase Mônia Clarissa Hennig Leal *et al.* *Jurisdição Constitucional aberta: uma análise da PEC 33*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

20 Entre los fundamentos de la PEC, presentada por el diputado Nazareno Fonteles, la primera alegación se refiere al notorio “protagonismo alcanzado por el Poder Judicial, especialmente por los órganos jurisdiccionales superiores”, ocurrido tanto por la judicialización de las relaciones sociales como por el activismo judicial, ejercido este último de forma “exacerbada”, especialmente cuando “los Magistrados, para la resolución de la controversia, van más allá de lo que el caso requiere, creando normas que no han pasado por el escrutinio del legislador”. La propuesta señala que, “en perjuicio de la democracia, la hipertrofia del Poder Judicial ha ido desplazando una gran parte del debate sobre temas relevantes del Legislativo al Judicial” (originales en portugués).

21 La PEC había sido archivada en 2015, pero se desbloqueó en marzo de 2019, y ahora continúa su tramitación.

22 PEC 33: cambia el número mínimo de votos de los miembros del tribunal para declarar la inconstitucionalidad de las leyes; condiciona el efecto vinculante de los precedentes

de fallos del Plenario de la Corte a la aprobación del Congreso nacional, teniendo, por lo tanto, como telón de fondo, una pretensión de limitación del protagonismo judicial.²³

En un escenario como este es interesante identificar cómo justifica el STF su actuación, defendiéndose preventivamente de posibles críticas y buscando legitimar, al menos retóricamente, su actuación. En el análisis de esas manifestaciones, se pone en evidencia, sin embargo, la vaguedad con respecto al uso del término, siendo que, de entre los juzgados, pocos hacen mención específica al “activismo”. Ya en las entrevistas con ministros a través de la prensa se percibe que el discurso no es unívoco, siendo que unos afirman la existencia del activismo judicial y otros lo niegan, incluso en virtud de la ausencia de criterios conceptuales claros acerca del fenómeno.²⁴

Siguiendo en esa línea, se percibe que las manifestaciones de los ministros del STF en sus fallos acerca del activismo judicial pueden ser sintetizadas en dos variantes.²⁵ La primera de ellas está asociada a un activismo de cuño más metodológico, relacionado con la interpretación de la Constitución o de orden infraconstitucional, “conformándolo” con la Constitución y los derechos fundamentales, de lo que a veces resultan sentencias manipuladoras. La otra se puede visualizar por medio de la asociación con

aprobados por el Tribunal Supremo a la aprobación del poder legislativo y somete al Congreso nacional la decisión sobre la inconstitucionalidad de las enmiendas a la Constitución.

23 “Y si la Constitución conquistó las calles, era solo cuestión de tiempo que las calles acabaran llamando a la puerta del STF, el órgano encargado de dar la última palabra en cuestiones constitucionales. En un país dotado de una amplia Constitución, un prestigioso Tribunal Constitucional y múltiples legitimidades para provocarlo, la jurisdicción constitucional acaba por activarse desde todos los lados. Por el estudiante que considera injusto perder su cupo en la universidad en favor de otro que se beneficia de las cuotas y por las mujeres que sufren el drama existencial de un embarazo con un feto anencefálico. Por parte de quienes quieren tener derecho a defender la despenalización de las drogas blandas o negar la ocurrencia del holocausto, pero también por parte de quienes consideran este tipo de discurso como inconstitucional” (original en portugués). Eduardo Mendonça y Luís Roberto Barroso. “STF entre seus papéis contramajoritário e representativo”. *Revista Consultor Jurídico* (2013). <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>.

24 Salomão Leite, *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático*.

25 Esta afirmación se basa en los resultados obtenidos en el análisis cualitativo de todas las sentencias dictadas por el Supremo Tribunal Federal en las que hubo mención expresa del término “activismo” en el período comprendido entre 1988 y 2014, tanto en el control de constitucionalidad concentrado como en el difuso. Para más detalles sobre estos aspectos, véase Felipe Dalenogare Alves y Mônia Clarissa Hennig Leal. *Judicialização e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

una postura más interventora, en la cual hay una repercusión en la esfera de actuación de los demás poderes, principalmente en lo que se refiere a las políticas públicas, con el objetivo de concretar derechos constitucionalmente previstos, ante las omisiones del Estado. En gran parte de ellas se constata que, en ese sentido, aunque no se haga alusión expresa al término, la fundamentación de los fallos no deja de justificar la actuación proactiva del poder judicial, aun cuando sea para fundamentar su legitimidad en la realización de una interpretación normativa o para consolidar su entendimiento de la “separación de poderes”. Y así se argumenta para reforzar la idea de que el fallo no es activista, buscando legitimar su posición, es posible percibir que el STF asocia el fenómeno tanto a la interpretación como a la intervención en la esfera de actuación de los demás poderes, justificando de modo general su actuación por la inercia legislativa o administrativa.

Por último, a pesar de las controversias se puede afirmar que en sus juicios el STF ha evidenciado ejercer su condición de “guardián de la Constitución”, decidiendo sobre la base de la concreción de derechos, aun cuando eventualmente reconozca que, en principio, esta conformación debería darse, con primacía, en las esferas política y deliberativa.²⁶

Igualdad en la diferencia: el fallo del STF en materia de matrimonio igualitario (2011)

Contextualización del debate brasileño sobre unión estable y matrimonio igualitarios

En Brasil, a pesar de la disciplina más detallada que otorgó el Código Civil a los institutos del derecho de familia, la propia CF/88 trajo importantes elementos que han planteado los contornos de lo que se debe considerar “familia” a los efectos de la protección estatal. Para el presente análisis

26 En sus decisiones, el Tribunal Federal Supremo tiende a invocar un argumento de autolimitación, reconociendo que se trata de una cuestión que corresponde en primer lugar a los poderes políticos y deliberativos; al mismo tiempo, sin embargo, afirma que, excepcionalmente, puede y debe actuar, sobre todo cuando se trata de la omisión o la violación de derechos fundamentales (aunque corresponde al propio Tribunal establecer los criterios para evaluar esta “excepcionalidad”). Un análisis más profundo de estos aspectos, así como un análisis más detallado de las acciones del STF en este ámbito, puede encontrarse en Mônia Clarissa Hennig Leal. “El rol del juez constitucional en Brasil: entre el activismo y el legalismo”. En Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch, Konrad Adenauer, 2021, pp. 35-76.

interesan los siguientes preceptos constitucionales que tuvieron mayor relevancia en el debate sobre la unión estable homoafectiva y sobre el matrimonio igualitario:

- Art. 226, *caput*: La familia, *base de la sociedad*, tiene especial protección del Estado.
- Art. 226, § 4: se entiende, *también*, como entidad familiar, la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes;
- Art. 226, § 3: Al efecto de la protección del Estado, se reconoce la *unión estable* entre el *hombre y la mujer* como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.
- Art. 226, § 8: El Estado asegurará la asistencia *a la familia, en la persona de cada uno de los que la integran*, creando mecanismos para cohibir la violencia, en el ámbito de sus relaciones (énfasis agregados).

Tales disposiciones constitucionales han formalizado una clara opción en favor de un modelo de familia que no sea el exclusivamente nacido del matrimonio y que abarca tanto la unión estable como la familia monoparental. Por eso mismo se denominaron *normas constitucionales de inclusión*, por lo que el elenco constitucional de entidades familiares no debía ser considerado un listado taxativo.²⁷ Esa premisa tuvo un papel central en la discusión sobre el matrimonio igualitario, en la medida en que se pasó a defender que el rasgo común de las familias no sería más su función procreativa ni eventuales formalidades de las que se reviste el matrimonio. Ahora el sentimiento de *afectividad* entre los integrantes del núcleo familiar se constituye como uno de los factores determinantes para la caracterización de la familia, razón por la cual ese elemento subjetivo pasó a ser invocado como base de la legitimidad en el reconocimiento de las parejas homoafectivas, aunque no expresamente mencionado en el texto constitucional.

Ese esfuerzo interpretativo se debe a que, si bien la CF/88 avanzó, por un lado, en la protección jurídica de las familias, por otro, ella misma acabó presentando un obstáculo textual al pleno encuadre de las parejas homoafectivas como entidad familiar, pues el artículo 226, § 3 antes mencionado se refiere a la unión estable entre *hombre y mujer*, lo que dio cabida

²⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo. “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”. *Revista de Direito de Família*, núm. 12 (2002): 44-45.

a interpretaciones restrictivas y excluyentes de las parejas homoafectivas. Por eso, y ante los obstáculos para la realización del casamiento civil igualitario, la doctrina brasileña empezó a defender la inclusión de las relaciones homoafectivas en el ámbito de la unión estable –visto que las uniones estables son pasibles de conversión en matrimonio–, para situarlas en el concepto de alguna entidad familiar, siempre y cuando, por cierto, dichos vínculos presentaran las características exigidas para la configuración de esa modalidad de familia. El énfasis en esa línea de argumentación constitucional recae, por lo tanto, en los principios de la dignidad de la persona humana (art. 1, III), de la igualdad sustancial (art. 5, *caput*), de la no discriminación (art. 3, IV) y del pluralismo familiar (art. 226).

Sin embargo, las parejas homoafectivas permanecían en una situación de inseguridad jurídica. Aun ante las presiones sobre la clase política y las intensas movilizaciones por parte de movimientos de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero y personas *queer* (LGBTQ+), el Congreso nacional nunca ha sacado adelante ningún proyecto de ley apto para reconocer, en forma clara y plena, a las parejas homoafectivas como una modalidad de familia.²⁸ Súmese a ello la ausencia de un entendimiento judicial sólido y uniforme capaz de garantizarles los mismos derechos asegurados por la CF/88 a los demás arreglos familiares.

En este contexto, es evidente la lentitud e incluso la total parálisis del sistema político en responder a demandas sociales de un grupo vulnerable.²⁹ Eso se explica, en muchos casos, en razón del elevado costo político de la

28 Todavía en la década de 1990, la entonces diputada federal Marta Suplicy (PT) presentó el Proyecto de Ley (PL) 1151/1995, que pretendía modificar el Código Civil brasileño para reconocer expresamente la unión estable homoafectiva y la Propuesta de Enmienda a la Constitución (PEC) 139/1995, que establecía la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Sin embargo, ambos fueron archivados. A raíz de esto, aparecieron nuevas propuestas en el Congreso nacional que trataban el tema de forma tímida, limitando el reconocimiento de las parejas homoafectivas a efectos de seguridad social (PL 6297/2005), tributarios (PL 3712/2008), de adopción de hijos (PL 2153/2011) o trasladando el tema al derecho contractual, al crear la figura del “contrato de unión estable” (PL 580/2007 y PL 4914/2009). Cabe destacar, sin embargo, el PL 2285/2008, que pretende instituir el “Estatuto de las Familias”, incorporando adecuadamente la diversidad de modalidades familiares. Sin embargo, como ya se ha señalado, ninguno de ellos fue aprobado.

29 Mônia Clarissa Hennig Leal. “Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En César Landa Arroyo (org.), *Derechos fundamentales*. Lima: Palestra, 2018, pp. 271-290.

decisión de enfrentar temas sensibles ante la opinión pública (mayoritaria). Esa inercia también puede configurar una estrategia para evitar una toma de decisión sobre un tema bastante controvertido para actores políticos y desplazar silenciosamente la solución del conflicto al ambiente judicial. Según Neal Tate,³⁰ muchos órganos legislativos estatales estadounidenses ciertamente prefieren dejar las políticas sobre el aborto en las manos del poder judicial. Se trata de una delegación intencional (*willful delegation*) de las instituciones mayoritarias, cuando no pretenden recibir críticas de la opinión pública por haber decidido sobre cuestiones polémicas. Entonces se convoca a los tribunales para que llenen los vacíos creados, intencionalmente o no, por los actores políticos. Y es en tales circunstancias donde muchas veces las cuestiones atinentes a los derechos de minorías se transfieren a las cortes, como se observa en materia de matrimonio igualitario.

Activismo judicial, protección de minorías y déficit de representación política: el emblemático fallo conjunto del STF en el juicio de la ADI 4.277/DF y la ADPF 132/RJ

Como se refirió anteriormente, no faltaron proyectos de ley en el Congreso nacional que buscaron reconocer la relaciones homoafectivas como entidades familiares.³¹ Además de este aspecto, el acceso dado a jurisdicción constitucional por parte de diversas entidades y grupos sociales aparece como un importante impulso a la judicialización de esas controversias.³² Ello no significa el cierre de los tradicionales procedimientos democráticos para canalizar y filtrar las reivindicaciones de los actores y movimientos sociales. Rigurosamente, se ve al poder judicial como *una oportunidad más* de realización de sus pleitos, especialmente cuando los órganos mayoritarios no los

30 C. Neal Tate. "Why the expansion of Judicial Power?". En Torbjörn Vallinder y C. Neal Tate (eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 32.

31 Cf. nota 23, *supra*.

32 Esta circunstancia surge no solo del principio general de la inafectabilidad de la jurisdicción, constitucionalmente garantizado (art. 5, XXXV), sino también de la ampliación de la legitimidad activa para interponer acciones ante el STF a través de las acciones de control concentrado de constitucionalidad (art. 103), incluyendo los partidos políticos representados en el Congreso nacional, las entidades de ámbito nacional, las confederaciones sindicales, el Consejo Federal del Orden de Abogados de Brasil, los gobernadores de los Estados miembros, entre otros. Esta es una innovación significativa de la CF/88, que rompe el antiguo monopolio del procurador general de la república para ejercer el control abstracto de constitucionalidad ante el STF.

atienden. A pesar de esas discusiones, la controversia sobre la unión estable homoafectiva solo fue apreciada por el STF en mayo de 2011,³³ por medio de dos acciones del sistema concentrado de control de constitucionalidad, juzgadas en forma conjunta: ADPF 132, traída a juicio por el procurador general de la república, y ADI 4.277, propuesta por el gobernador del estado de Río de Janeiro, ambas teniendo como relator al ministro Ayres Britto. En esas acciones se buscaba otorgar al Estatuto de los Servidores Públicos del Estado de Río de Janeiro una interpretación conforme de la Constitución, con miras a extender a las parejas homoafectivas los mismos derechos que esa ley les aseguraba a las parejas heterosexuales, así como al artículo 1.723 del Código Civil brasileño, que establece los requisitos necesarios para la caracterización de las uniones estables, de forma que esta regla no se aplique para excluir a las parejas homoafectivas.

Al juzgar las acciones en conjunto, la Corte decidió³⁴ por unanimidad de fallos³⁵ a favor del reconocimiento de las uniones homoafectivas como entidad familiar protegida constitucionalmente, sometiénolas a las mismas reglas y consecuencias de las uniones heteroafectivas, so pena de constituirse una interpretación discriminatoria de la CF/88 misma. El carácter unánime del fallo posee una innegable fuerza simbólica en la esfera

33 Cabe destacar que la cuestión ya había sido objeto de análisis por parte de las instancias ordinarias del poder judicial en casos concretos individuales, pero sin mayor repercusión, dado que cada sentencia solo producía efectos *inter partes*, además de que existían decisiones judiciales divergentes entre sí, lo que evidencia la necesidad de acudir al STF a través del sistema concentrado de control de constitucionalidad, ya que sus decisiones, dentro de este ámbito, producen un efecto vinculante y *erga omnes* en relación con los demás órganos del poder judicial y de la administración pública federal, estatal y municipal (art. 102, § 2, CF/88).

34 Es interesante observar que los votos de los magistrados presentaron pocas variaciones argumentativas, sin apartarse significativamente de los aspectos centrales de la posición expresada por el relator.

35 El STF adopta el modelo de deliberación *seriatim*. Sus decisiones se toman en sesiones públicas con la presentación sucesiva de las posiciones individuales (votos) de los once magistrados, cada uno con su propia *ratio decidendi*. Al final, la decisión se presenta en forma de sentencia, que engloba todos los votos, incluidos los disidentes. Por lo tanto, a diferencia del modelo de deliberación *per curiam*, que privilegia la posición institucional y única del tribunal, el estilo *seriatim* destaca la independencia de cada magistrado en la construcción de su interpretación jurídica, lo que puede traer dificultades para identificar una *ratio decidendi* del tribunal en cada situación concreta. No pocas veces, en la práctica decisoria del STF, sus miembros llegan a las mismas posiciones, pero por caminos diferentes, lo que perjudica la coherencia interna del juicio y la colegialidad de las deliberaciones judiciales. Sobre el tema, André Rufino do Vale. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

pública y transmite una voz institucional única del tribunal en cuanto a su comprensión de rechazar tratamientos discriminatorios relativos a la orientación sexual que obstaculizan el reconocimiento legal de las parejas homoafectivas, especialmente en un país de fuerte tradición religiosa, como lo es Brasil.

Tras plantear consideraciones sobre la etimología del término “homoafectividad”, en las que se destacaba que se estaba tratando del vínculo de afecto y solidaridad entre personas del mismo sexo, observó el ministro Ayres Britto que uno de los objetivos fundamentales de la República Federal del Brasil es el de promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, color, sexo, edad o cualesquiera otras formas de discriminación (CF/88, art. 3, IV). En el caso de la unión estable homoafectiva, ese vector constitucional implicaría una auténtica prohibición a cualquier forma de discriminación basada en el género u orientación sexual de las personas. No se estaría afirmando, pondera el relator, que toda modalidad de desequilibrio entre las personas sea una violación a la isonomía. Sin embargo, salvo expresa disposición constitucional en contra, es ilegítimo cualquier tratamiento “desigualitario sin causa”, en la expresión del ministro Ayres Britto.

El objetivo explicitado en la CF/88 de promover el “bien de todos” fue visto en sintonía con el preámbulo constitucional, que expresa la intención de la Asamblea Constituyente de instituir un Estado democrático basado en los valores de una sociedad “fraterna, pluralista y sin prejuicios”. Con apoyo de esos elementos tomados del texto constitucional, el ministro Ayres Britto defendió la idea de un “constitucionalismo fraternal” destinado a la “integración comunitaria de las personas”.³⁶ Además, sostuvo que el texto constitucional en ningún momento predeterminó el uso de la sexualidad de las personas, o sea que no existe una regla que establezca el uso concreto de la sexualidad. Se constató, por lo tanto, un silencio constitucional que fundamenta la libertad sexual como derecho individual. Ese derecho guarda estrecha relación con la dignidad humana misma, en la medida en que las orientaciones sexuales constituyen un importante factor de afirmación y autoestima personales. Por lo tanto, si las personas con orientación heterosexual solo se realizan heterossexualmente, los homoafectivos solo se realizan y son felices homoafectivamente. Se trata de la propia expresión

36 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de. 05.05.2011.

de la privacidad e intimidad, que tienen aplicación inmediata. Como destacó el ministro Ayres Brito:

No puede ser diferente, porque nada es más íntimo y más privado para los individuos que la práctica de su propia sexualidad. Implicando el silencio normativo de nuestra Ley Mayor, en cuanto a esa práctica, un lógico encaje del libre uso de la sexualidad humana en rincones jurídico-fundamentales de la intimidad y de la privacidad de las personas naturales. Tal como sobre esas dos figuras de derecho dispone la parte inicial del art. 10 de la Constitución, *verbis*: “son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas”. *Con el aporte de la regla de la autoaplicabilidad posible de las normas consustanciadoras de los derechos y garantías fundamentales*, según el tenor del § 1° del art. 5° de nuestra Ley Mayor, así redactado: “Las normas definitorias de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicabilidad inmediata”. (Énfasis en el original)³⁷

En esa línea de pensamiento, no solo se reconoció la prohibición de prácticas discriminatorias entre hombres y mujeres, sino también en razón de sus orientaciones sexuales. Al contrario, lo que existe, según el ministro Ayres Brito, es “el derecho de la mujer a un tratamiento igualitario con los hombres, así como el derecho de los homoafectivos a un tratamiento igualitario con los heteroafectivos”.

Afirmadas las premisas que dan sustento a la igualdad de género, a la libertad sexual, a la autonomía de la voluntad y a la intimidad, el ministro Ayres Brito buscó proyectar esos argumentos al campo del derecho de familia. Aquí, entendió que la CF/88 rompió con el modelo formal y patriarcal de familia y al reconocerla como “base de la sociedad” no le prestó ningún significado ortodoxo, formalista o de técnica jurídica. Para él, se trata de un concepto *cultural*, sin que importe si está constituida formal o informalmente o si está compuesta por parejas heterosexuales o por personas homoafectivas. De esa manera, el ministro Ayres Brito le otorgó al término “familia” un significado no reduccionista que abarca las entidades familiares constituidas por el matrimonio, las familias monoparentales y las familias constituidas por la unión estable e incluye las homoafectivas. De lo contrario, ponderó el magistrado, el texto constitucional asumiría, sin disimulo, un discurso prejuicioso u homofóbico.

37 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Brito, *DJ*, de. 05.05.2011.

A pesar de esas consideraciones, aún era necesario enfrentar uno de los principales obstáculos a la interpretación judicial en el presente caso, es decir: la literalidad del artículo 226, § 3 (CF/88) que, como ya se anticipó, expresamente se refiere a la unión entre *hombres y mujeres*. El ministro Ayres Britto sostuvo que la referencia a ambos géneros tuvo como objetivo dejar clara la naturaleza familiar de la relación informal, en régimen de compañerismo, “sin un papel certificado”, entre hombre y mujer, por ser la mujer, a fines de la década de 1980, cuando la Constitución estaba siendo discutida por la Asamblea Constituyente, aún víctima de prejuicios consecuentes de un modelo patriarcal de familia. Entonces, el mandato constitucional no tendría el poder de discriminar a las parejas homoafectivas, sino el de alejar las discriminaciones con relación a las mujeres no casadas.

Adoptando una línea de entendimiento diversa, el ministro Gilmar Mendes observó que no sería legítima la adopción de una interpretación extensiva de la regla constitucional que trata de la unión estable entre hombre y mujer para incluir a las parejas homoafectivas. Sin embargo, destacó la incidencia de otros fundamentos constitucionales relevantes que justificaban la intervención judicial, en un claro ejemplo de protección de derechos fundamentales de las minorías. Así, resaltó que lo que estaba en discusión era “la afirmación del reconocimiento constitucional de la unión de personas del mismo sexo, como concreción del derecho de libertad –en el sentido del ejercicio de una libertad fundamental, de libre desarrollo de la personalidad jurídica del individuo”.³⁸ Como el artículo 226, § 3, de la Constitución encuadra tan solo la unión estable entre hombre y mujer, se estaría ante la falta de una red de protección jurídica para los integrantes de la unión homoafectiva. Así, considerando la ausencia de un modelo institucional satisfactorio capaz de contemplar a aquellos que buscan construir sus proyectos de vida con compañeros del mismo género, debía existir un *deber de protección* por el Estado.³⁹ También, en la visión del ministro Gilmar Mendes, aunque existan reglamentos jurídicos puntuales que reconocen la unión homoafectiva –como se verifica, por ejemplo, a efectos tributarios, de la seguridad social y en el campo de las inelegibilidades electorales–, no se podría afirmar que haya una protección legal más abarcadora a favor de

38 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de 05.05.2011.

39 Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena Maas. *Dever de proteção estatal* (Schutzpflicht), *proibição de proteção insuficiente* (Untermassverbot) e *controle jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

ese grupo. Eso significa que cabría al legislador actuar en el sentido de aprobar políticas públicas para suplir tal laguna. La protección más efectiva no se daría por actos administrativos, reglamentos u otros actos infralegales, sino por medio de una legislación incluyente, orientada a la institucionalización de los derechos básicos de los compañeros homoafectivos. De esa manera, el ministro Gilmar Mendes discrepó con el ministro Ayres Britto por no equiparar, pura y simplemente, los regímenes jurídicos de la unión estable heterosexual y homoafectiva. Optó, entonces, por limitarse a reconocer la existencia de la unión estable entre personas del mismo sexo, determinando la aplicación, *en lo que correspondiese*, de un modelo de protección semejante a lo que existe para la unión estable entre hombre y mujer. Como lo resaltó en su fallo:

Me preocupa, sin embargo, que esta Corte conceda desde ahora amplia extensión a los efectos jurídicos del reconocimiento de la unión homoafectiva sin una mayor reflexión, incluso por parte de la propia sociedad y del Congreso Nacional, en razón de la infinidad de implicaciones prácticas y jurídicas, previsibles e imprevisibles, que eso puede acarrear. En ese sentido, basta recordar que hay repercusiones en las más diversas esferas jurídicas de los ciudadanos entre sí y ante el Estado. Un simple fallo de equiparación irrestricta a la unión estable podría, por el contrario, generar una mayor inseguridad jurídica, incluso si no se mantuviera abierto el espacio reservado a la normatividad legislativa, por ejemplo. La actuación de esta Corte en este punto, como ya se resaltó aquí, debe ser admitida como una solución provisoria que no inhibe, sino que estimula la actuación legislativa. (Énfasis en el original)⁴⁰

El ministro Ricardo Lewandowsky siguió un entendimiento similar al del ministro Gilmar Mendes, pero antes trajo a la discusión un elemento interesante. En una entrevista concedida en 2010, cuando se le preguntó cómo veía el activismo judicial ejercido por el STF, respondió que no le gustaba la expresión “activismo judicial”, pero entendía que la Corte “últimamente viene teniendo un *protagonismo* mayor en relación con los anhelos de la sociedad. Ahora, más y más, viene ejerciendo el rol que le reservó al Tribunal la Constitución de 1988”.⁴¹ Entonces, ¿cuál es la diferencia entre afirmar que la corte es “activista” en ciertas situaciones y es “protagonista”

40 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de 05.05.2011.

41 Aline Pinheiro. “Justiça precisa saber como e aonde chegar”. Consultor Jurídico, metas e estatísticas, 7 de fevereiro de 2010. <http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>.

en otras? Cuando el ministro Ricardo Lewandowski defendió que sería inviable extender el concepto de unión estable a las uniones homoafectivas, pues la voluntad inequívoca de los constituyentes era la de que la unión estable sería formada apenas por hombre y mujer, estaba por cierto alineándose con la autocontención, siendo deferente con una autoridad superior al tribunal y fundadora del propio orden constitucional (*the original intent*). A pesar de ello, al terminar reconociendo las uniones homoafectivas como una nueva entidad familiar, aplicándoseles las mismas reglas jurídicas de la unión estable heterosexual, ¿estaría él siendo protagonista o activista? Por lo que parece, el problema reside, por lo tanto, en la precomprensión negativa de lo que sea activismo, pues en términos prácticos no existe diferencia entre unión homoafectiva como unión estable y unión homoafectiva como nueva entidad familiar a la cual se aplica el mismo régimen jurídico de la unión estable. Se puede notar que el manejo de expresiones más suaves para referirse al activismo judicial sirve retóricamente para alejar eventuales críticas al STF.

Ya en forma distinta, el ministro Celso de Mello destacó el activismo judicial como una *necesidad institucional* ante las omisiones de las instancias políticas, que resultaban en violaciones de los derechos individuales de las parejas homoafectivas:⁴²

Las prácticas de activismo judicial, aunque desempeñadas moderadamente por la Corte Suprema en momentos excepcionales, se vuelven una necesidad institucional cuando los órganos del Poder Público se omiten o retardan excesivamente el cumplimiento de obligaciones a las que están sujetos, más aún si se tiene presente que el Poder Judicial, tratándose de comportamientos estatales ofensivos a la Constitución, no puede reducirse a una posición de pura pasividad.

El ministro Gilmar Mendes también presentó una reflexión importante sobre el rol de la jurisdicción constitucional en casos como este:

Celebro y comulgo también con ese entendimiento. Es sabido que soy un crítico muy feroz de aquel argumento del que de vez en cuando echamos mano que dice que no podemos hacer esto o aquello porque estamos comportándonos como legislador positivo o cosa parecida. No hay ninguna duda de que aquí el Tribunal está asumiendo un papel activo, aunque sea provisoriamente,

42 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, DJ, de 05.05.2011.

pues se espera que el legislador auténtico actúe. Pero es inequívoco que el Tribunal está dando una respuesta de carácter positivo. [...] // No sería extravagante, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, incluso ante las acusaciones de eventual activismo judicial, como ya se explicitó en este fallo, de un exceso de intervención judicial, decir que sería mejor que el Congreso encaminara ese tema, como lo han hecho muchos parlamentos de todo el mundo. Destaqué más arriba, incluso, la contribución del derecho comparado en este tema, lo que demuestra la complejidad y relevancia de este debate. Pero es verdad, también, que el cuadro que se tiene en Brasil, como ya se describió aquí, es de inercia, de dificultades y de no decisión, por razones políticas varias. Es evidente también que aquí no estamos hablando solo de la falta de una disciplina legislativa que permita el desarrollo de una política pública dada. *Estamos hablando, realmente, del reconocimiento del derecho de minorías, de derechos fundamentales básicos. Y, en ese punto, no se trata de activismo judicial, sino del cumplimiento de la esencia misma de la jurisdicción constitucional.*⁴³

Aunque la posición del STF haya sido, en general, bien recibida por la opinión pública, tuvo algunas reacciones importantes en el medio académico,⁴⁴ en el sentido de que el STF no podría conferirle a la Constitución brasileña una interpretación ampliativa contraria a una disposición expresa del texto constitucional, pues estaría incurriendo en una práctica antidemocrática de activismo judicial. Por lo tanto, al extrapolar los límites hermenéuticos de su fallo cabía el riesgo de que el tribunal se convirtiera en un órgano con poderes permanentes de alteración constitucional.

Es digno de notar la poca referencia a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el fallo, con excepción del fallo del ministro Marco Aurelio, que invocó los Casos Loayza Tamayo *vs.* Perú y Cantoral Benavides *vs.* Perú para resaltar el reconocimiento de la protección jurídica al proyecto de vida de cada persona en cuanto proyección del núcleo esencial de la dignidad de la persona humana. A ese respecto, el STF posee una jurisprudencia refractaria y poco abierta a un diálogo entre cortes y cuando mucho realiza referencias retóricas a

43 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de. 05.05.2011.

44 Lênio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira y Vicente de Paulo Barreto. “Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte”. *JUS.COM.BR*, 7/2009. <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Según los autores, solo mediante una reforma constitucional sería legítimo el reconocimiento de las uniones homoafectivas.

fallos de tribunales europeos como estrategia argumentativa para reforzar sus propios puntos de vista.⁴⁵ Sea como sea, conviene destacar que, en ese caso, el STF resaltó que la ausencia de una protección legal plena resultaba de la falta de una ley específica que tratara de los derechos de las parejas homoafectivas. Observó que el Congreso nacional llevaba varios años discutiendo el asunto, pero, en razón de las polémicas en esa materia, aún no había llegado a un consenso. Los obstáculos verificados en la arena política hicieron que parejas homoafectivas concibieran al tribunal como una instancia substituta del sistema político mayoritario. Como dijo el Min. Gilmar Mendes:

En las sustentaciones de ayer se agitó el tema de la cuestión del reconocimiento de derecho de la minoría. He estado escribiendo sobre eso, ya lo destacué en otro momento, incluso como un *ethos* fundamental, básico, de la jurisdicción constitucional. Y, en el caso específico, es notorio que lo que se pide es un modelo mínimo de protección institucional como instrumento para evitar una caracterización continuada de discriminación.

Evidentemente, esa protección se podría hacer —o eventualmente debería hacerse— primariamente por el Congreso Nacional, pero también se destacaron desde la tribuna las dificultades que acaecen en ese proceso decisorio, en razón de las múltiples controversias que se generan en la sociedad con relación a ese tema. Y de ahí, muchas veces, la dificultad del modelo representativo para actuar y operar.⁴⁶

En este extracto se percibe que el tribunal comprende que la protección jurídica debería, de hecho, partir del Congreso nacional, al cual le correspondería tomarse en serio los derechos de una minoría y editar un diploma legal en su favor. Sin embargo, ese caso demuestra, así como ha estado ocurriendo en otros lugares del mundo, que las instituciones mayoritarias no siempre son las más habilitadas para promover la debida protección de las minorías. Entonces, al reputar a la protección de minorías un *ethos* de la jurisdicción constitucional, la corte terminó por asumir una postura más asertiva, sustituyendo, en cierta medida, al legislador democrático. No

45 Mônia Clarissa Hennig Leal. “A execução das sentenças internacionais pelas jurisdições nacionais: o caso do Brasil”. En Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs, *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo Blanch; Konrad Adenauer, 2020, pp. 43-78.

46 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de 05.05.2011.

obstante, aun en situaciones en que la jurisdicción constitucional avanza en el ejercicio de sus espacios decisorios en la protección de derechos fundamentales, no hay necesariamente una defensa de la *supremacía judicial*. Por eso, actuaciones más expansivas no son incompatibles con una perspectiva dialógica de la jurisdicción constitucional,⁴⁷ y el STF ha hecho referencia expresa a la necesidad de la actuación del Congreso nacional. Actuando de esta manera, la corte no ha asumido el rol de “vocero” único de la Constitución. En varios apartes se hizo alusión a la necesidad de intervención legislativa para disciplinar el régimen jurídico de la unión estable homoafectiva, pues el tribunal mismo no tendría las condiciones para anticipar las varias situaciones relacionadas con dicha materia. Al proceder de esa manera, la corte promovió un *diálogo institucional*, convocando al poder legislativo a cumplir su deber de protección de un grupo minoritario.

Del resumen que sigue, se puede extraer la *ratio decidendi* adoptada por el STF, que se pauta por los siguientes aspectos constitucionales: a) prohibición de discriminación en razón de género u orientación sexual; b) prohibición del prejuicio; c) observancia del pluralismo; d) protección de la libertad (disposición sobre la propia sexualidad en cuanto derecho fundamental del individuo); e) familia como categoría cultural y derecho subjetivo de constituir familia.

Resumen: 1. ALEGACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO FUNDAMENTAL (ADPF). PÉRDIDA PARCIAL DE OBJETO. RECIBO, EN LA PARTE REMANENTE, COMO ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD. UNIÓN HOMOAFECTIVA Y SU RECONOCIMIENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGENCIA DE OBJETOS ENTRE ACCIONE DE NATURALEZA ABSTRACTA. JUICIO CONJUNTO. Traspaso de los fundamentos de la ADPF 132-RJ por la ADI 4.277-DF, con la finalidad de otorgar “interpretación conforme a la Constitución” al art. 1.723 del Código Civil. Cumplimiento de las condiciones de la acción.

2. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS EN RAZÓN DE SU SEXO, YA SEA EN EL PLANO DE LA DICOTOMÍA HOMBRE/MUJER (GÉNERO), YA SEA EN EL PLANO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE CADA UNO DE ELLOS. LA PROHIBICIÓN DEL PREJUICIO COMO CAPÍTULO DEL CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAJE AL PLURALISMO COMO VALOR SOCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERTAD PARA DISPONER DE LA PROPIA SEXUALIDAD, INSERTADA EN LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDIVIDUO, EXPRESIÓN QUE ES DE LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD. DERECHO

47 Glauco Salomão Leite. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017, p. 213.

A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. *El sexo de las personas, salvo disposición constitucional expresa o implícita en sentido contrario, no se presta como factor de desigualación jurídica. Prohibición de prejuicio, a la luz del inciso IV del art. 3 de la Constitución Federal, por colisionar frontalmente con el objetivo constitucional de “promover el bien de todos”.* Silencio normativo de la Carta Magna respecto del concreto uso del sexo de los individuos como botín de la “norma general negativa” kelseniana, según la cual “lo que no esté jurídicamente prohibido, u obligado, está jurídicamente permitido”. Reconocimiento del derecho a la preferencia sexual como directa emanación del principio de la “dignidad de la persona humana”: derecho a la autoestima en el más elevado punto de la conciencia del individuo. Derecho a la búsqueda de la felicidad. Salto normativo de la prohibición del prejuicio hacia la proclamación del derecho a la libertad sexual. El concreto uso de la sexualidad forma parte de la autonomía de la voluntad de las personas naturales. Empírico uso de la sexualidad en los planos de la intimidad y de la privacidad constitucionalmente tuteladas. Autonomía de la voluntad. CLÁUSULA PÉTREA.

3. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA. RECONOCIMIENTO DE QUE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO PRESTA AL SUSTANTIVO “FAMILIA” NINGÚN SIGNIFICADO ORTODOXO O DE LA TÉCNICA JURÍDICA MISMA. LA FAMILIA COMO CATEGORÍA SOCIOCULTURAL Y PRINCIPIO ESPIRITUAL. DERECHO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMILIA. INTERPRETACIÓN NO-REDUCCIONISTA. El *caput* del art. 226 otorga a la familia, base de la sociedad, especial protección del Estado. Énfasis constitucional en la institución de la familia. Familia en su coloquial o proverbial significado de núcleo doméstico, importando poco si está formal o informalmente constituida, o si está integrada por parejas heteroafectivas o por parejas homoafectivas. La Constitución de 1988, al utilizar la expresión “familia”, no limita su formación a parejas heteroafectivas ni a una formalidad notarial, a una celebración civil o a una liturgia religiosa. Familia como institución privada que, voluntariamente constituida entre personas adultas, mantiene con el Estado y la sociedad civil una necesaria relación tricotómica. Núcleo familiar que es el principal *locus* institucional de concreción de los derechos fundamentales que la propia Constitución designa como “intimidad y vida privada” (inciso X del art. 5). Igualdad entre parejas heteroafectivas y parejas homoafectivas que solo recibe plenitud de sentido si desemboca en el igual derecho subjetivo a la formación de una familia autonomizada. Familia como figura central o continente, de la cual todo lo demás es contenido. Imperiosidad de la interpretación no-reduccionista del concepto de familia como institución que también se forma por vías distintas al matrimonio civil. Avance de la Constitución Federal de 1988 en el plano de las costumbres. Caminar en dirección al pluralismo como categoría socio-político-cultural.

Competencia del Supremo Tribunal Federal para mantener, interpretativamente, el Texto Magno en posesión de su fundamental atributo de la coherencia, lo que pasa por la eliminación de prejuicio en cuanto a la orientación sexual de las personas.

4. UNIÓN ESTABLE. NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMBRES Y MUJERES, PERO SOLO PARA LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE ESTA ÚLTIMA. ENFOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABLECER RELACIONES JURÍDICAS HORIZONTALES O SIN JERARQUÍA ENTRE LAS DOS TIPOLOGÍAS DEL GÉNERO HUMANO. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE “ENTIDAD FAMILIAR” Y “FAMILIA”. La referencia constitucional a la dualidad básica hombre/mujer, en el § 3 de su art. 226, se debe a la centrada intención de que no se perdiera la menor oportunidad para favorecer relaciones jurídicas horizontales o sin jerarquía en el ámbito de las sociedades domésticas. Refuerzo normativo a un más eficiente combate de la reticencia patriarcal de las costumbres brasileñas. Imposibilidad de uso de la letra de la Constitución para resucitar el art. 175 de la Carta de 1967/1969. No hay cómo hacer rodar la cabeza del art. 226 en el patíbulo de su párrafo tercero. Dispositivo que, al utilizar la terminología “entidad familiar”, no pretendió diferenciarla de la “familia”. Inexistencia de jerarquía o diferencia de calidad jurídica entre las dos formas de constitución de un nuevo y autonomizado núcleo doméstico. Empleo del fraseado “entidad familiar” como sinónimo perfecto de familia. La Constitución no prohíbe la formación de una familia por personas del mismo sexo. Consagración del juicio de que no se prohíbe nada a nadie sino ante un derecho o de una protección de un legítimo interés de otro/a, o de toda la sociedad, lo que no se da en la hipótesis *sub judice*. Inexistencia del derecho de los individuos heteroafectivos a su no-equiparación jurídica con los individuos homoafectivos. Aplicabilidad del § 2 del art. 5 de la Constitución Federal, que evidencia que otros derechos y garantías, no expresamente listados en la Constitución, emergen “del régimen y de los principios por ella adoptados”, *verbis*: “*Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte*”.

Si inicialmente la actuación parlamentaria podría implicar un costo político elevado, con el fallo del tribunal el poder legislativo se descarga de la obligación de inaugurar ante el electorado heterogéneo una legislación para regular las uniones homoafectivas.

Ante el fallo de la corte, el poder legislativo pasó a contar con un espacio abierto para ejercer su libertad de conformación. Como dijo el ministro Ayres Brito, “nuestro fallo [...] es un abrir de puertas para la

comunidad homoafectiva, pero no es un cerrar de puertas para el Poder Legislativo”.⁴⁸

Del reconocimiento de la unión estable al matrimonio igualitario: desdoblamientos del fallo del STF

Como se nota, el debate en el STF giró básicamente en torno de la amplitud de la unión estable en cuanto entidad familiar. El tribunal no llegó a enfrentar expresamente la problemática del matrimonio civil igualitario, instituto diferente de la unión estable en el derecho brasileño. Eso trajo dudas ante las notarías responsables del registro civil, de manera que muchas se rehusaron a formalizar el matrimonio entre parejas homoafectivas. Sin embargo, en el plano conceptual, se pasó a defender que el juicio del STF también tornó viable el matrimonio igualitario, una vez que, de acuerdo con la legislación brasileña, si la unión estable consustancia una relación que *puede ser* convertida en matrimonio, por lo tanto, una vez reconocida la unión estable homoafectiva, esta podrá igualmente transformarse en matrimonio civil.⁴⁹ Y más: siendo posible dicha conversión, también es legítimo el matrimonio directo, no habiendo necesidad de, primero, constituirse una unión estable para, solo después, solicitarse la realización del matrimonio. Por esa razón, a los efectos de quitar de en medio los obstáculos administrativos y burocráticos que estaban impidiendo el pleno cumplimiento de los fallos del STF, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) aprobó la Resolución 175, del 14 de mayo de 2013, aún vigente, que prohíbe a las notarías rehusarse al matrimonio entre personas del mismo sexo o a la conversión de la unión estable en matrimonio en los siguientes términos: “Art. 1º: Se prohíbe a las autoridades competentes rehusarse a la habilitación, celebración de matrimonio o de conversión de una estable en matrimonio entre personas del mismo sexo”.

En esa misma línea, aunque el Supremo Tribunal Federal mismo no haya dejado claro cuáles serían los efectos jurídicos provenientes de la extensión de la unión estable a las parejas homoafectivas, las bases de su fallo repercutieron en otras dimensiones, pues, a partir del momento en que dichas parejas tienen el derecho a la unión estable y al matrimonio civil,

48 STF – ADI 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de 05.05.2011.

49 Así lo establece el artículo 1.726 del Código Civil: la unión estable puede convertirse en matrimonio, mediante la solicitud de los integrantes de la pareja al juez y la inscripción en el Registro Civil.

ello significa extenderles los derechos y obligaciones resultantes de dichos arreglos familiares, como, por ejemplo, el derecho a la herencia y a alimentos. Siguiendo en esa línea, la Sala Cuarta del Superior Tribunal de Justicia (STJ), por ejemplo, entendió que el derecho a recibir pensión alimentaria alcanza a los integrantes de una unión homoafectiva:

En una entidad familiar, vocacionalmente amorosa, parental y protectora de sus respectivos miembros, no hay como alejar en la relación de personas del mismo sexo la obligación de asistencia al más vulnerable de la pareja. Existe el deber de cuidar, de protección, incluso porque los alimentos consustancian el principio de la solidaridad social. *Si la unión homoafectiva es reconocidamente una familia, parece despropositado concluir que el elevado instrumento jurídico de los alimentos no alcance a la pareja homoafectiva.* [...] Los alimentos no se pueden negados bajo pretexto de una preferencia sexual diversa.⁵⁰

Coherente con dichas premisas, en lo que se refiere al derecho a la herencia, el mismo STJ lo extiende a las parejas homoafectivas: “Comprobada la existencia de unión afectiva entre personas del mismo sexo, se debe reconocer el derecho del compañero supérstite a la partición de los bienes adquiridos a título oneroso a lo largo de la relación, aunque se hayan registrado únicamente en nombre del fallecido, sin que se exija, para ello, la prueba del esfuerzo común, que en esos casos se presume”.⁵¹ Por lo tanto, una vez reconocida la condición de entidad familiar a los efectos de la protección jurídica del Estado, el matrimonio y la unión estable entre personas del mismo sexo disfrutaban de las mismas prerrogativas inherentes a los demás modelos de familia. Se les aseguran a las parejas homoafectivas los mismos derechos civiles que el ordenamiento jurídico patrio prevé para las parejas heterosexuales. A nuestro modo de ver, solo de esa manera se puede concretar plenamente la prohibición de discriminación por orientación sexual, fundada en el derecho a la igualdad, a la libertad individual y a la privacidad.

El caso brasileño de la consagración del matrimonio igualitario traduce con claridad que el acceso a la jurisdicción constitucional también contribuye para tornarlo un espacio público ocupado por innumerables actores sociales y grupos vulnerables, muchas veces externos al circuito

50 Resp 1.302.467, Rel. Luis Felipe Salomão, d.j. 03.03.2015.

51 Resp 930.460/PR, Rel. Min. Nancy Andrighy, d.j. 19.05.2011.

clásico “sociedad civil-partidos-representación-formación de la voluntad general”.⁵² En este particular, los tribunales sirven como un importante *locus* institucional de protección de minorías.

Efecto backlash del Congreso nacional

A pesar de que la Corte misma haya buscado establecer una especie de diálogo institucional con el legislador, haciéndole un llamado para que edite un diploma normativo capaz de promover más adecuadamente la seguridad jurídica de las familias formadas por parejas homoafectivas, el Congreso nacional ha ensayado una reacción antagónica al fallo del STF. Se trata del Proyecto de Ley 6.583, del 16 de octubre de 2013, de autoría del diputado federal Anderson Ferreira (PR/PE). Dicho proyecto pretende instituir el llamado Estatuto de la Familia y prohibir el reconocimiento del matrimonio y de la unión estable entre personas del mismo sexo.⁵³ De ese modo, es evidente que se trata de una tentativa de *backlash* al entendimiento afirmado por el STF a través de un diploma legal.⁵⁴

En el parecer presentado por la Comisión Especial constituida para analizar el referido proyecto de ley en la Cámara Federal, su relator, el diputado Ronaldo Fonseca (PROS-DF), sostuvo su constitucionalidad. Curiosamente, aunque este parlamentario se refiere de modo expreso a la posición del STF, no enfrentó los argumentos que componen la *ratio decidendi* de sus precedentes. En otros términos, no asumió la carga política (y

52 Vianna *et al.*, *A judicialização da política*, p. 22.

53 Este proyecto de ley sigue en curso en la Cámara de Representantes, habiendo tenido su último movimiento en noviembre de 2015, y aún no ha sido sometido a votación.

54 Esta reacción legislativa debe entenderse también en el contexto de un creciente número de parlamentarios identificados con una agenda conservadora y que conforman el llamado grupo evangélico. Ya en 2003, este grupo, formado por parlamentarios de diferentes partidos políticos, creó el Frente Parlamentario Evangélico, que posteriormente pasó a llamarse Frente Parlamentario Evangélico del Congreso Nacional. En las elecciones de 2018 fueron elegidos 84 Diputados Federales identificados con creencias evangélicas, más que en la anterior legislatura. En el Senado, el número aumentó de tres a siete. En total, la bancada antes compuesta por 78 miembros cuenta ahora con 91. Tampoco hay que subestimar la representatividad de algunos de estos diputados. El diputado federal reelecto Eduardo Bolsonaro (PSL) obtuvo la mayor votación nominal de todo el país en las elecciones de 2018. La elección de su padre, Jair Bolsonaro, como presidente de la república, contó con un amplio apoyo de los segmentos evangélicos y neopentecostales, intensificando esta tendencia conservadora en el país. Cf. Luiza Damé. “Em crescimento, bancada evangélica terá 91 parlamentares no Congresso”. Agência Brasil, 18 de octubre de 2018. <https://agenciabrasil.abc.com.br/politica/noticia/2018-10/em-crescimento-bancada-evangelica-tera-91-parlamentares-no-congresso>.

argumentativa) de intentar mostrar las equivocaciones del fallo de la corte. En vez de ello, desarrolló una línea de razonamiento basada en argumentos anacrónicos o que reflejan particularismos religiosos. En efecto, el parlamentario se esfuerza en delimitar el concepto constitucional de “familia” que, al tenor del artículo 227 de la CF/88, merece “especial” protección del Estado. De esta manera, procura lanzar luces para superar “el tenebroso momento” que se vive con el ensanchamiento de la idea de entidad familiar. Para ello, parte de la premisa de que hay distinción entre familia y “relaciones de mero afecto, convivencia o mutua asistencia”, ya sea de personas del mismo sexo o no. De ese modo, si hay distinción, es necesario fijar el criterio de discriminación. Para el parlamentario, dicho criterio consiste en la capacidad de procrear, solo presente en las familias basadas en la diversidad de sexos. Según consta en su parecer:

Es obvio, pero necesario, decir que solo es posible la generación conjunta de nuevos ciudadanos de la unión del hombre con la mujer y solo desde esa institución, la familia, es que el Estado tendría una justificativa de exigir conjuntamente y personalmente el cumplimiento del deber del art. 227 y de otorgar ESPECIAL protección del Estado. Es importante aseverar que solo en la familia, unión de un hombre con una mujer, existe la presunción del ejercicio de ese relevante papel social que la hace ser base de la sociedad. [...] // No tiene sentido que el Estado proteja cualquier relación de mero afecto, pues de ella no se presume una reproducción conjunta y el cumplimiento del rol social que hace de la familia la base de la sociedad. No hay atributos intrínsecos a las relaciones de mero afecto que las hagan ser merecedoras de especial protección del Estado como tal.

No se necesita una argumentación más densa y sofisticada para demostrar el desacierto de las aseveraciones anteriores. Tener hijos es una elección libre de la pareja y cualquier decisión al respecto se debe tomar sin ninguna interferencia estatal. Se percibe, entonces, que el factor de discernimiento elegido por el parlamentario para separar a la familia de las relaciones de “mero afecto” no resiste una mirada más atenta. En este punto, y aquí se constata la contradicción en que incurre el parlamentario, en las entidades familiares basadas en el matrimonio o en la unión estable entre hombre y mujer, que no quieren o no pueden tener hijos, sobresale como un elemento de la mayor importancia justamente la afectividad entre ambos, que los conducirá a sus proyectos de vida en común y, destáquese, con especial protección del Estado. Además, llama la atención el otro

argumento invocado por el parlamentario, que alude al preámbulo de la Constitución, en la parte en que consta la conocida expresión “bajo la protección de Dios”. De dicho enunciado infiere el deber del Estado de respetar el credo de la *mayoría de los brasileños*, aunque advirtiendo, paradójicamente, que el Estado es laico:

De ese modo, a pesar de que el Estado es laico, por no poseer religión oficial, ni influencia de autoridades eclesiásticas en el Estado, toda la estructura jurídica que plantea el constituyente, incluyéndose la dignidad de la persona humana, la igualdad ante la ley y demás derechos fundamentales, individuales y colectivos, es dada bajo la protección de Dios.

El preámbulo de la Constitución no se considera una norma jurídica, razón por la cual no posee fuerza vinculante.⁵⁵ Además, representa un verdadero desatino pretender interpretar los preceptos constitucionales a la luz de un credo religioso, sea cual fuere. Además de comprometer el sentido más elemental de laicidad estatal, de modo que las instituciones públicas no pueden ser instrumentalizadas en nombre de una ideología religiosa, afecta el núcleo esencial de la libertad religiosa, que asegura la libertad que tiene el individuo de seguir cualquier religión, así como la de no seguir ninguna, si le viene en gana. En el Estado constitucional, la voluntad de la mayoría no es autosuficiente, bajo pena de que se establezca una dictadura de la mayoría. He aquí una de las principales funciones de los documentos constitucionales en las democracias: contener los avances de las mayorías ocasionales para proteger derechos fundamentales, sobre todo de las minorías. Y en esto reside el *ethos* de la jurisdicción constitucional.

Por lo tanto, los argumentos principales presentados en el mencionado parecer, además de frágiles, reproducen un fundamentalismo religioso tendiente a suprimir derechos y libertades de terceros. El fallo del STF, en ese escenario, simboliza un importante paso en el combate a la discriminación y en defensa de las libertades públicas, reforzando los compromisos libertarios y emancipadores de la Constitución de 1988. El denominado Estatuto de la Familia es un grave retroceso en el régimen constitucional de los derechos fundamentales y vehicula nada más que una visión religiosa que se pretende difundir ilegítimamente por medio del ordenamiento constitucional.

55 STF – ADI 2.675-5/AC, rel. Min. Carlos Velloso, d.j. 08.08.2003.

Conclusión

Como se ha visto, desde la década de los noventa se tramitaban en el Congreso nacional proyectos de ley favorables al matrimonio igualitario, pero ninguno de ellos era aprobado. La inercia del poder legislativo terminó por generar una situación de desprotección e inseguridad jurídica en relación con las parejas homoafectivas. En ese contexto, el STF se vio compelido a apreciar la cuestión reconociendo las uniones estables homoafectivas en oportunidad del juicio conjunto de la ADPF 132/RJ y de la ADI 4.277/DF, ambas acciones de control concentrado de constitucionalidad, fallo dotado de efecto vinculante y eficacia *erga omnes*. Para otorgar pleno cumplimiento a esos fallos, el CNJ dictó, a su vez, una Resolución que prohíbe que las notarías se rehúsen a formalizar el matrimonio igualitario en todo el territorio nacional.

No se verifica, sin embargo, entre los miembros del STF uniformidad en cuanto a la comprensión del fenómeno del activismo judicial en materia de matrimonio igualitario. Queda evidente, no obstante, el esfuerzo argumentativo para justificar la legitimidad democrática del tribunal ante la reiterada inercia del poder legislativo para disciplinar el matrimonio igualitario. En ese sentido, se observa un “activismo metodológico” en la construcción de una interpretación judicial que se desprende del sentido literal del artículo 226, § 3, de la CF/88 –que se refiere expresamente a la entidad familiar como “unión entre hombre y mujer”– y promueve una resignificación de este enunciado constitucional para contemplar a las parejas homoafectivas en el concepto de “entidad familiar”. Para ello, el tribunal se valió extensamente de los principios constitucionales y demás derechos fundamentales, aunque no le haya prestado la debida atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, se podría expresar un potencial activismo –a pesar de las dificultades conceptuales asociadas al término, evidenciadas en el capítulo inicial de la presente obra– en el plano estructural de la separación de los poderes, teniendo en cuenta que el tribunal terminó por suprimir la laguna dejada por el Congreso nacional, comprendiendo ese avance decisorio como necesario para la protección de derechos fundamentales de minorías históricamente discriminadas, precisamente debido al déficit de representación política de los canales democráticos tradicionales.

Aun así, el STF ha procurado lanzar un diálogo institucional con el poder legislativo, en la medida en que dejó clara la necesidad de una regulación, por medio de una ley, de los diversos aspectos resultantes del

reconocimiento del matrimonio igualitario. A pesar de ello, por medio de su bancada evangélica, el Congreso nacional ensayó una reacción que produjese un efecto *backlash* en relación con el fallo del STF, cuyo objetivo es justamente reafirmar el modelo convencional de familia y prohibir el reconocimiento de las uniones homoafectivas. Sin embargo, esa propuesta, aunque continúa su trámite en el Congreso nacional, no ha sido votada y el fallo del Supremo Tribunal Federal continúa teniendo plena aplicabilidad.

Por lo tanto, ante el déficit de representación política de los grupos LGBT+ en la consolidación de sus derechos, se tiene que el STF ha reafirmado su rol contramayoritario en el marco de la jurisdicción constitucional, conformando una protección a grupos vulnerables fuera del espacio parlamentario convencional.

Referencias

- Alves, Felipe Dalenogare y Mônia Clarissa Hennig Leal. *Judicialização e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.
- Baleeiro, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- Ginsburg, Tom. *Judicial Review in new Democracies: Constitutional Courts in Asia*. Cambridge University Press, 2003.
- Gordbaum, Stephen. *The new Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Gloppen, Siri, Roberto Gargarella y Elin Skaar. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of Courts in new democracies*. London: Frank Cass, 2004.
- Hirschl, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard: Harvard University Press: 2004.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio*. São Paulo: Manole, 2003.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig et al. *Introdução ao estudo da Ciência Política, Teoria do Estado e da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig et al. *Jurisdição Constitucional aberta: uma análise da PEC 33*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. “Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la

- perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Derechos Fundamentales*, eds. César Landa Arroyo. Lima: Pales 2018, 271-290.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig y Rosana Helena Maas. *Dever de proteção estatal (Schutzpflicht), proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) e controle jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. “A execução das sentenças internacionais pelas jurisdições nacionais: o caso do Brasil”. En Víctor Bazán, Marie-Christine Fuchs, *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo Blanch; Konrad Adenauer, 2020, pp. 43-78.
- Leal, Mônia Clarissa Hennig. “El rol del juez constitucional en Brasil: entre el activismo y el legalismo”. En Víctor Bazán, Marie-Christine Fuchs, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch; Konrad Adenauer, 2021, pp. 35-76.
- Leal, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- Leite, Glaucio Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- Lôbo, Paulo Luiz Netto. “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”. *Revista de Direito de Família*, núm. 12 (2002).
- Mendonça, Eduardo e Luís Roberto Barroso. “STF entre seus papéis contramajoritário e representativo”. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>
- Pinheiro, Aline. “Justiça precisa saber como e aonde chegar”. *Consultor Jurídico*, metas e estatísticas, 7 de fevereiro de 2010. <http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>
- Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- Silva, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- Streck, Lênio Luiz *et al.* “Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte”. JUS.COM.BR, 7/2009. <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>
- Tate, C. Neal. “Why the expansion of Judicial Power?”. En *The global expansion of judicial power*, eds. Torbjörn Vallinder Vallinder y C. Neal Tate. New York: New York University Press, 1995, 27-37
- Vale, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.
- Vianna, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- Yap, Po Jen. *Courts and Democracies in Asia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Matrimonio civil igualitario en Chile. Análisis de un caso de (in)activismo judicial

CHILE

Miriam Henríquez Viñas*

El reconocimiento del matrimonio igualitario en el derecho comparado ha seguido dos cauces: el de la regulación legislativa o a través de decisiones judiciales que lo reconocen. En Chile no ha ocurrido ni lo uno ni lo otro. El presente capítulo se dedica a indagar las posibles razones de esta ausencia de regulación o reconocimiento, con el fin de identificar si los órganos jurisdiccionales han desarrollado lo que se conoce como activismo judicial. Las principales causas que la doctrina nacional plantea para explicar por qué en Chile el matrimonio excluye a las personas del mismo sexo son: a) la concepción de familia fundada históricamente en el matrimonio entre un hombre y una mujer heterosexuales, que viven juntos y cuyo fin principal es la procreación. Esta concepción, que coincide con la normativa vigente, impacta la subjetividad de quienes la conforman y en el Estado que coloca a la familia nuclear matrimonial en el centro del reconocimiento y de las políticas públicas;¹ b) la finalidad de la procreación que justifica el acceso de las parejas heterosexuales a la institución matrimonial y la denegación

* Abogada, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magister en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correos electrónicos: miriamhenriquez@yahoo.es; mhenriqu@uahurtado.cl. Agradezco la colaboración de la ayudante de investigación Leticia Fuentes Aid, de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, en la búsqueda de los proyectos de ley correspondientes al período 2005 a 2020. Sin su valioso trabajo este artículo no habría recogido con precisión el estado legislativo actual en la materia.

1 Irene Salvo y Herminia González. “Monoparentalidades electivas en Chile: Emergencias, tensiones y perspectivas”. *Psicoperspectivas, Individuo y Sociedad*, núm. 2, vol. 14 (2015): 40-50, 41.

de acceso de las parejas homosexuales a esta;² c) la posible reformulación de los roles de género en la sociedad que podría tener el reconocimiento de familias conformadas por personas del mismo sexo;³ d) el rechazo a la crianza homoparental, es decir, la creencia extendida de que este tipo de crianza puede afectar el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de la infancia;⁴ e) la influencia religiosa, que rechaza el matrimonio igualitario, sobre todo por parte de quienes se identifican como protestantes evangélicos y aquellos que practican con frecuencia su culto;⁵ y f) los límites de la interpretación judicial para reconocer por vía jurisdiccional el matrimonio igualitario.⁶

El grupo de argumentos enlistados han incidido en la mínima voluntad política expresada en la casi nula tramitación de los primeros proyectos de ley presentados sobre la materia y que buscan modificar la normativa vigente que establece el matrimonio entre personas de distinto sexo, a lo que se suma la justificación esgrimida por las altas cortes del país (sobre la naturaleza de la acción de protección) y el Tribunal Constitucional (a propósito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) en el sentido de que las acciones atribuidas no son idóneas para resolver este tipo de asuntos, sino que el establecimiento del matrimonio igualitario es una competencia que corresponde ejercer al legislador de forma exclusiva.

Antes de comenzar el análisis, cabe recordar que la Constitución Política de la República de Chile (CP) no define qué es familia, aunque en el artículo 1, inciso segundo, indica que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. A su vez, la Constitución establece, en el inciso final del artículo 1, que es deber del Estado “dar protección a la población y a la

2 Fernando Muñoz ha afirmado que los razonamientos planteados, por ejemplo, en el primer fallo del Tribunal Constitucional sobre esta materia se piensa del siguiente modo: “quien pueda procrear, puede acceder al matrimonio. Quien no pueda procrear, no puede acceder al matrimonio”. Fernando Muñoz. “El núcleo fundamental de la sociedad. Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”. *Ius et Praxis*, núm. 1, año 19 (2013): 7-34, 16.

3 Pedro Guerra. “Obergefell y el largo camino hacia el matrimonio igualitario”. *Estudios Constitucionales*, núm. 2, año 16 (2018): 117-140, 137.

4 Muñoz, “El núcleo fundamental de la sociedad”, p. 9.

5 Alberto Farías. “Matrimonio igualitario en Chile: incidencia de la identificación política en la opinión pública”. *Aposta*, núm. 71 (2016): 34-61, 41.

6 Christine Weidenslauffer y Rodrigo Bermúdez. “La interpretación constitucional en el (no) reconocimiento del matrimonio homosexual en Brasil y Chile”. *Chilena de Derecho Parlamentario*, año 3 (2014): 48-61.

familia, propender al fortalecimiento de ésta”. Por su parte, la CP reconoce expresamente a todas las personas el derecho a la igualdad ante la ley en el artículo 19.2 y establece que en Chile “no hay personas ni grupos privilegiados”. Estas normas constitucionales, como se verá en cada caso, son usualmente citadas en los proyectos de ley como fundamento de la regulación del matrimonio igualitario, en la acción de protección intentada para aludir al derecho constitucional perseguido, y como base de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para alegar la contradicción entre la normativa legal con la normativa constitucional.

A nivel legal, el matrimonio se encuentra regulado en el artículo 102 del Código Civil, que lo define así: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual *un hombre y una mujer* se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. Como se observa, el legislador caracteriza al matrimonio como: a) un contrato solemne, b) entre un hombre y una mujer, c) indisoluble, y d) con un fin, de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. La norma contenida en el artículo 102 del Código Civil es considerada la principal fuente que excluye a las personas del mismo sexo de la institución matrimonial y es en ella donde se han centrado los proyectos de ley y las acciones de protección e inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Historia de un reconocimiento legislativo pendiente

Varios son los proyectos de ley que han propuesto parlamentarios –moción– e incluso el gobierno –mensaje– que buscan regular el matrimonio igualitario en Chile. Un avance significativo en orden a reconocer los vínculos afectivos que genera efectos jurídicos entre personas del mismo sexo lo constituye la entrada en vigencia, en abril de 2015, de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC). De conformidad con el artículo 1, inciso primero, de esa ley, el acuerdo de unión civil es un contrato solemne que puede celebrarse entre un hombre y una mujer, dos mujeres o dos hombres, que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente.⁷ Conforme con la interpretación de Susan Turner, “el

7 El artículo 1 de la Ley 20.830 expresa: “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el

conjunto de derechos y obligaciones que genera el AUC es bastante similar al que emana del matrimonio. Ya sea a través de una norma expresa que hace aplicable el derecho matrimonial o bien a través de una norma que repite una ya existente en el derecho matrimonial”.⁸ Sin embargo, el AUC no replica exactamente el estatuto protector que ha caracterizado al matrimonio y no lo extiende a los efectos personales, a los alimentos y al régimen patrimonial.⁹ Un ejemplo de la diferencia entre el AUC y el matrimonio igualitario es el reconocimiento en Chile de matrimonios homosexuales extranjeros en calidad de AUC (art. 12.6, inc. 2) y no como matrimonio.

En el ámbito del matrimonio igualitario, el primer proyecto fue presentado el 20 de marzo de 2008 por la entonces diputada Adriana Muñoz (Partido por la Democracia - PPD) y los entonces diputados Alfonso de Urresti (Partido Socialista - PS), Marco Enríquez-Ominami (PS), Ramón Farías (PPD), Guido Girardi (PPD) y Jorge Insunza (PPD).¹⁰

La moción planteó como fundamentos principales, por un lado, la tendencia en las legislaciones comparadas a la eliminación de la referencia expresa al sexo de los contrayentes, así como finalidades trascendentes, por ejemplo, la procreación; y, por otro, la igualdad ante la ley. Desde su perspectiva, el concepto de matrimonio del Código Civil representa una exclusión arbitraria respecto de aquellas personas que pretenden celebrar el matrimonio, pero con personas del mismo sexo. La propuesta concreta fue modificar el concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, con

artículo 42 del Código Civil”. Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26.

8 Susan Turner. “El acuerdo de unión civil: la respuesta legal para las uniones de hecho en Chile”. *Anuario de Derecho Público* (2015): 21-37, 28.

9 En relación con los efectos personales, el AUC se inclina por consagrar un deber genérico, “de ayuda mutua”, en vez de optar por la descripción específica de derechos y deberes del matrimonio (deber de fidelidad, de socorro, etc.). En principio, esto es favorable para que cada pareja le dé un contenido propio al deber genérico de manera autónoma. Respecto al deber de alimentos, esta obligación no le es reconocida a los convivientes civiles. Dado que el catálogo de titulares del derecho de alimentos contenido en el Código Civil no se ha ampliado, debemos entender que, mientras subsista el AUC, existirá únicamente la obligación de contribuir a los gastos del hogar común. El AUC difiere del matrimonio en cuanto al régimen patrimonial aplicable a las partes de manera supletoria. Si en el matrimonio la regla supletoria al pacto de los contrayentes es la sociedad conyugal, en el AUC lo es la separación total de bienes. Turner, “El acuerdo de unión civil”, p. 28.

10 Congreso Nacional. Boletín 5.780-18.

el objetivo de eliminar el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer y la finalidad de procreación del matrimonio. Este proyecto no tuvo pronunciamientos. La Cámara de Diputados solo dio cuenta de su presentación y fue radicado en la Comisión de Familia y en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, por lo que fue archivado en junio de 2010.

El 3 de agosto de 2010, fue presentado un segundo proyecto, esta vez en el Senado, por la senadora Isabel Allende (PS) y los senadores Guido Girardi (PPD), Ricardo Lagos Weber (PPD), Alejandro Navarro (Movimiento Amplio Social - MAS) y Fulvio Rossi (PS).¹¹ La moción destacó las siguientes justificaciones: a) la insuficiencia de la definición legal de matrimonio en armonía con las nuevas realidades. Por ejemplo, la regulación en el derecho comparado de matrimonios entre personas del mismo sexo por razones de índole patrimonial; b) la facultad de contraer matrimonio como un derecho esencial inherente a la persona humana y, por ello, no condicionado al ejercicio de su orientación sexual, pues afectaría la noción de igualdad; y c) la objeción de la procreación como un fin del matrimonio, no solo en el plano de las parejas homosexuales, pues también sería una restricción a las parejas heterosexuales que por motivos asociados a patologías no podrían cumplir esta finalidad que acompaña a la definición legal.

La propuesta, al igual que la anterior, consistía en modificar el concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, con el fin de eliminar el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer y la finalidad de procreación del matrimonio. Asimismo, planteó adecuaciones a la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, así como otras que resulten necesarias para una completa armonía. El proyecto no avanzó en su tramitación y se archivó en marzo de 2014. Luego, en abril de 2015, el senador Navarro solicitó el desarchivo, el que fue concedido; sin embargo, no registró nuevos pronunciamientos, por lo que tampoco en esta ocasión fue posible lograr la igualdad por vía legislativa.

El 10 diciembre de 2014, los diputados Aldo Cornejo (Partido Demócrata Cristiano - DC), Daniel Farcas (PPD), Joaquín Godoy (Amplitud), Hugo Gutiérrez (Partido Comunista - PC), Roberto León (DC), Vlado Mirosevic (Partido Liberal - PL), Núñez (PPD), Gabriel Silber (DC), Víctor Torres (DC) y Matías Walker (DC) presentaron una moción parlamentaria

11 Congreso Nacional. Boletín 7.099-07.

ante la Cámara de Diputados para modificar el Código Civil y la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario.¹² Los principales argumentos esgrimidos en la moción fueron: a) la regulación constitucional de ciertos principios vinculados con la igualdad y la familia hace que la regulación legal del matrimonio, como la unión entre un hombre y una mujer, estén derogadas; b) la facultad de contraer matrimonio como derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 19.947; y c) la regulación del matrimonio igualitario en el derecho comparado. Tal como en los proyectos previos, solo se dio cuenta del mismo ante la Cámara de Diputados y se radicó en la Comisión de la Familia y Adulto Mayor, sin marcar otro avance legislativo.

El único proyecto que continúa su trámite al momento de escribir la presente investigación, en octubre de 2020, es el presentado por la entonces presidenta de la república Michelle Bachelet, que ingresó por mensaje en el Senado el 5 de septiembre de 2017. Se trata de un proyecto de ley para modificar diversos cuerpos legales y regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo.¹³ El proyecto comprende modificaciones al Código Civil y a la Ley 19.947 a efectos de dar acceso al estatuto matrimonial a las personas del mismo sexo. Además, contempla modificaciones al Código del Trabajo, las Leyes 14.908, 20.830, 4.800, 16.620 y 16.744; así como también al Decreto con Fuerza de Ley 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los Trabajadores de los Sectores Privado y Público. Este proyecto se basa en los ejes fundamentales de acceso igualitario, filiación, adopción, técnicas de reproducción humana asistida y regímenes patrimoniales.

Con respecto al acceso igualitario, propone modificar el lenguaje de la institución dándole un carácter igualitario, con el objetivo de superar la distinción sexuada de los miembros de la unión matrimonial, para remplazar términos como “el marido y “la mujer” por “el cónyuge” y “la cónyuge”. A su turno, atiende a que, por vía del matrimonio, las parejas del mismo sexo podrán acceder a roles parentales, se propone también modificar la

12 Congreso Nacional. Boletín 9.778-18.

13 Congreso Nacional. Boletín 11.422-07.

referencia a “los padres”, utilizándose en su reemplazo la expresión “progenitores”, definida en el título preliminar del Código Civil.

Sobre filiación, adopción y técnicas de reproducción humana asistida, el proyecto plantea no reformar ni la presunción de paternidad del marido ni el impedimento para pasar a segundas nupcias de la mujer, en tanto las hipótesis de ampliación de dichas normas solo pueden darse entre parejas de distinto sexo. En lo referido a la adopción, este proyecto plantea que todo tipo de matrimonios accedan a la adopción, ya sea por integración o a través de la adopción propiamente dicha. Se innova en materia de filiación respecto de la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), puesto que actualmente estas solo producen efectos filiativos cuando son aplicadas a parejas compuestas por un hombre y una mujer, dejando fuera a parejas de mujeres que se someten a dichos tratamientos, pues la ley, si bien les permite el acceso, solo reconoce a una como madre.

El último tópico del proyecto trata de los regímenes patrimoniales. El proyecto propone incorporar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo a la aplicación de los regímenes patrimoniales del matrimonio, de forma que el régimen supletorio sea el de separación total de bienes, pudiendo ser sustituido por el de participación en los gananciales, tanto al momento de las capitulaciones matrimoniales como durante la vigencia del matrimonio. No se extiende a estas parejas el régimen de sociedad conyugal, pues no solo existe una dificultad en cambiar la asignación de los roles diferenciados en la relación económica al hombre y a la mujer, sino porque modificar las atribuciones y derechos de cada rol en dicho régimen comunitario plantea el desafío de que esos roles no se asignen de manera sexista y no repliquen asimetrías patrimoniales entre los miembros de la pareja matrimonial.

Aparte de las iniciativas legislativas mencionadas, cabe citar una serie de proyectos de reforma constitucional que se presentaron en un sentido opuesto al matrimonio civil igualitario. Se trató de proyectos que buscaron introducir reformas al artículo 1 de la CP, a fin de que el deber del Estado de dar protección a la familia se extendiera al matrimonio entre un hombre y una mujer. Como se verá, estos proyectos se presentaron mientras el Tribunal Constitucional debía conocer de la acción de inaplicabilidad en la causa Rol 1881.¹⁴ Tal fue el caso del proyecto de reforma constitucional

14 Fernando Muñoz da cuenta de la oportunidad de estos proyectos de reforma constitucional y enfatiza: “pero también podemos inferir que ella existe en el caso de las propuestas

presentado el 19 de enero de 2011, cuyos fundamentos se resumen en esta idea: “las especiales características del vínculo matrimonial están determinadas por su naturaleza antropológica y sagrada, de acuerdo a las creencias religiosas y por la importancia que esta institución tiene en el plano social, que la hacen digna de la mayor consideración y protección por parte de la ley y del aparato estatal”.¹⁵ En un sentido coincidente, se planteó el proyecto de 17 mayo de 2011, retirado por sus mismos autores dos días después, cuyo argumento inicial expresaba: “entre los fundamentos máspreciados de la estructura cultural y moral de Chile siempre han tenido un lugar de honor las instituciones del matrimonio y de la familia, constituyendo aquel la base de esta última. El constituyente originario, estimo innecesario, expresar que el matrimonio siempre será el soporte esencial de la familia, y que éste sólo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer”.¹⁶ Por último, el 16 de agosto de 2011, se sometió a exactamente el mismo proyecto previo, de mayo del mismo año, como moción ante la Cámara de Diputados, sin que avanzara en su tramitación.¹⁷

Como puede inferirse, en el ámbito legislativo, el proyecto de ley presentado por la expresidenta Michelle Bachelet, a diferencia de las mociones parlamentarias, es una propuesta integral y, como se adelantó, sí ha avanzado en su tramitación. El 15 de enero del 2020, el Senado aprobó en general el mencionado proyecto. De otra parte, la Corte Suprema publicó un informe en lo que respecta a la modificación de aquellas materias que son de competencia del poder judicial. Esta es la ruta más cierta hasta el

de reforma constitucional; no sólo por las repercusiones de un triunfo de estas propuestas, que situarían la heterosexualidad del matrimonio más allá del ámbito de revisión del Tribunal Constitucional, sino también por el *timing* de estas propuestas, que inician su vida con posterioridad al anuncio el 4 de enero de la aceptación a tramitación de la consulta de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por la Corte de Apelaciones”. Fernando Muñoz. “Que hable ahora o calle para siempre: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”. *Derecho*, núm. 1, vol. XXIV (2011): 9-30, 29.

15 Congreso Nacional. Boletín 7.458-07. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los senadores Chahuán, Horvath y Prokurica, relativo al matrimonio heterosexual. Dos veces archivado, en 2014 y 2018.

16 Congreso Nacional. Boletín 7.656-07. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los senadores señores Chadwick y Longueira, en materia de matrimonio.

17 Congreso Nacional. Boletín 7869-07. Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los diputados Gonzalo Arenas, Romilio Gutiérrez, Gustavo Hasbún, Patricio Meleiro, Claudia Nogueira, Iván Norambuena, Jorge Sabag, Enrique van Rysselberghe, Felipe Ward, Mónica Zalaquett.

momento de cambio legislativo que permitiría reconocer el matrimonio igualitario en Chile y, de llegar a cumplirse, la reforma legislativa debería publicarse para antes del mes-año.

Análisis de la jurisprudencia de las cortes de justicia

En varias oportunidades se ha deducido la acción cautelar de protección, un símil de la acción de amparo o tutela, con el objeto de que se restablezca el imperio del derecho y se asegure la debida protección del afectado ante la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante, Registro Civil) de fijar hora para contraer matrimonio, para convalidar un matrimonio igualitario celebrado válidamente en el extranjero o para inscribir a dos mujeres como madres de personas gestadas a través del método de fertilización asistida e incorporar los apellidos paternos de ambas madres en la partida de nacimiento de los niños. La acción de protección es una acción constitucional, reconocida en el artículo 20 de la CP, que ampara ciertos derechos constitucionales, entre ellos, la igualdad ante la ley, del ya citado artículo 19.2. El tribunal competente para conocerla en primera instancia es la Corte de Apelaciones respectiva y, en segunda instancia, la Corte Suprema.¹⁸

El primer caso que interesa analizar corresponde al año 2010, en el que tres parejas compuestas únicamente por hombres solicitaron hora para contraer matrimonio y que se reconociera el matrimonio celebrado válidamente en el extranjero. Las tres parejas accionaron conjuntamente. La pareja formada por Peralta y Arias solicitó hora para contraer matrimonio, mientras que Arce y Lillo pidieron la convalidación de su matrimonio celebrado en Argentina; y Abran y Mardones requirieron que se inscribiera su matrimonio celebrado en Canadá. Las tres peticiones fueron rechazadas por la oficial del Registro Civil de Santiago, Juana Soto Silva, quien distinguió en el primer caso, conforme con el artículo 102 del Código Civil, que

18 Las Cortes de Apelaciones en Chile son 17 en total y están compuestas por un número variable de jueces. Estos tribunales colegiados funcionan, por regla general, en salas (integrados por un mínimo de tres jueces) y excepcionalmente en pleno (con la concurrencia de la mayoría absoluta, a lo menos, de los miembros de la Corte). Son superiores jerárquicos de los distintos juzgados y depositarias de la casi totalidad de la competencia de segunda instancia. Sin embargo, conocen en primera instancia de la acción cautelar de protección. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal dentro de los integrantes del poder judicial en Chile, encontrándose en la cima del orden jerárquico, sobre las Cortes de Apelaciones. Conoce en segunda instancia las decisiones que las Corte de Apelaciones emiten en la acción de protección.

el matrimonio solo puede celebrarse válidamente entre un hombre y una mujer, de forma tal que únicamente es posible contemplar el vínculo heterosexual en la institución del matrimonio; y en el segundo supuesto, según el artículo 80 de la Ley 19.947, de Matrimonio Civil, que habilita el reconocimiento de los matrimonios celebrados válidamente en el extranjero, solo es posible si se cumple con las disposiciones de la legislación chilena, particularmente en lo relativo a la disparidad de sexos de los contrayentes.

Frente a este rechazo, las tres parejas iniciaron recurso de protección, previsto en el artículo 20 de la CP, y alegaron que la negativa del servicio público a otorgarles hora para contraer matrimonio o para inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero, exclusivamente por su orientación sexual, los discrimina arbitrariamente y afecta el derecho a la igualdad ante la ley, contenido artículo 19.2. Los recurrentes solicitaron a la Corte de Apelaciones de Santiago que declarara ilegal y arbitrario el actuar de la oficial del Registro Civil y ordenara que se les otorgue hora para celebrar su matrimonio y se proceda a inscribir los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero, respectivamente.

La Corte de Apelaciones de Santiago requirió el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inaplicabilidad o aplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, para que se analizará en el apartado siguiente sobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se conoce como “Peralta Wetzel, César Antonio, y otros / Soto Silva, Juana”. Una vez dictada la sentencia por el Tribunal Constitucional, que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Corte de Apelaciones de Santiago falló en 2011 la acción de protección y razonó, tras una detallada revisión de la normativa vigente vinculada al matrimonio, que la actuación de la funcionaria del Registro Civil no fue ilegal. Con respecto a la arbitrariedad, tras una exhaustiva revisión de la noción de discriminación arbitraria, concluyó que la diferenciación efectuada por la autoridad fue objetiva y razonablemente justificada, persiguió un fin legítimo y resultó proporcionada, motivo por el cual rechazó la argumentación de los recurrentes de protección y también la acción intentada.

En 2016, la Corte de Apelaciones de Santiago falló la acción de protección iniciada por R.G.R. y G.S.V.V., quienes recurrieron en contra del Registro Civil por acto arbitrario e ilegal, consistente en la negativa a conceder hora para contraer matrimonio, puesto que, según señaló la oficial del servicio recurrido, no era posible otorgar hora para que personas del

mismo sexo celebraran un contrato de matrimonio.¹⁹ La Corte de Apelaciones en cuestión analizó si la actuación que se reprocha a la oficial del Registro Civil era ilegal o arbitraria. Para deducir su legalidad revisó el marco jurídico aplicable y, luego, si este había sido contrariado. Sostuvo en el considerando décimo que “el artículo 102 del Código Civil, consagra la institución del matrimonio y lo define como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. Luego expresó, en el considerando décimo primero, que “no se advierte, entonces un actuar ilegal, ni menos arbitrario, desde que su intervención en los hechos denunciados por los recurrentes, se ha efectuado dentro del marco legal aplicable, en uso de sus facultades y competencias, por lo que el arbitrio a su respecto no puede prosperar”.

Lejos de activismo judicial, la Corte de Apelaciones sostuvo que no es el órgano competente para pronunciarse sobre el matrimonio igualitario, sino que un asunto de esta índole, es decir, su regulación, corresponde a otros poderes del Estado. Además, enfatizó que la acción de protección no es la vía idónea para pronunciarse sobre esta materia. En el considerando décimo cuarto afirmó:

... se trata de un tema no pacífico, que frente a la normativa nacional e internacional ha motivado diversas iniciativas legales que pretenden ajustar la legislación a la realidad sobre lo que debemos entender por familia y otras instituciones ligadas a la misma, circunstancia, que entienden estos sentenciadores, debe, conforme a la Constitución y las Leyes, estar entregada a otros Poderes del Estado, no siendo esta Corte, ni la presente acción cautelar la vía idónea para pronunciarse sobre la materia, atendida su naturaleza, desde que no se trata de un amparo constitucional, como se conoce por la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, acción esta última, respecto de la que esta magistratura carece de competencia.

La Corte no se pronunció sobre los derechos alegados como conculcados. En consecuencia, el 10 de junio de 2016, rechazó la acción.

Más adelante, Emma de Ramón y Gigliola di Giammarino, esta última en representación de su hijo Attilio, iniciaron una acción de protección en contra del Registro Civil, ante la actuación ilegal y arbitraria de este

19 Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de protección, Rol 7280-2016, 10 de junio de 2016.

órgano por negarse a inscribir en la partida de nacimiento de Attilio a sus dos mamás. A juicio de las recurrentes, esta actuación les ha significado una afectación en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales a la integridad síquica, a la igualdad ante la ley y a la protección de la honra, previstos en el artículo 19, números 1, 2 y 4 de la Constitución.²⁰ La Corte de Apelaciones de Santiago razonó que el Registro Civil incurrió en un acto arbitrario o ilegal al negarse a registrar a ambas solicitantes como madres del menor y estimó que dicha decisión conculcó las garantías constitucionales alegadas. Para ello analizó si el acuerdo de unión civil reconoce efectos filiativos y si la actuación fue antijurídica. Concluyó que el acuerdo de unión civil no genera efectos en el ámbito filiativo, razón por la cual la conducta reprochada fue considerada legal y justificada. Por tanto, rechazó, con fecha 28 de diciembre de 2017, la acción incoada. En el considerando duodécimo, la Corte de Apelaciones de Santiago expresó que:

... un Acuerdo de Unión Civil sólo le confiere a las accionantes el estado civil de convivientes civiles pero ningún efecto produce en el caso materia de estudio, pues se refiere únicamente al régimen de bienes, pero no puede entenderse que con dicha convención o acuerdo haga extensivo o pueda hacer nacer algún derecho en materia de relación filiativa, como sería el caso de la señora De Ramón con Attilio José.

En el considerando décimo tercero, razonó que la actuación del Registro Civil es legal, porque:

... ha actuado dentro de la esfera de su competencia al negarse a rectificar la partida de nacimiento de Attilio José, pues éste ya tiene determinada su filiación en relación a su madre Gigliola Di Giammarino; y como se ha razonado, la actual legislación no contempla la posibilidad de que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto, situación que únicamente la cumple la señora Di Giammarino.

En el considerando décimo cuarto concluyó la Corte que, si el acto es legal, no es arbitrario y afirmó “que tampoco dicha actuación puede calificarse como discrecional o arbitraria pues se funda precisamente en el impedimento que existe en la actual normativa vigente, y porque además

20 Corte de Apelaciones. Acción de protección, Rol 74.926-2017, de 28 de septiembre de 2017.

el Oficial de Registro Civil debe atenerse y sujetarse al tenor imperativo de la ley y no es la persona o entidad llamada a interpretarla como para el caso en cuestión”. Por último, en el considerando décimo quinto reflexionó y decidió que

... no ha existido vulneración a ninguna de las garantías que se estiman conculcadas, pues este no es un problema de discriminación por la identidad sexual, ni el desconocimiento de la familia, como tampoco al interés superior del niño; simplemente el estado civil de una persona se rige de acuerdo con la normativa vigente y ello no puede ser modificado por voluntad de las personas ni tampoco se ha introducido modificación a éste por la celebración de un Acuerdo de Unión Civil.

En un sentido coincidente, en julio de 2020, la Corte Suprema falló en segunda instancia la acción de protección deducida contra la negativa del Registro Civil a acceder a la petición de inscribir a dos mujeres como madres de dos niños, quienes fueron gestados a través del método de fertilización asistida, así como la de incorporar los apellidos paternos de ambas mujeres en la partida de nacimiento de los niños. Las accionantes alegaron que tal conducta afecta sus derechos a la integridad síquica, la igualdad ante la ley y la protección de la honra, previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 19.²¹ Por sentencia de 7 de octubre de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió parcialmente el recurso, solo en cuanto ordenó al Registro Civil rectificar los apellidos de los menores, consignando los apellidos paternos de ambas solicitantes, rechazándolo en lo demás. En contra de dicha resolución únicamente se alzaron las recurrentes, conformándose el Servicio recurrido con la decisión de los jueces de la instancia, que es la apelación de la que conoce el máximo tribunal nacional.

La Corte Suprema analizó las normas legales sobre el estado civil y la filiación y expresó que hasta la fecha no se había consagrado como derecho, de manera explícita, “la filiación y el estado civil de ‘hijo’ respecto de progenitores del mismo sexo; reconociéndose, además, que la filiación tiene un carácter biológico o legal, incluyendo, en el último caso, a la adopción homoparental”. En el considerando quinto aclaró:

Que, como se aprecia, el estado civil de hijo es consecuencia de la filiación, sea determinada o indeterminada, y se adquiere y prueba en la forma establecida

21 Corte Suprema. Acción de protección, Rol 33.316-2019, de 20 de julio de 2020.

por el Código Civil. Por su parte, la filiación puede tener un origen biológico o legal, incluyendo en este último caso a la adopción. No obstante, es un hecho público y notorio que, hasta la fecha, la Ley 19.620 que establece normas sobre la adopción de menores, no considera a las parejas homosexuales –con vínculo matrimonial acuerdo de unión civil o sin éstos– como titulares de la acción de adopción, única forma no biológica de alterar la filiación y, en consecuencia, de modificar el estado civil de hijo de una persona.

A propósito del proyecto de ley de adopción de menores por parejas del mismo sexo, el máximo tribunal anunció su incompetencia para resolver el asunto vinculado con el matrimonio igualitario, exponiendo en el considerando séptimo:

Que lo anterior evidencia que el problema de fondo que ha sido planteado en estos autos no puede ser resuelto por la judicatura, sino que es menester que el proyecto de ley aludido en el basamento que antecede siga su derrotero en el Parlamento, y que lo propio se haga con el proyecto de ley de matrimonio igualitario, como corresponde a las discusiones relevantes que se dan en el seno de una sociedad democrática y pluralista, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, los que son inherentes a la naturaleza humana.

Luego, remató en el mismo considerando que la acción de protección no es la vía idónea para resolver este asunto, ya que:

... una persona no puede tener, en el estado actual de nuestra legislación, más de un padre o más de una madre, tratándose de un problema que –como se dijo– no puede ser resuelto por esta judicatura y, menos aún, a través de esta acción cautelar y de urgencia, cuyo propósito es la protección de derechos indubitados cuando su legítimo ejercicio sea objeto de privación, perturbación o amenaza a través de actos u omisiones ilegales o arbitrarios, cuyo no es el caso.

Este razonamiento es reiterado en el considerando décimo tercero, en el marco del análisis del control de convencionalidad invocado por la parte apelante. En suma, la Corte Suprema rechazó las alegaciones y confirmó la sentencia de primera instancia.

Como se advierte, la jurisprudencia sostenida de las cortes chilenas es que no les corresponde a los tribunales de justicia reconocer instituciones, como el matrimonio igualitario, que deben ser reguladas por el legislador, y que la naturaleza de la acción de protección no es una vía idónea para dicho reconocimiento, atendido su carácter cautelar y respecto de derechos

indubitados. A su vez, estiman que el Registro Civil se ciñe a un actuar legal y razonable, de conformidad con la legislación vigente.

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el marco de la acción de protección, Rol 6887, “Peralta Wetzel, César Antonio, y otros contra Soto Silva, Juana”, ya analizada, la Corte de Apelaciones de Santiago, previo a pronunciarse, requirió un pronunciamiento al Tribunal Constitucional sobre la inaplicabilidad o aplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil. La defensa de los recurrentes de protección se hizo parte en la acción de inaplicabilidad, solicitando que ella fuese declarada admisible, especificando que el artículo 102 del Código Civil contraviene a lo dispuesto en las siguientes disposiciones constitucionales: a) artículo 1, incisos primero, segundo, cuarto y quinto; b) artículo 5, inciso segundo, en relación con los artículos II y VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2.1, 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y c) artículo 19, 2, 3, 4, 9, 18, 24 y 26. Los accionantes señalaron que la negativa de la autoridad de registro a dos personas de contraer matrimonio y formar una familia, por su orientación sexual, atenta contra su libertad y su derecho a ser consideradas iguales ante la sociedad y la ley, lo cual las discrimina arbitrariamente, pues, mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales solo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 1881, de 3 de noviembre 2011, rechazó el requerimiento de inaplicabilidad alegando principalmente la falta de idoneidad de esta acción para resolver el caso. En el considerando octavo detalló la naturaleza y objetivo de esta acción prevista en el artículo 93.6 de la CP:

En efecto, la acción de inaplicabilidad tiene como objetivo impedir que un determinado precepto legal sea aplicado en un caso concreto cuando de ello se pueden derivar consecuencias inconstitucionales. Así, la inaplicabilidad es un control concreto de constitucionalidad cuyo efecto es negativo, es decir, sólo impide que un precepto sea aplicado en la resolución de una gestión judicial pendiente. En consecuencia, en la gestión pendiente a que se refieren estos

autos la única consecuencia que podría producirse de dictar sentencia estimatoria, sería la exclusión de la eventual aplicación del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio, la que se encuentra en el contexto el juez de la gestión y que se refieren al estatuto jurídico del matrimonio.²²

Este argumento fue complementado por la magistratura constitucional en el considerando noveno, que expresó que la modificación y regulación de las normas sobre matrimonio corresponde al legislador y no puede ser resuelta a través de la acción de inaplicabilidad intentada:

Que lo anterior implica que el requerimiento a que se refiere esta sentencia no pueda prosperar, toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley No. 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad.

Más allá del razonamiento y decisión de la sentencia que expresa la voluntad mayoritaria del órgano de justicia constitucional, es útil analizar los motivos dados por algunos de sus ministros, quienes expusieron que la familia se funda en el matrimonio y que su fin, la procreación, permite la pervivencia de la sociedad. En ello radicó la referencia constitucional a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”.

En tal sentido, corresponde destacar el voto particular concurrente del entonces presidente del Tribunal Constitucional, Raúl Bertelsen, quien afirmó, entre varios argumentos, que, acorde con lo establecido en el artículo 1, inciso segundo, de la Carta Fundamental, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, que el matrimonio es la base principal de la familia, que uno de los fines de la familia es la procreación. Por ende, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de

22 Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1881, de 3 de noviembre 2011.

distinto sexo, ya que solo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo.

En la misma línea, la ministra Marisol Peña Torres expuso su voto individual concurrente, en el que enfatizó:

3°. Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio –vivir juntos y auxiliarse mutuamente–, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio. Dicho, en otros términos, esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión.

Como puede anotarse, en este fallo la causa expuesta por algunos ministros para rechazar la acción es que el matrimonio solo puede celebrarse entre un hombre y una mujer porque su fin trascendente, que es la procreación, permite la supervivencia de la sociedad, y en tal sentido debe interpretarse el artículo 1, inciso segundo, de la Constitución, que reza: “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

El 4 de junio de 2020, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia Rol 7774, a propósito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad incoada por la pareja conformada por Cecilia Vera y Cristina Ibars, respecto del inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, y de la frase “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley 19.947, que establece la ley de Matrimonio Civil.²³

23 Tribunal Constitucional. Rol 7.774-2019, de 4 de junio 2020. Cabe señalar que la sentencia fue acordada con el voto de cinco de nueve ministros del Tribunal Constitucional: Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez

Las accionantes contrajeron matrimonio en España en 2012 y solicitaron inscribir su matrimonio en el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, cuestión que no ocurrió, quedando inscrito su vínculo matrimonial como un Acuerdo de Unión Civil. Con motivo del rechazo del órgano administrativo iniciaron una acción constitucional de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol 168.844-2019, gestión judicial que sirvió de presupuesto para deducir esta acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

Las requirentes adujeron ante el Tribunal Constitucional que, como consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, quedaron desprovistas de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero, lo que resulta del todo atentatorio con lo dispuesto por los artículos 1 y 19.4, ambos de la CP. También sostuvieron que ello las discrimina arbitrariamente por su orientación sexual, categoría prohibida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Constitución. Además, señalaron, se vulnera el derecho a la identidad de su hijo en común y con ello la protección de la dignidad de toda persona, contraviniendo el artículo 1 de la Constitución, puesto que se le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres. Por último, esgrimieron que se transgrede el mandato de protección del interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales e incorporado al ordenamiento jurídico chileno por aplicación del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, puesto que a su hijo se le impide ser hijo matrimonial y se le imposibilita contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres.

A propósito de la afectación del artículo 1 vinculado a la familia y su relación con el matrimonio, el órgano de justicia constitucional expuso en el considerando décimo quinto que el orden público familiar se encuentra estatuido en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos, por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad o separación judicial de los cónyuges.²⁴ Categóricamente, en el considerando

Márquez y Miguel Ángel Fernández González. La disidencia fue de los ministros: María Luisa Brahm Barril (presidenta), Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y María Pía Silva Gallinato.

24 “Que, en consecuencia, el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una

décimo sexto, señaló que la regulación del matrimonio igualitario corresponde al legislador y que no es un tema que pueda ser definido por el Tribunal Constitucional.²⁵ A juicio del Tribunal Constitucional, corrobora tal posición la tramitación en el Congreso del proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial en 2017 y en actual tramitación.²⁶ El Tribunal Constitucional concluyó, en el considerando trigésimo segundo, con base en el “orden público matrimonial”, que solo el legislador puede modificarlo y

mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges”. Categóricamente en el considerando décimo sexto señaló que la regulación del matrimonio igualitario corresponde al legislador y que no es un tema que pueda ser definido por el Tribunal Constitucional, citando para ello el voto particular de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica consignados en la sentencia Rol 1881 antes analizada: “Que, la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, ‘no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución’ (STC Rol 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica)”. Corrobora tal posición, a juicio del Tribunal Constitucional, la tramitación en el Congreso del proyecto de ley iniciado por mensaje presidencial en 2017 y en actual tramitación, en el considerando décimo octavo: “Que, todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial No. 130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, cuya Cámara de Origen es el Senado de la República, Boletín No. 11422-07”. Tribunal Constitucional. Rol 7.774-2019, de 4 de junio 2020, considerando décimo quinto. Tribunal Constitucional. Rol 7.774-2019, de 4 de junio 2020.

25 Citaron para ello el voto particular de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica consignados en la sentencia Rol 1881 antes analizada: “Que, la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, ‘no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución’ (STC Rol 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica)”.

26 Considerando décimo octavo: “Que, todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial No. 130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, cuya Cámara de Origen es el Senado de la República, boletín No. 11422-07”. Tribunal Constitucional. Rol 7.774-2019, de 4 de junio 2020, considerando octavo.

no la magistratura constitucional y expresó que “las disposiciones legales censuradas en el requerimiento de estos autos constitucionales pertenecen al orden público matrimonial, y por consiguiente no presentan aspectos constitucionales que reparar. A quien corresponde corregirlos, si así se estimare procedente, es a los órganos colegisladores, llamados a fijar las reglas acerca del matrimonio civil”. Por ello, el Tribunal Constitucional rechazó la acción de inaplicabilidad incoada.

Como se infiere de la lectura de ambas decisiones, el Tribunal Constitucional asume que la regulación del matrimonio igualitario y sus efectos es asunto que solo compete al legislador democrático y que le está vedado definir jurisprudencialmente esa regulación en virtud de una acción constitucional, cuyo único objetivo es verificar si un precepto legal aplicable en una gestión pendiente produce efectos contrarios a la Constitución.

Conclusiones y lecciones aprendidas: Chile, un caso de (in)activismo judicial

En otro trabajo, vinculado al derecho a la salud, conceptualicé el activismo judicial y lo distingo en grados. En esa oportunidad señalé:

... el activismo judicial puede manifestarse en un sentido fuerte y en un sentido moderado. El activismo judicial en sentido fuerte se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan a favor de aquél prescindiendo de lo dispuesto por las normas vigentes. Ello, a su vez, puede concretarse en dos casos: uno, en el que se atribuyan garantías al derecho fundamental no expresamente reconocidas por el Derecho vigente; y otro, en el cual al derecho se le asigne un contenido más amplio que aquél consagrado positivamente. El activismo judicial en sentido moderado se produce cuando los tribunales, intencionadamente y destacando la importancia del derecho protegido, fallan en su favor de forma indirecta, protegiéndolo mediante la expansión del contenido de otros derechos fundamentales relacionados o no. En ambos casos, tanto la intencionalidad del fallo y su manifestación expresa resultan esenciales para hablar de activismo judicial. De lo contrario, sólo estaremos ante meros avatares judiciales y no ante un movimiento ideológico.²⁷

27 Miriam Henríquez. “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”. *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 8 (2010): 401-424, 401.

Vinculada esta definición al ámbito del matrimonio igualitario, constituiría un caso de activismo judicial fuerte si las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, contra norma legal expresa del artículo 102 del Código Civil, fallaran en favor de la existencia del matrimonio igualitario, destacando, por ejemplo, el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas, sin distinción de su orientación sexual para contraer ese vínculo. Sería un caso de activismo judicial moderado, si los mismos órganos resolvieran reconociendo los efectos que produce el matrimonio entre personas del mismo sexo, haciéndolos extensivos a las parejas o uniones del mismo sexo, por ejemplo, en el ámbito filiativo.

Sin embargo, como se desprende de la revisión jurisprudencial expuesta, la posición de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional de Chile ha sido consistente en afirmar que las acciones de protección y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respectivamente, no son vías idóneas para reconocer el matrimonio igualitario o sus efectos. Asimismo, afirmaron que una regulación de esa naturaleza y envergadura corresponde exclusivamente al legislador democrático.

Por otro lado, la principal razón expresada para el rechazo del matrimonio igualitario, además de la competencial, se resume en que históricamente en Chile la familia se ha entendido ligada al matrimonio entre un hombre y una mujer. Que la procreación, como fin del matrimonio, asegura la existencia de la sociedad. Y que el artículo 1, inciso segundo, de la Constitución expresa que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y como tal debe dársele protección a la familia fundada en el matrimonio heterosexual.

De mantenerse esta tesis, solo un cambio legislativo o constitucional integral podrá reconocer y regular el matrimonio igualitario en Chile. Para ello será necesario que se profundice en la noción de familia desligada del matrimonio; se reconozca a la familia en su amplia diversidad, sin discriminaciones; o se admita que existen distintos tipos de familia o multifamilismo. Igualmente, será menester asumir que el actual régimen matrimonial excluye a las personas del mismo sexo de contraer matrimonio, lo que afecta la igualdad ante la ley. En un Estado de derecho, el respeto de la dignidad y los derechos exige que todas las personas puedan gozar en igualdad de condiciones de todas las instituciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

Referencias

- Fariás, Alberto. “Matrimonio igualitario en Chile: incidencia de la identificación política en la opinión pública”. *Aposta*, núm. 71 (2016): 34-61.
- Guerra, Pedro. “Obergefell y el largo camino hacia el matrimonio igualitario”. *Estudios Constitucionales*, núm. 2, año 16 (2018): 117-140.
- Henríquez, Miriam. “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”. *Estudios Constitucionales*, núm. 1, año 8 (2010): 401-424.
- Marshall, Pablo. “Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento”. *Polis, Latinoamericana*, núm. 49 (2018): 201-230.
- Muñoz, Fernando. “Que hable ahora o calle para siempre: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”. *Derecho*, núm. 1, vol. XXIV (2011): 9-30.
- Muñoz, Fernando. “El núcleo fundamental de la sociedad. Los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta”. *Ius et Praxis*, núm. 1, año 19 (2013): 7-34.
- Salvo, Irene y Herminia González. “Monoparentalidades electivas en Chile: Emergencias, tensiones y perspectivas”. *Psicoperspectivas, Individuo y Sociedad*, núm. 2, vol. 14 (2015): 40-50.
- Turner, Susan. “El acuerdo de unión civil: la respuesta legal para las uniones de hecho en Chile”. *Anuario de Derecho Público* (2015): 21-37.
- Weidenslaufer, Christine y Rodrigo Bermúdez. “La interpretación constitucional en el (no) reconocimiento del matrimonio homosexual en Brasil y Chile”. *Chilena de Derecho Parlamentario*, año 3 (2014): 48-61.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 1881, 3 de noviembre de 2011.
- Tribunal Constitucional. Rol 7.774-2019, de 4 de junio 2020.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección, Rol 6787-2010, 9 de diciembre de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección, Rol 7280-2016, 10 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones. Acción de Protección, Rol 74.926-2017, de 28 de septiembre de 2017.
- Corte Suprema. Acción de Protección, Rol 33.316-2019, de 20 de julio de 2020.

Moviendo la Constitución: reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia

COLOMBIA

Mauricio Ariel Albarracín Caballero*

El artículo 42 de la Constitución de Colombia establece que la familia se constituye “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”. La interpretación literal de esta norma constitucional privó a las parejas del mismo sexo de cualquier protección¹ hasta el año 2007, cuando la Corte reconoció que estas parejas pueden constituir uniones maritales de hecho (Sentencia C-075 de 2007)² y de esta manera pueden

* Abogado y filósofo de la Universidad Industrial de Santander. Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes y Magíster en International Legal Studies de la American University. Correo electrónico: malbarracin@gmail.com. El presente capítulo corresponde a una parte de la disertación “Una Constitución propia: movilización constitucional por los derechos LGBT en Colombia”, escrita por el autor para optar por el título de Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes y dirigida por la profesora Julieta Lemaitre Ripoll. Para esta investigación se utilizaron como fuentes: procesos judiciales, información de prensa, entrevistas semiestructuradas a parejas que reclamaron por sus derechos y observación participante. El autor declara que hizo parte de la estrategia de litigio constitucional relatada en este texto, que fue llevada a cabo por las organizaciones Colombia Diversa y Dejusticia. Agradezco a Antonio Barreto Rozo, Juana Dávila Sáenz y Julieta Lemaitre Ripoll, quienes leyeron y comentaron una versión anterior de este texto como parte de la tesis doctoral.

1 Antes de la Sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional de Colombia negó el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo con dos tipos de argumentos: primero, que las parejas del mismo sexo no constituían una familia constitucionalmente protegida, y segundo, que era competencia del Congreso de la República regular este tipo de uniones y los derechos a los que podría accederse. Este criterio lo mantuvo la Corte para el reconocimiento de las uniones maritales de hecho (Sentencia C-098 de 1996), la adopción de parejas del mismo sexo (Sentencia C-814 de 2001), afiliación de parejas del mismo sexo a la seguridad social en salud (Sentencia SU-623 de 2011), derecho a la pensión de sobreviviente de la pareja del mismo sexo (Sentencia T-349 de 2006), entre otras.

2 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En la mayoría estuvieron los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Jaime Córdoba Triviño,

acceder a los derechos que se derivan de ello. Este precedente de reconocimiento de las parejas del mismo sexo³ se sumó a la ya consolidada línea jurisprudencial de protección a la orientación sexual e identidad de género de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y personas *queer* (LGBTIQ+).⁴ Las dos líneas jurisprudenciales mencionadas previamente: de protección individual y de las parejas, son indispensables para explicar y entender el reconocimiento del matrimonio igualitario como la continuidad de un proceso de eliminación de la discriminación que inició décadas atrás. A pesar de que el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+ es mucho más extenso y complejo, este capítulo se limitará a analizar la movilización y contramovilización constitucional en torno al matrimonio igualitario, que se dio en Colombia entre los años 2010 y 2016.

Manuel José Cepeda Espinosa, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas Hernández y Nilson Pinilla Pinilla. Aclararon el voto los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra. Salvó el voto el magistrado Jaime Araújo Rentería.

3 La Corte Constitucional de Colombia reconoció los derechos de las parejas del mismo sexo como una unión marital de hecho y lo fue haciendo en distintos ámbitos regulatorios, como la seguridad social (Sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008), en 42 leyes que reconocían derechos y obligaciones (Sentencia C-029 de 2009) y en la protección de los hijos mediante el reconocimiento de la adopción consentida y conjunta (Sentencias SU-617 de 2014, C-071 de 2015 y C-683 de 2015) y la legitimación de los hijos nacidos durante la unión marital de hecho (Sentencias SU-696 de 2015 y T-196 de 2016), entre otras decisiones.

4 La Corte Constitucional de Colombia tiene una jurisprudencia bien establecida de protección de las personas LGBTI frente a actos de discriminación, violencia y exclusión por su orientación sexual e identidad de género. Se destacan, por ejemplo, las decisiones relacionadas con la inconstitucionalidad de leyes que sancionaban como falta disciplinaria el *homosexualismo* en el ejercicio de la docencia (Sentencia C-481 de 1998), las fuerzas militares (Sentencias C-507 de 1999, C-431 de 2004) y la actividad notarial (Sentencia C-373 de 2002). Junto a estas decisiones de inconstitucionalidad, la Corte ha estudiado diversos casos concretos de personas LGBTIQ+ que han reclamado mediante acción de tutela contra la discriminación en el ámbito educativo (Sentencias T-097 de 1994, T-435 de 2002, T-562 de 2013, T-804 de 2014, T-478 de 2015, entre otras), en las cárceles (Sentencias T-499 de 2003, T-1096 de 2004, T-062 de 2011, T-372 de 2013, T-709 de 2013, entre otras), en salud (Sentencia T-248 de 2012), en la relación con la policía (Sentencia T-301 de 2004), por parte de particulares (Sentencias T-808 de 2003, T-909 de 2011, entre otras). La jurisprudencia sobre esta materia es extensa y supera más de 100 decisiones. Véanse: Colombia Diversa. *Derechos de lesbianas, gay, bisexuales y personas transgeneristas e intersex*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2007; Diego López Medina. *Cómo se construyen los derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes / Legis, 2016.

Para efectos de la investigación, se entiende la movilización constitucional⁵ como el proceso mediante el cual ciudadanía, activistas y organizaciones del movimiento social LGBTIQ+ utilizan la Constitución como una herramienta de acción política, tanto en las oportunidades legales que genera como en el lenguaje constitucional que proporciona.⁶ Estas acciones y procedimientos constitucionales se integran al repertorio de movilización que tiene como objetivo dar una interpretación incluyente de la Constitución para crear significados sociales,⁷ es decir, que la Constitución es al mismo tiempo un medio y un fin de la movilización. Esta activación constitucional no solo ocurre en momentos de cambio constitucional o en procesos ante la Corte. Es una forma de movilización legal que se puede identificar tanto en las calles como en las instituciones. Así, existe la movilización constitucional en los debates políticos en el Congreso de la república, en las discusiones públicas que no necesariamente tienen trámite institucional y en las interacciones cotidianas sobre los derechos.⁸ Tampoco es una forma exclusiva de activismo de los movimientos sociales que buscan un cambio social, pues también los que preservan el *statu quo* usan la

5 No es la primera vez que se usa la expresión “movilización constitucional”. Previamente, Natalia Sandoval usó el concepto “movilización legal constitucional” para describir la exigencia social que tramita un movimiento social “a través de un proceso judicial ante la Corte Constitucional”. Natalia Sandoval. “La movilización social en tiempos de la Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana”. *Colombia Internacional*, núm. 79 (2013): 173. Más recientemente, Bui Ngoc Son realizó una completa conceptualización de la movilización constitucional y la definió como “el proceso mediante el cual los actores sociales invocan las normas y los discursos constitucionales para defender un cambio constitucional”. Bui Ngoc Son. “Constitutional Mobilization”. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 17, núm. 1 (2018): 123. Según este autor, la movilización constitucional es una forma de movilización legal que está relacionada con el derecho, sus instituciones y procedimientos.

6 Mauricio Albarracín Caballero. “Una constitución propia: movilización constitucional por los derechos de las personas LGBTI en Colombia”. Tesis de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2019.

7 Julieta Lemaitre. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 2009.

8 Julieta Lemaitre y Mauricio Albarracín. “Patrullando la dosis personal: el control policial al consumo de dosis personal de droga en Bogotá”. En Alejandro Gaviria y Daniel Mejía (comps.), *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

Constitución como una bandera,⁹ proceso que he designado como contramovilización constitucional. Como se explicará a lo largo del capítulo, la interacción entre movilización y contramovilización explica las diversas trayectorias institucionales y resultados jurídicos relacionados con el matrimonio igualitario.¹⁰

El debate constitucional sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo inició en el año 2010 con la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil que establece que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Esta demanda fue decidida en la Sentencia C-577 de 2011¹¹ en la cual la Corte Constitucional de Colombia no declaró inconstitucional esta norma, pero sí estableció los fundamentos constitucionales e institucionales que llevarían años después a una sentencia de unificación de tutela¹² en la cual se reconoció definitivamente el matrimonio entre parejas del mismo sexo (Sentencia SU-614 de 2016).¹³ Usualmente se describe el reconocimiento de este derecho

9 La metáfora de la bandera indica el uso del derecho como un marco de movilización: “El derecho es una bandera y no sólo un campo de batalla en el cual se dan las luchas”. Lemaitre, *El derecho como conjuro*, p. 30.

10 El estudio de la interacción entre movimientos y contramovimientos ha cobrado interés en quienes analizan los derechos LGBTIQ+ y, en general, los debates sobre género y sexualidad. Véanse, por ejemplo: Michael C. Dorf y Sidney Tarrow. “Strange bedfellows: How an anticipatory countermovement brought same-sex marriage into the public arena”. *Law & Social Inquiry*, vol. 39, núm. 2 (2014): 449-473; Alba Ruibal. “Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina”. *Política y Gobierno*, vol. 22, núm. 1 (2015): 175-198; Jairo Antonio López. “Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Respuestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos”. *Estudios Sociológicos*, vol. 36, núm. 106 (2018): 161-187.

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En la mayoría estuvieron todos los magistrados, pero se presentaron múltiples aclaraciones. Aclararon el voto los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Luis Ernesto Vargas Silva, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla. Salvó el voto y aclaró la magistrada María Victoria Calle Correa.

12 La acción de tutela es una acción constitucional (art. 86 de la Constitución) mediante la cual cualquier persona puede acudir ante los jueces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales que sean vulnerados o amenazados.

13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-614 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos. En la mayoría estuvieron María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas. Aclararon el voto los magistrados María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacios Palacios, Luis Ernesto Vargas Silva. Salvaron

como el resultado de una “Corte activista”. Esta descripción es incompleta y simplista y oscurece elementos esenciales del debate institucional y social que se dieron en torno al matrimonio igualitario en Colombia. En particular, concentrarse en el rol de la Corte Constitucional y reducirlo solamente a ella no permite ver la diversidad de instituciones que entran en relación y juegan diversos roles, por ejemplo, como espacios de discusión (el Congreso de la República), como ámbitos de reconocimiento de derechos (juzgados civiles municipales), como aliados en esta garantía de derechos (Defensoría del Pueblo, gobiernos locales y gobierno nacional) y como contradictores (Procuraduría General de la Nación). Otra simplificación de la explicación del reconocimiento generado, visto una “Corte activista”, es hacer caso omiso del análisis de la confrontación entre los agentes de movilización constitucional y aquellos que aún hoy promueven la contramovilización. De hecho, un elemento central en el reconocimiento del matrimonio igualitario se caracteriza por la contramovilización intransigente que terminó acelerando el reconocimiento del derecho. Las organizaciones y personas que estaban a favor del matrimonio igualitario lograron enmarcar adecuadamente tanto las extremas injusticias que se estaban cometiendo contra las familias de parejas del mismo sexo como la persecución que se había desarrollado por parte de la contramovilización. En la Sentencia C-577 de 2011, la Corte cambió varias reglas sustanciales y procesales en este debate, en particular reconoció que las parejas del mismo sexo conforman una familia constitucionalmente protegida y que debía abrirse un debate en el Congreso de la República sobre el déficit de protección que sufrían estas familias.

En la primera parte de este texto se analizará este momento de surgimiento de la discusión judicial y política sobre matrimonio igualitario, la cual se desarrolló entre los años 2010 y 2013. Posteriormente, se verá cómo tanto quienes estaban a favor como quienes se oponían al matrimonio igualitario organizaron estrategias jurídicas y políticas para avanzar o impedir el reconocimiento de este derecho. En la segunda parte, se analizan estas estrategias haciendo énfasis en el surgimiento de la contramovilización constitucional organizada por la Procuraduría General de la Nación, bajo la administración de Alejandro Ordóñez,¹⁴ y las estrategias

el voto los magistrados Luis Guillermo Guerrero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

14 El procurador Alejandro Ordóñez Maldonado es un político conservador que ha defendido posiciones radicales contra las libertades, los derechos de las mujeres y de la población

desplegadas por la organización Colombia Diversa¹⁵ y sus aliados para enfrentar este nuevo reto político. En la tercera parte del capítulo se analizan los procesos de micromovilización constitucional que se emprendieron juzgado por juzgado en los casos más emblemáticos de matrimonio igualitario. En este texto usaré el concepto micromovilización constitucional con el fin de analizar una nueva forma de uso de la Constitución que ya no se desarrolla en la Corte Constitucional, sino en otros espacios institucionales descentralizados, como los juzgados y las notarías. Estos espacios no alcanzan la notoriedad pública que tiene la Corte Constitucional, pero han sido indispensables en la construcción, entendimiento y reconocimiento de este derecho.

Como resultado de la confrontación judicial y política ocurrida en varios juzgados y notarías, se presentaron varias acciones de tutela que buscaron definir si era posible o no realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo. Por esta razón, tanto las organizaciones que defendían el matrimonio igualitario como sus opositores volvieron a la Corte Constitucional para discutir el asunto, en un caso que acumuló seis acciones de tutela sobre el asunto y que tuvo una audiencia pública que permitió un nuevo espacio de deliberación.¹⁶ En la última parte del texto se analizará el proceso ante la Corte Constitucional que llevó a la Sentencia SU-614 de 2016. Finalmente, se presentarán las conclusiones acerca de la interacción de movilización y contramovilización constitucional que llevaron al reconocimiento del matrimonio igualitario en Colombia.

LGBTIQ+. Estas ideas pueden ser consultadas en: Alejandro Ordóñez Maldonado. *Ideología de género, utopía trágica o subversión cultural*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, 2006.

15 Colombia Diversa es una organización de derechos de las personas LGBTIQ+ en Colombia. Fue creada en el año 2004 por un grupo de activistas que trabajaban inicialmente en el impulso de un proyecto de ley de reconocimiento de parejas del mismo sexo y que decidieron conformar esta organización con la finalidad de garantizar plenamente los derechos de las personas LGBTIQ+. Sus principales herramientas de movilización son la investigación en derechos humanos, litigio, comunicaciones e incidencia política. Para más información, véase su página web (www.colombiadiversa.org).

16 La audiencia pública sobre el matrimonio igualitario se desarrolló el día 30 de junio de 2015. No todos los casos de la Corte tienen audiencia pública y no se trata de un procedimiento obligatorio. La convocatoria de una audiencia pública es una facultad de la Sala Plena de la Corte y se encuentra regida por en los artículos 66 a 73 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento interno de la Corte). La información completa de esta audiencia se encuentra en el Anexo II de la Sentencia SU-614 de 2014.

Surgimiento del debate judicial y político por el matrimonio igualitario: de la Corte al Congreso

Sentencia C-577 de 2011: reconocimiento de la familia y aplazamiento del matrimonio igualitario

Las personas LGBTIQ+ y sus organizaciones han hecho esfuerzos de movilización para visibilizar las injusticias se ha presentado históricamente, tanto por regulaciones que criminalizan la orientación sexual y la identidad de género como por aquellas que las excluyen de derechos fundamentales. La falta de reconocimiento familiar y los derechos asociados es una de las discriminaciones más extendidas tanto históricamente como a nivel global que sufren las personas LGBTIQ+. En Colombia, los activistas y las parejas del mismo sexo han reclamado al Estado desde los años noventa que se elimine la exclusión familiar a través de acciones constitucionales que fueron negadas por la Corte Constitucional.¹⁷ Posteriormente, entre los años 1999 y 2016, congresistas de diversos partidos presentaron 18 proyectos de ley para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, pero ninguno de ellos fue aprobado.¹⁸ Debido a este letargo legislativo, el movimiento LGBTIQ+ y sus aliados volvieron a usar el litigio constitucional como una herramienta para el reconocimiento de sus derechos. De esta manera se produjo el cambio en la jurisprudencia con la Sentencia C-075 de 2007,¹⁹ en la cual la Corte extendió la protección de la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo, decisión que fue seguida de otras sentencias que ampliaron la protección a la seguridad social (Sentencias C-811 de

17 En la nota a pie número 2 *supra* se detalla la jurisprudencia constitucional que negó los derechos de las parejas del mismo sexo.

18 “La Sala Plena verifica que el Congreso de la República ha omitido regular las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo sexo. Desde 1999 a la fecha, se han archivado o retirado - en algunas ocasiones sin discusión alguna-, 18 proyectos de ley del más variado alcance y naturaleza, que buscaban suplir el déficit de protección, tantas veces reclamado, mediante la normalización y la nominación jurídico-dispositiva de las comunidades de vida de aquéllas”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-614 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

19 Véase nota a pie número 4 *supra*. Para ver detalles de este cambio jurisprudencia, puede consultarse: Colombia Diversa y Universidad de los Andes. *Parejas el mismo sexo: el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008 (en línea); Mauricio Albaracín Caballero. “Corte Constitucional y movimientos sociales. El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia”. *Revista Sur*, vol. 8, núm. 14 (2011).

2007²⁰ y C-336 de 2008²¹) y a diversos derechos y obligaciones (Sentencia C-029 de 2009²²).

Las decisiones de la Corte Constitucional sobre los derechos de las parejas del mismo sexo que se habían producido desde el año 2007 crearon un entusiasmo ciudadano que no se correspondía con la realidad judicial. Mientras para la opinión pública parecía que la Corte estaba siendo en exceso garantista, lo cierto era que la jurisprudencia había avanzado en un reconocimiento parcial y acotado de derechos, porque no se había dado el paso para la plena protección constitucional de las familias de parejas del mismo sexo.²³ Entre los meses de agosto y septiembre de 2009, los ciudadanos Jaime Berdugo Pérez y Felipe Montoya Castro presentaron demandas de inconstitucionalidad separadas contra el artículo 113 del Código Civil, porque consideraban que la definición heterosexual del matrimonio violaba los derechos a la dignidad, igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia entre parejas del mismo sexo.²⁴ Estas acciones judiciales no fueron consultadas ni articuladas con las organizaciones que estaban litigando por los derechos de las parejas del mismo sexo

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En la mayoría estuvieron los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Jaime Córdoba Triviño, Manuel José Cepeda Espinosa, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas Hernández y Nilson Pinilla Pinilla. Aclaró el voto la magistrada Catalina Botero Marino. Salvaron el voto el magistrado Jaime Araújo Rentería y Nilson Pinilla Pinilla.

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En la mayoría estuvieron Humberto Sierra Porto, Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla y Clara Inés Vargas Hernández. El magistrado Jaime Araújo Rentería salvó parcialmente su voto y lo aclaró. El magistrado Nilson Pinilla salvó parcialmente su voto.

22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En la mayoría estuvieron los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Jaime Araújo Rentería, Marco Gerardo Monroy Cabra, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández. El magistrado Jaime Araújo Rentería salvó parcialmente su voto y lo aclaró. El magistrado Nilson Pinilla salvó parcialmente su voto.

23 El magistrado Jaime Araújo Rentería presentó salvamentos de voto en este sentido a las Sentencias C-075 y C-811 de 2007. La magistrada Catalina Botero presentó aclaración de voto a la Sentencia C-811 de 2007 donde concluía que: “no existiría razón alguna para privilegiar a las parejas heterosexuales sobre las parejas constituidas por personas del mismo sexo como fundamento de la institución familiar de que trata el artículo 42 de la Constitución”.

24 Véanse los expedientes D-7882 y D-7909.

en esa época.²⁵ Por lo tanto, estas demandas eran prematuras en relación con el reconocimiento constitucional de las uniones maritales de hecho, que era de muy reciente e iba avanzando gradualmente. También eran acciones impredecibles, ya que en 2009 hubo un relevo de seis magistrados de la Corte²⁶ y no era clara la posición de los nuevos magistrados frente al asunto. Como bien lo señala Lina Malagón: “En Colombia, la construcción del matrimonio homosexual, como problema público, empezó de una manera inesperada”.²⁷

Estas primeras demandas iniciaron el debate sobre el matrimonio igualitario tanto en la Corte como en la opinión pública. Dentro del proceso de constitucionalidad participaron instituciones del poder ejecutivo y organizaciones religiosas en contra de las acciones,²⁸ así como instituciones, organizaciones y personas a favor de las demandas, particularmente activistas y universidades.²⁹ El procurador general Alejandro Ordóñez intervino en este proceso de constitucionalidad con el argumento de que

25 Una reconstrucción de este tipo de movilización anterior al 2009 puede consultarse en Mauricio Albarracín Caballero. “Movilización legal para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo”. Tesis de maestría en Derecho. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

26 La Corte Constitucional de Colombia está compuesta por nueve magistrados designados por periodos de ocho años. Los magistrados a quienes se les terminó el período fueron en esa oportunidad fueron: Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Clara Inés Vargas, Jaime Araújo Rentería y Jaime Córdoba Triviño. En general, el cambio de magistrados genera incertidumbre sobre cambios o continuidad en las líneas jurisprudenciales. La actual composición de la Corte puede consultarse en su página web (<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>).

27 Lina Malagón. “La construcción del problema social del matrimonio entre personas del mismo sexo y su puesta en agenda legislativa en Colombia”. Serie Documentos de Trabajo, Departamento de Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 5.

28 Entre los que se destacan: la Academia Colombiana de Jurisprudencia, las facultades de derecho de las universidades Sabana y Externado de Colombia, la Conferencia Episcopal, el gobierno nacional. Se pronunciaron en contra de estas demandas: el Ministerio del Interior y de Justicia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Departamento Nacional de Estadística (DANE), el presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, 66 integrantes de la Iglesia Bautista de Itagüí y 77 ciudadanos que se comunicaron con la Corte vía correo electrónico con “manifestaciones e invocaciones de carácter religioso”.

29 Entre ellas, el gobierno de la ciudad de Bogotá, el Departamento de Sociología de la Universidad Nacional, el Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana, las facultades de Derecho de la Universidad de Santander (UDES), Universidad ICESI, Universidad San Buenaventura (Medellín), el Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, el Observatorio de Discriminación Racial de la Universidad de los Andes, la Asociación del Colegio de Abogados de Nueva York, un grupo de 29 profesores de derecho de distintos países, las organizaciones no gubernamentales Colombia Diversa, Dejusticia, Women’s Link Worldwide, la

el Código Civil no contradecía la Constitución, sino que simplemente la seguía y la reiteraba.

En la Sentencia C-886 de 2010,³⁰ la Corte determinó: “que las demandas no cumplieron a cabalidad con las condiciones y requisitos que se exigen –claridad, pertinencia y suficiencia– para poder entrar a un examen de fondo de los cargos planteados y de este manera emitir un fallo de mérito sobre la constitucionalidad”.³¹ La Corte se dividió en cinco magistrados contra cuatro respecto a esta sentencia inhibitoria. El magistrado Vargas dijo en su salvamento de voto que la mayoría había decidido “eludir el debate” y, con el salvamento conjunto de los cuatro disidentes, se dieron señales de que existía una minoría sólida decidida a dar una discusión más amplia sobre el precedente vigente y casi que invitaban a continuar con el debate:

Los magistrados que salvamos el voto esperamos que en un futuro próximo la Corte Constitucional considere los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, así como los cambios sociales que se han dado en la institución familiar, porque esta vez, como se dijo, vinieron por justicia y salieron discriminados.³²

El salvamento era tanto una premonición de la futura jurisprudencia como una invitación a la acción.

El 11 de noviembre de 2010, la Corte comunicó esta decisión³³ y de inmediato el procurador Ordóñez reclamó esta decisión como un triunfo.³⁴ Y aunque ello generó un debate sobre el uso de la sentencia inhibitoria

Comisión Colombiana de Juristas, Profamilia, un grupo de 24 de senadores y representantes a la Cámara de diferentes partidos políticos, el grupo político Polo de Rosa, entre otros.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. En la mayoría estuvieron Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Sierra Porto y Mauricio González Cuervo. Salvaron el voto los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010. Véase la sección 5. Conclusión.

32 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010, salvamento de voto suscrito por los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

33 Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa núm. 57, 11 de noviembre de 2010. En línea.

34 Procuraduría General de la Nación. Boletín 810. La Sala Plena aceptó el concepto del Procurador General de la Nación y se declaró inhibida para emitir concepto de fondo sobre la constitucionalidad de la definición de matrimonio y de la familia. 12 de noviembre de 2010. En

por parte de la Corte, también envió señales de que no existía una mayoría clara para negar totalmente el matrimonio entre parejas del mismo sexo.³⁵ Después de esta decisión, Felipe Montoya, uno de los demandantes, manifestó que presentaría una nueva demanda, porque consideraba que la Corte no tenía razones para inhibirse.³⁶ Ante la insistencia del demandante y con un debate público ya iniciado, las organizaciones Colombia Diversa y Dejusticia decidieron presentar una nueva demanda para lograr el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la cual se presentó conjuntamente con el abogado Montoya.

El debate social sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo estaba abierto. De hecho, no había pasado ni una semana cuando otro ciudadano, Carlos Andrés Echeverry Restrepo, quien no estaba articulado con el movimiento que se había organizado en torno a este asunto, presentó una nueva demanda contra el artículo 113 del Código Civil. Sin tener una sentencia publicada y únicamente con la información del comunicado de prensa, las organizaciones elaboraron y presentaron una nueva demanda sobre matrimonio igualitario el 29 de noviembre de 2010, 18 días después de la decisión inhibitoria de la Corte. Esta demanda recogía varios años de trabajo desarrollado por las organizaciones que conocían bien las discusiones que llevaron al cambio de precedente de la Corte en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo; también conocían los alcances, retos y límites de estas decisiones. Los cargos constitucionales se fundamentaban en la violación de la dignidad humana, el derecho a la igualdad, a la personalidad jurídica, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía reproductiva. Un primer asunto que la demanda reclamaba era la inconstitucionalidad de la expresión *procrear* ligada a los fines del matrimonio, la cual no solo servía para discriminar a los homosexuales de la

línea. Véase también: Aciprensa. “Corte Constitucional mantiene definición de matrimonio en Colombia”. 12 de noviembre de 2010.

35 Juanita León. “Matrimonio homosexual seguirá rondando la Corte”. La Silla Vacía, 11 de noviembre de 2010.

36 Revista Semana. “La Corte no tenía motivos para declararse inhibida”: abogado Felipe Montoya”. 12 de noviembre de 2010. El Tiempo. “Demandante cree que puerta para el matrimonio homosexual quedó abierta”. 12 de noviembre de 2010. Women’s Link Worldwide. “Frente a la demanda por el matrimonio civil para homosexuales, el fallo inhibitorio retrasa la decisión, pero no concluye el debate”. Dos Manzanas. “La Corte Constitucional de Colombia se inhibe sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y esperará a futuras demandas”. 13 de noviembre de 2010.

posibilidad de casarse, sino que sobre todo discriminaba a las mujeres, al violar su autonomía reproductiva. El resto de la demanda se concentraba en hacer frente a la dificultad del problema jurídico del matrimonio entre parejas del mismo sexo en el contexto de una cláusula constitucional que establecía directamente el matrimonio como una institución heterosexual.

El primer argumento se centró en diferenciar entre una regla exceptiva y una regla especial en relación con la literalidad del matrimonio expresada en el artículo 42 de la Constitución. Es decir, la demanda señalaba que establecer el matrimonio como una institución heterosexual no era excluyente y que el legislador estaba habilitado para establecer una regulación más amplia del matrimonio, toda vez que el propio artículo 42 contemplaba otras formas del matrimonio y de protección familiar, y que tampoco el lenguaje del artículo incluía expresiones excluyentes, tales como: “solo”, “únicamente” o “solamente”.

El segundo argumento se enfocó en la existencia de una omisión legislativa relativa al matrimonio de parejas del mismo sexo, es decir, que el legislador debió haber regulado esta situación, porque los grupos en comparación tenían situaciones asimilables de regulación y que no existía ninguna razón constitucional para excluir a las parejas del mismo sexo. En esencia, las organizaciones demandantes usaron el precedente establecido en las decisiones de unión marital de parejas del mismo sexo con la salvedad de que ampliaron su alcance en relación con la protección familiar y el análisis de las consecuencias de negar el matrimonio a las parejas del mismo sexo, para lo cual se pidió que se realizará un test estricto de proporcionalidad.

Además, la demanda incluyó un extenso análisis de los requisitos formales y presentó a la Corte varias posibilidades de decisión con el fin de dar un amplio espacio a la definición del problema jurídico. Una de las posibilidades fue que se estableciera una constitucionalidad condicionada con efectos diferidos que reconociera el derecho a las parejas del mismo sexo de manera inmediata, con la salvedad de que se le otorgara seis meses al Congreso de la República para regular de manera no discriminatoria sobre este asunto. Para fundamentar esta petición, las organizaciones presentaron un estudio de derecho comparado con el fin de mostrar las distintas formas como este asunto se había resuelto en otras jurisdicciones en una interacción entre el poder legislativo y el poder judicial.³⁷

37 Este estudio de derecho comparado fue tomado del *amicus curiae* que había sido preparado por un grupo de 29 profesores de derecho de distintos países que había sido presentado en

La presentación de esta demanda estuvo acompañada de una campaña de movilización y comunicación por el “matrimonio igualitario”, expresión con la que se acuñó esta acción impulsada por las organizaciones y que fue trasplantada del activismo LGBTIQ+ argentino, que el 17 de julio de 2010 había logrado la aprobación de una ley que reconocía este derecho, siendo así el primer país de América Latina en hacerlo. También existió una nutrida participación de instituciones, organizaciones y personas durante el trámite de constitucionalidad. El gobierno del presidente Juan Manuel Santos, que estaba iniciando, se abstuvo de participar. Solamente lo hizo el Ministerio de Hacienda, al informar que no tenía estudios del impacto fiscal sobre la ampliación de la pensión a las parejas del mismo sexo. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por su parte, afirmó que no existía prohibición en el derecho internacional para establecer el matrimonio entre parejas del mismo sexo y cada Estado podía valorar y determinar las medidas que considerara idóneas para regular estas relaciones.

A favor de la demanda estuvieron la Alcaldía de Bogotá, las personerías de Medellín y Armenia, así como las agrupaciones políticas Polo Democrático y Partido Verde. Esta demanda tuvo un amplio respaldo de universidades,³⁸ organizaciones de derechos humanos y de derechos de las mujeres nacionales³⁹ así como del movimiento LGBTIQ+.⁴⁰ Colombia Diversa también presentó su *Declaración pública por el respeto a la dignidad humana*, firmada por 3.866 personas, y la Comunidad LGBTIQ+ de Cali presentó una comunicación firmada por 394 personas. Otra particularidad de los apoyos internacionales es que varios de ellos vinieron de

la demanda que condujo a la Sentencia C-886 de 2010.

38 Algunas de ellas fueron: Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico, Universidad de Santander (UDES), Universidad Autónoma de Colombia, Universidad de Medellín, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Instituto Pensar de la Universidad Javeriana, Observatorio de Discriminación Racial y Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario.

39 Por ejemplo, la Comisión Colombiana de Juristas, Women’s Link Worldwide, Profamilia, Sisma Mujer, entre otras.

40 Entre ellas estaban: el grupo FEMM, G y M Abogados, Prodiversia, Caribe Afirmativo, el grupo de padres, madres y familiares de personas LGBTIQ+, el grupo de jóvenes LGBTIQ+ de Cali, Lesbianopolis, el Grupo de Apoyo de Mamás Lesbianas y la sección latinoamericana de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA).

América Latina⁴¹ y se concentraron en subrayar que los avances respecto al matrimonio entre parejas del mismo sexo no eran exclusivos de América del Norte y de Europa, sino que también existían referentes de sistemas jurídicos similares al colombiano.

En contra de la demanda estuvieron pocas organizaciones.⁴² El opositor más importante fue Alejandro Ordóñez, procurador general, quien conceptuó en contra de las demandas argumentando que se trataba de “una interpretación subjetiva, forzada y caprichosa” del artículo 42 de la Constitución.⁴³ La Defensoría del Pueblo, por su parte, intervino contra la pretensión de reconocer por vía judicial el matrimonio entre parejas del mismo sexo con el argumento de que existía “una omisión legislativa, sin intención, originada en la falta de regulación”, y presentó una alternativa a la cuestión pidiendo que se exhortará al Congreso de la República “para que, en un término no mayor a dos legislaturas, regule una forma de unión de naturaleza civil que tenga efectos de protección para las parejas del mismo sexo que resulten análogos a los de las parejas heterosexuales”.⁴⁴

La Corte Constitucional respondió a las demandas en la Sentencia C-577 de 2011, la cual tuvo como ponente al magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Aunque la sentencia no reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como se buscaba en las demandas, esta decisión cambió sustancialmente los presupuestos y reglas del debate constitucional

41 Algunas de las instituciones y personas participantes fueron: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Organización Comunidad Homosexual de Argentina; Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina-Conicet; Tamara Adrian Hernández, de Venezuela; Organización Mexicana Ombudsgay; Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid (Cogam); jueza Gabriela Seijas y juez Quince, del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; profesor Roberto Gargarella.

42 Entre ellas, la Asociación Colombiana de Juristas Católicos y el Comité Prodefensa de Pensiones. Un grupo de 1476 ciudadanos envió una comunicación contra las demandas y en el mismo sentido se expresó otro grupo de ciudadanos que manifestaron ser integrantes de la iglesia evangélica en Colombia, quienes dijeron “que el matrimonio homosexual es una amenaza a los principios bíblicos establecidos por Dios para el sano desarrollo de la humanidad”.

43 Procuraduría General de la Nación. Concepto 5110 dentro del proceso de constitucionalidad D-8357 y D-8376 (acumuladas). Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009, p. 31.

44 Defensoría del Pueblo. Concepto presentado dentro de los expedientes acumulados D-8367 y D-8376. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009.

sobre sus derechos. En la sentencia la Corte parece que tuvo en cuenta las diversas perspectivas de los magistrados, quienes debatían sobre los derechos que debían ser reconocidos judicialmente y si ese era el canal más apropiado para concretarlos, considerando las competencias del Congreso. Como consecuencia de ese debate y los acuerdos construidos por la mayoría de la Corte, la sentencia fue una decisión de línea media, donde los magistrados de diversas ideas sobre el derecho lograron incorporar elementos de un complejo sistema de reconocimiento de derechos que terminó involucrando a las autoridades políticas, administrativas y a los movimientos en controversia.

Al menos cuatro elementos de la Sentencia C-577 fueron fundamentales para avanzar en los derechos de las parejas del mismo sexo y estos forman parte de los elementos que avanzan en el reconocimiento de derechos de las personas LGBTIQ+. En primer lugar, en la sentencia se dejó fuera de toda duda que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y que, por lo tanto, las medidas legislativas deben estar sometidas a un test estricto de igualdad. En el mismo sentido, la Corte reiteró que las personas homosexuales tienen garantizada la protección individual por efecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad y afianzó la doctrina según la cual gays y lesbianas son un grupo minoritario que no puede ser discriminado por la mayoría. En segundo lugar, la sentencia consolidó el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como uniones maritales de hecho, lo cual había iniciado como un proceso gradual desde la Sentencia C-075 de 2007, pero que generaba dudas en la propia jurisprudencia de la Corte y entre algunos operadores judiciales y administrativos, quienes seguían insistiendo en que las parejas del mismo sexo no conforman uniones maritales de hecho.

En tercer lugar, la Corte Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familias protegidas por la Constitución. Este fue el cambio jurisprudencial más importante al respecto y generó una reacción en cadena de reconocimientos de otros derechos familiares que hasta entonces habían sido negados. La Corte, en un primer momento de su jurisprudencia, había negado la posibilidad de que las parejas del mismo sexo conformaran una familia protegida por la Constitución (Sentencia C-814 de 2001) y posteriormente, en un segundo momento, había obviado esta discusión en las sentencias que reconocieron los derechos de parejas del mismo sexo (C-075 de 2007 y C-029 de 2009, entre otras). La Corte consideró que el análisis sobre la definición de la familia era “indispensable” y

tomó la decisión de cambiar la jurisprudencia usando una interpretación evolutiva de la Constitución. La sentencia es enfática en determinar que “la heterosexualidad no es una característica predicable de todo tipo de familia” y que “la convivencia solidaria, la comunidad de intereses o de fines es rasgo definidor de la familia homosexual”. La Corte estableció que debía quedar “superada la exclusión de las uniones homosexuales del concepto de familia constitucionalmente protegida”, porque “el carácter permanente de la convivencia fundado en el mutuo afecto hace de ellas un tipo de familia”.⁴⁵

En cuarto lugar, la sentencia reconoció que existe un déficit de protección constitucional respecto a las parejas del mismo sexo, por cuanto el reconocimiento que hasta ahora la Corte había hecho de sus derechos tenía un “marcado sesgo económico” y no existía un mecanismo formal que permitiera que las parejas del mismo sexo conformara una familia invocando la voluntad responsable de conformarla con la publicidad, la legitimidad y la dignidad que se merecen.

Esta sentencia también mostró una cara más conservadora, que debe analizarse, porque hace parte de la misma estructura de decisión constitucional. Al menos cuatro elementos conforman esta perspectiva. En primer lugar, la sentencia no reconoció el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo como un asunto constitucional que involucra el derecho a la igualdad. Esta fue sin duda la gran ganancia de los magistrados conservadores: protegieron el matrimonio como “inequívocamente ligado a la pareja heterosexual”, como se dice en la sentencia. En segundo lugar, enviaron el asunto al Congreso de la República donde históricamente no se habían aprobado proyectos de ley que reconocieran los derechos de parejas del mismo sexo. Adicionalmente se incluyeron varias referencias en la sentencia relacionadas con las posibles diferencias de regulación que podrían establecerse por parte del legislador entre parejas de distinto sexo y del mismo sexo. En tercer lugar y relacionado con lo anterior, en la decisión de la Corte se logró excluir cualquier referencia a la palabra matrimonio en relación con las parejas del mismo sexo dentro de las órdenes y *ratio decidendi* de la Corte, lo cual dificultaría aún más la reclamación ante las autoridades judiciales y administrativas. Finalmente, introdujeron un

45 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase sección: 4.4.3.2. Conclusiones sobre la relación entre la pareja homosexual y el concepto de familia.

apartado en la sentencia que excluye a las personas trans e intersexuales de los efectos de la sentencia, lo cual era un elemento absolutamente ajeno a la discusión y pasó desapercibido tanto en la opinión pública como entre los actores políticos, pero demostró una faceta transfóbica y excluyente de la decisión judicial.

La cara intermedia de esta sentencia se puede ver con claridad en las órdenes de la Corte y el complejo sistema de caminos institucionales que se estableció en la decisión. Como se dijo previamente, las parejas del mismo sexo fueron reconocidas como una familia protegida por la Constitución, pero permaneció el déficit de protección, por la falta de regulación adecuada. Por otra parte, la Corte estableció que no era el matrimonio la institución que necesaria y automáticamente debería proteger a las parejas del mismo sexo. Entonces surgió la discusión sobre las competencias institucionales sobre este asunto y se estableció en esta sentencia que: “no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia”.⁴⁶ Este camino hubiera sido totalmente incierto, si no se hubiera incluido otra orden que sin duda planteó un reto adicional a todos los actores políticos e institucionales en pugna. A la competencia del legislador se le añadió un condicionamiento temporal, en caso de que no se aprobará una regulación:

... la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.⁴⁷

El desacuerdo entre los magistrados no fue solo en lo sustantivo, sino en lo institucional, como se puede leer en los salvamentos y aclaraciones de voto. Mientras los magistrados más progresistas, como Calle, Henao, Palacio y Vargas, escribieron en su aclaración de voto que era “un paso significativo hacia la igual protección de toda la familia sin importar cuál

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. Véase sección: 4.5.3.4. La fijación del alcance de la institución contractual que permita formalizar el vínculo de las parejas homosexuales.

47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. Véase sección: 7. Exhorto dirigido al Congreso de la República.

sea su origen”,⁴⁸ los más conservadores, como Pinilla y Pretelt, guardaron silencio, al no presentar ni aclaración ni salvamento. Los magistrados González y Sierra, que habían votado favorablemente en otras oportunidades sobre los derechos de parejas del mismo sexo, también guardaron silencio. Solamente el magistrado Mendoza manifestó en su aclaración que la Corte debió haber sido clara en establecer una unión civil o una unión registrada. La magistrada Calle hizo un salvamento parcial de voto rompiendo la unanimidad y señalando que se establecía una protección incierta para las parejas del mismo sexo. En su escrito invitaba a los jueces a aplicar la analogía y a las parejas a entablar acciones de tutela. Es evidente en la sentencia que fue producto de una importante discusión y posterior negociación interna. Al final, la decisión dejó abiertos varios caminos institucionales y las partes en discusión tendrían herramientas para apropiarse de su contenido en los debates políticos y judiciales posteriores.

Una vez se supo el resultado de la decisión, esta lucha por la apropiación de las palabras de la sentencia se inició entre quienes apoyaban el matrimonio igualitario y quienes se oponían. Los activistas LGBTIQ+ conocían el componente conservador de la sentencia y decidieron obviarlo. Ignorar lo más conservador de una decisión y visualizar lo más progresista es un procedimiento político que ya había sido usado antes por los activistas LGBTIQ+ y que ha hecho parte de su repertorio de movilización constitucional. Por tanto, se decidió hablar del avance: “somos familia”, como su nuevo mensaje.⁴⁹ Los activistas convirtieron una demanda sobre matrimonio igualitario en una sentencia sobre reconocimiento familiar. Esta interpretación de la sentencia fue una construcción de significado hecha por las organizaciones a partir del cambio en la jurisprudencia que hizo la Sentencia C-577 de 2011, lo cual no solo afectaría la regulación de matrimonio, sino todo el derecho de familia, como ocurrió posteriormente en los debates constitucionales sobre el reconocimiento de los hijos. Este avance significó un nuevo reto para el movimiento, como bien lo señaló la Corte:

En un panorama en el cual la homosexualidad se ha tornado más visible y goza de mayor aceptación, las reivindicaciones deben ventilarse no

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011, aclaración de voto suscrita por los magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

49 El Tiempo. “Entrevista a Marcela Sánchez. ‘Los LGBTI no le tenemos temor al Procurador’: Colombia Diversa”. 16 de mayo de 2013.

solo ante la Corte Constitucional, sino adicional y primordialmente ante el Congreso de la República, en cuyo seno, según la dinámica de la política, las minorías pueden aliarse a la representación de otros partidos y movimientos para configurar, permanentemente o en relación con un tema, una coalición mayoritaria capaz de sacar adelante proyectos en los que tenga interés un grupo o sector, así sea minoritario.⁵⁰

De este modo, regresó este asunto al Congreso de la República en un debate que duró dos años y preparó el terreno para la discusión administrativa y judicial que se daría en los años subsiguientes.

Lucha política por el matrimonio igualitario en el Congreso (2011-2013)

El 26 de julio de 2011, la Corte Constitucional comunicó la Sentencia C-577⁵¹ en donde exhortaba al Congreso de la República “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, [...] afecta a las mencionadas parejas”. Dos días después de comunicada la decisión, el representante Miguel Gómez Martínez (Partido de la U) presentó un proyecto de ley para establecer un pacto de unión civil para parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales.⁵² Según Martínez, este contrato sería diferente al matrimonio civil y no lo asimiló a la familia,⁵³ ni tampoco permitía la adopción.⁵⁴ Unas semanas después, se presentaron dos nuevas iniciativas legislativas, una por parte del senador Armando Benedetti (Partido de la U) y la representante Gilma Jiménez (Partido Verde) con el fin de regular la unión civil de parejas del

50 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. Véase sección: 4.5.3.4. La fijación del alcance de la institución contractual que permita formalizar el vínculo de las parejas homosexuales.

51 Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa núm. 17, 28 de abril de 2011. En línea.

52 Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 29 de 2011, “Por medio de la cual se crea el contrato de unión civil entre personas”. CongresoVisible.org.

53 Caracol Radio. “Radican proyecto de ley que permitiría ‘contrato civil’ entre homosexuales”. 28 de julio de 2011.

54 El Espectador. “Radican proyecto para ‘bloquear’ adopción a parejas de homosexuales”. 28 de julio de 2011.

mismo sexo,⁵⁵ y otra por parte de la representante Alba Luz Pinilla y el senador Iván Cepeda Castro (Polo Democrático Alternativo), con el objetivo de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la posibilidad de adoptar.⁵⁶ Durante la legislatura de julio de 2011 a junio de 2012, estos proyectos de ley no avanzaron y fueron archivados por falta de trámite. La ausencia de discusión se debió en parte a que no estaba claro el alcance de la decisión de la Corte, a lo que se sumaba que la sentencia había sido publicada el 23 de mayo de 2012, diez meses después de haber sido tomada y comunicada la decisión.

Finalizado este período de incertidumbre frente al contenido y alcance de la decisión de la Corte, se inició una nueva legislatura, en la cual se radicaron cuatro nuevos proyectos de ley. El 31 de julio de 2012, el representante Alfonso Prada del Partido Verde y los senadores Armando Benedetti y Roy Barreras, presentaron conjuntamente un proyecto de unión civil para parejas del mismo sexo, el cual contemplaba los mismos efectos jurídicos del matrimonio, pero con otro nombre.⁵⁷ La siguiente semana, el representante Miguel Gómez insistió en su proyecto de pacto de unión civil para parejas heterosexuales y del mismo sexo que había presentado en la legislatura anterior y que tenía inspiración en el pacto de solidaridad francés, conocido como *Le pacte civil de solidarité* (PACS).⁵⁸ Casi un mes después, el 22 de agosto de 2012, los representantes Alba Luz Pinilla y Wilson Arias, acompañados de los senadores Iván Cepeda y Jorge Enrique Robledo, todo ellos del Polo Democrático, presentaron un nuevo proyecto de ley para reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la adopción por parte de ellas. Una semana después, el 30 de agosto de 2012, el representante liberal Guillermo Rivera presentó otro proyecto de ley para el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo.⁵⁹ Los

55 Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 47 de 2011, “Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones”. CongresoVisible.org.

56 Senado de la República. Proyecto de Ley 58 de 2011, “Por medio de la cual se modifica el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”. CongresoVisible.org

57 Senado de la República. Proyecto de Ley 047 de 2012, “Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones”. CongresoVisible.org.

58 Senado de la República. Proyecto de Ley 067 de 2012, “Por medio de la cual se crea el pacto de unión civil”. CongresoVisible.org.

59 Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 113 de 2012, “Por medio de la cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros”. CongresoVisible.org.

cuatro proyectos de ley fueron acumulados, pues representaban diversos modelos regulatorios para los derechos de las parejas del mismo sexo que podrían ser compatibles con las ambiguas consideraciones y decisiones de la Sentencia C-577 de 2011.

El debate parlamentario estuvo marcado por afirmaciones homofóbicas por parte de los opositores, quienes se negaron a cualquier posibilidad de matrimonio igualitario. De hecho, la iniciativa de Miguel Gómez, que representaba una solución conservadora moderada que cumplía con la sentencia de la Corte, fue minimizada por posiciones conservadoras más radicales, como las del procurador Alejandro Ordóñez, quien se oponía a cualquier regulación sobre la materia e incluso había pedido que se anulara la Sentencia C-577 de 2011. Los conservadores moderados en esta materia perdieron espacio de acción política cuando el senador Roberto Gerlein hizo un discurso ferozmente homofóbico en uno de los debates de la Comisión Primera del Senado, del cual se transcriben estas palabras:

... el catre compartido entre dos varones, ¡qué horror, Dios mío, qué horror!: un catre compartido por dos varones, a mí nunca me ha preocupado mucho el catre compartido por dos mujeres, porque ese homosexualismo no es nada, ese es una cosa inane, sin trascendencia, sin importancia, pero compartido por dos varones, ese es un sexo sucio, asqueroso, un sexo que merece repudio, un sexo excremental y no puedo yo, me perdonan, y no puedo yo convertirme en vocero de esa clase de uniones que llevan a esa clase de excesos.⁶⁰

Esta declaración del senador Gerlein generó mucha indignación entre las personas LGBTIQ+ y en la opinión pública.⁶¹ La Comisión Primera del Senado tuvo cuatro sesiones de discusión sobre este proyecto, que finalmente fue aprobado el 6 de diciembre de 2012 por un total de diez votos contra cinco.⁶² A pesar de este triunfo inicial, el 24 de abril de 2013, en la plenaria del Senado los proyectos de ley acumulados fueron derrotados por

60 Apartado de la intervención del senador Roberto Gerlein en Fabio JPC. “Sexo sucio – Gerlein”. 21 de noviembre de 2012. Canal YouTube. Véase también El Espectador. “Senador considera que sexo entre homosexuales es ‘sucio, asqueroso y excremental’”. 20 de noviembre de 2012.

61 El Tiempo. “Rechazan declaraciones ‘homofóbicas’ del congresista R. Gerlein”. 20 de noviembre de 2012.

62 Senado de la República. “Aprueban en Comisión Primera el matrimonio de parejas del mismo sexo”. En línea.

51 votos en contra 17, más 16 abstenciones. La estrategia del comité de impulso del matrimonio igualitario, conformado por varias organizaciones y activistas LGBTIQ+, consistía en promover el matrimonio bajo la premisa de los mismos derechos, con los mismos nombres, y evitar que se aprobara una regulación de parejas que fuera discriminatoria. Por su parte, los opositores se empeñaron en que no se aprobará ninguna forma de regulación. Este antagonismo se materializó en la votación que llevó a que no se aprobara ninguna ley en las dos legislaturas señaladas como término máximo por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011.

La discusión parlamentaria tuvo varios efectos tanto para quienes que se movilizaban por el matrimonio igualitario como para quienes se oponían. El primer efecto fue que ambos grupos incrementaron su nivel de organización y movilización, como lo demuestra el fortalecimiento de organizaciones conservadoras.⁶³ Una metáfora muy significativa de la interacción entre organizaciones del movimiento LGBTIQ+ y el movimiento conservador fue la división física que hubo entre organizaciones que apoyaban el matrimonio y entre aquellas que estaban en contra en la Plaza de Bolívar el día de la discusión. Un segundo efecto fue la consolidación de la Procuraduría General de la Nación como institución líder en oponerse al matrimonio entre parejas del mismo sexo, incluso haciendo *lobby* directo con los parlamentarios.⁶⁴ Esto se demuestra en las declaraciones públicas del procurador general y los conceptos e intervenciones presentados por esa institución tanto en la Corte Constitucional como en el Congreso. De esta manera, el movimiento opositor al matrimonio igualitario no solamente tenía una institución pública que lo lideraba, pues además se articulaba con organizaciones de la sociedad civil que surgieron en este momento político, como la Fundación Marido y Mujer y el movimiento “1 hombre y

63 Para un análisis detallado de los contramovimientos conservadores contra los derechos LGBTIQ+ en Colombia véanse: Emilio Lehoucq. “Legal threats and the emergence of legal mobilization: Conservative mobilization in Colombia”. *Law & Social Inquiry*, vol. 46, núm. 2 (2020); Lina Malagón. “La lucha del movimiento social católico en contra del matrimonio igualitario en Colombia: un medio para legitimar el estilo de vida católico (2009-2015)”. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 20, núm. 2 (2018).

64 Para profundizar sobre el rol de la Procuraduría en el contramovimiento conservador contra el matrimonio igualitario, véase: Mauricio Albarracín y Julieta Lemaitre. “La cruzada contra el matrimonio entre personas del mismo sexo en Colombia”. En Macarena Sáez y José Manuel Moran (eds.), *Sexo, delitos y pecados: Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina*. Washington: Center for Latin American and Latino Studies, American University, 2016.

l mujer”. Pero no solo el contramovimiento se fortaleció, pues los promotores del matrimonio igualitario también acumularon argumentos y alianzas en este proceso político. El debate parlamentario permitió mostrar la necesidad de tener mayor reconocimiento legal y movilizó la idea de igualdad en muchos sectores de la sociedad colombiana. Además, el contexto internacional fue favorable, porque conectaba el debate nacional con los debates globales que habían abierto las decisiones de matrimonio igualitario. Por ejemplo, la Asamblea Nacional de Francia había aprobado la ley de matrimonio entre parejas del mismo sexo el 23 de abril de 2013, un día antes de la votación del Senado colombiano.

El debate parlamentario fue un escenario para que los actores políticos involucrados crearan diversos argumentos para apropiarse del contenido de la Sentencia C-577 y prepararse para el debate administrativo y judicial que se daría a partir del 20 de junio de 2013, fecha que la Corte había fijado en la orden quinta que abrió paso para que las parejas del mismo sexo acudieran a juzgados y notarías a instaurar un procedimiento sobre el cual no estaba claro aún cuál sería su naturaleza o consecuencias jurídicas. En otras palabras, el Congreso fue un espacio de interacción entre el movimiento y el contramovimiento, que terminó cumpliendo funciones deliberativas importantes y dejó sentadas las bases de trayectorias de lucha por los derechos que se dieron en otros escenarios, habilitados también por la Corte Constitucional.

Estrategias de movilización y contramovilización constitucional por el matrimonio igualitario

Desde que se comunicó la Sentencia C-577 de 2011 los actores políticos e institucionales intuían que la discusión sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo se daría en los juzgados y las notarías. El Congreso había sido tradicionalmente reticente a aprobar cualquier regulación de los derechos de parejas del mismo sexo y era predecible que lo sería aún más en relación con la posibilidad de reconocer el matrimonio civil igualitario. Por esta razón, tanto el movimiento LGBTIQ+ y sus aliados como la Procuraduría y otros opositores empezaron a elaborar estrategias constitucionales antes del 20 de junio de 2013, las cuales serían desplegadas ante diversas autoridades administrativas y judiciales.

La Procuraduría General de la Nación creó una estrategia para oponerse a los matrimonios de parejas del mismo sexo⁶⁵ que tenía al menos cuatro componentes. El primero fue presentar una acción de nulidad en la Corte Constitucional contra la Sentencia C-577 de 2011 que, si bien no prosperó,⁶⁶ tenía como objetivo deslegitimar la sentencia y contribuir a mayor confusión jurídica.⁶⁷ El segundo fue realizar un concepto jurídico sobre la interpretación de la sentencia para determinar que el matrimonio entre parejas del mismo sexo era constitucionalmente imposible.⁶⁸ Posteriormente, realizó una amenaza pública de investigar disciplinariamente a las notarías que registraran matrimonios entre parejas del mismo sexo.⁶⁹ El último componente de la estrategia fue organizar a un grupo de funcionarios con acciones más concretas para oponerse a los matrimonios que pudieran ocurrir en los juzgados. Para ello, la Procuraduría estableció un sistema de recolección de información en el cual instruía a todos los procuradores regionales y provinciales para que pidieran información a los juzgados sobre las solicitudes matrimonio.⁷⁰ Posteriormente,

65 BBC Mundo. “El hombre que quiere derrotar al matrimonio gay en Colombia”. 10 de octubre de 2013.

66 Corte Constitucional. Auto 155 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

67 El Espectador. “Corte Constitucional rechazó recurso de Alejandro Ordóñez contra el matrimonio igualitario”. 27 de enero de 2017.

68 El Universal. “El matrimonio debe ser entre ‘uno y una’: Alejandro Ordóñez”. 19 de abril de 2013. Véase también: El Tiempo. “Los argumentos de Ordóñez para decirles no a los derechos homosexuales”. 26 de junio de 2015.

69 El Espectador y Noticias Caracol. “Agudo rifirrafe entre procurador Ordóñez y notarios por matrimonio igualitario”. 6 de mayo de 2013. Véase también: El Espectador. “Notarios retan al procurador por matrimonio igualitario”. 6 de mayo de 2013.

70 La Procuraduría instruyó a sus funcionarios en los siguientes documentos: Procuraduría General de la Nación. Circular núm. 013 de 2013. Directrices, Recomendaciones y Peticiones en relación con el cumplimiento del resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011; Circular núm. 001 del 3 de julio de 2013, Sobre las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo o peticiones de solemnización de su vínculo contractual, expedida por la Procuradora Delegada para Asuntos Cíviles, Gladys Virginia Guevara Puentes, y dirigida a los Procuradores regionales, judiciales y provinciales; Circular núm. 002 del 22 de julio de 2013, expedida por la Procuraduría Delegada para Asuntos Cíviles; Memorando núm. 018 de julio 24 de 2013, de la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, Ilva Myriam Hoyos Castañeda, en el cual se solicita a los “Procuradoras(es) regionales, Procuradoras(es) provinciales y Procuradoras(es) judiciales familia” que se remita la información de las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo y/o peticiones de solemnización de su vínculo contractual que hayan sido presentadas en las oficinas de reparto, centros de servicios judiciales y administrativos, juzgados civiles del circuito, juzgados civiles municipales o juzgados promiscuos municipales.

los procuradores debían oponerse a estas solicitudes, bien fuera por escrito o presentándose a las audiencias de matrimonio. Finalmente, en caso de que se hicieran los matrimonios, los procuradores deberían emprender acciones judiciales contra estos actos jurídicos.

En contrapunto, Colombia Diversa y sus aliados empezaron a preparar una estrategia de movilización constitucional con el objetivo de que jueces y notarios realizaran matrimonios entre parejas del mismo sexo y de esta manera se lograra el reconocimiento material de la igualdad. Para ello iniciaron el estudio jurídico del asunto desde tres perspectivas: constitucional, familiar y disciplinaria. La primera de ellas, relacionada con el análisis constitucional, consistió en una revisión minuciosa de los argumentos de la Sentencia C-577 de 2011 y de las posibles interpretaciones de la orden de la Corte, que establecía que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Rodrigo Uprimny, constitucionalista y profesor de la Universidad Nacional de Colombia, hizo un análisis de la sentencia en el cual aceptaba la ambigüedad del texto como punto de partida, pero argumentó a favor que de la mejor interpretación de esa orden de la Corte era que los jueces y notarios casaran a las parejas del mismo sexo.⁷¹ Por su parte, el constitucionalista y abogado de Colombia Diversa, Manuel Páez, concluyó un estudio jurídico sobre la materia de la siguiente manera: “Entre las interpretaciones posibles de la Sentencia C-577 de 2011 la más razonable y constitucional indica que desde el 20 de junio de 2013 las parejas del mismo sexo pueden formalizar sus relaciones familiares a través de contrato civil de matrimonio”.⁷²

Otro análisis jurídico estuvo relacionado con los asuntos de derecho de familia, por cuanto la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo conformaban familias protegidas por la Constitución. En este sentido, resultó necesario especificar qué reglas de derecho de familia eran aplicables a esta situación. Así, por ejemplo, se determinó que, al ser el régimen de familia un asunto de orden público, no podían crearse contratos atípicos entre las partes en los cuales se dispusieran libremente de derechos y obligaciones.

71 Rodrigo Uprimny. “¿Matrimonio igualitario después del 20 de junio?”. *La Silla Vacía*, 27 de abril de 2013; “¿Matrimonio igualitario o ‘apartheid’ legal?”. *El Espectador*, 2 de abril de 2016.

72 Manuel Páez Ramírez. “La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 13 (2013): 231-257.

Otro elemento que se analizó desde la perspectiva del derecho de familia fue la competencia de los jueces civiles municipales para materializar el tipo de orden que la Corte estableció en su sentencia, toda vez que los jueces municipales no elaboran contratos ni realizan ningún otro acto distinto al matrimonio. El estudio del derecho de familia otorgó mayor respaldo interpretativo a los argumentos que se habían elaborado con base en el derecho constitucional. Una tercera perspectiva de análisis consistía en hacer frente a la amenaza de apertura de procesos disciplinarios contra los notarios que había hecho el procurador Ordóñez. Para ello, Colombia Diversa buscó un concepto de Edgardo Maya Villazón y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quienes habían sido procurador y viceprocurador, respectivamente, en el cual afirmaban que no se podría sancionar disciplinariamente a los notarios que registraran matrimonios entre parejas del mismo sexo y, además, que el procurador Ordóñez se había extralimitado al lanzar esta amenaza.⁷³ El principal objetivo de esta estrategia era que parejas del mismo sexo realizaran solicitudes de matrimonio ante distintos jueces civiles municipales con el fin de que alguno de ellos acogiera la interpretación más progresista de la orden quinta de la Sentencia C-577 de 2011. Estas solicitudes se podrían hacer ante cualquier juez, porque el Código General del Proceso había reformado una norma que disponía que solo se podría casar en el domicilio de los contrayentes.⁷⁴ De esta manera, las oportunidades de encontrar juzgados que realizaran matrimonios de parejas del mismo sexo se ampliaron.

Las dos estrategias enfrentadas también generaron distintas reacciones por parte de las instituciones y funcionarios involucrados. Así, por ejemplo, las notarías, al verse en el dilema que presentaban estas dos posiciones, optaron por crear una tercera vía que les permitiera cumplir, al menos en apariencia, con la sentencia, sin correr los riesgos disciplinarios que se habían abierto con la advertencia del procurador general. Álvaro Rojas Charry, notario 37 de Bogotá y presidente de la Unión Colegiada de

73 El Espectador. “No podrán sancionar por casar parejas del mismo sexo”. 12 de junio de 2013.

74 El artículo 626 del Código General del Proceso derogó el artículo 126 del Código Civil que establecía en su versión original: “El matrimonio se celebrará ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados”. La expresión “mujer” había sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la Sentencia C-112 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Notarios, impulsó la idea de que los notarios hicieran “uniones solemnes” que prácticamente eran las mismas uniones maritales de hecho, con otro nombre. Esta idea fue respaldada por Jorge Enrique Vélez, superintendente de Notariado y Registro, quien manifestó que los notarios no podrían realizar matrimonios.⁷⁵

De la misma manera, como había ocurrido previamente en los debates en el Congreso, la sentencia de la Corte Constitucional también generó varias interpretaciones que fueron defendidas por distintos actores, según su posición política o jurídica. Cuando el procurador Ordóñez decidió intervenir agresivamente para evitar matrimonios, varios actores de la rama judicial reaccionaron apoyando la interpretación de que el matrimonio entre parejas del mismo sexo era posible, como fue el caso de Eduardo Montealegre, fiscal general de la nación de la época,⁷⁶ la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación de Jueces y Magistrados, que agremia a varios integrantes de la rama judicial.⁷⁷

La multiplicidad de instituciones involucradas y las distintas interpretaciones existentes sobre la sentencia generaron un terreno propicio para que tanto el movimiento como el contramovimiento pudieran agenciar sus ideas constitucionales con distintos enfrentamientos y con distintos resultados. Uno de los giros más interesantes fue que el movimiento abandonó momentáneamente el litigio constitucional en abstracto y se movió a hacer peticiones de matrimonio en concreto, mientras el contramovimiento optó por obstruir los matrimonios, llegando incluso a presentarse para interrumpir las ceremonias y litigar contra los contrayentes. La orden quinta de la Corte permitió que el debate del matrimonio igualitario saliera del Congreso y de la Corte, que habían sido los escenarios tradicionales de discusión, y se moviera a instancias más descentralizadas y cercanas

75 El País. “Notarios harán un contrato de unión solemne, no matrimonios”. Jorge Enrique Vélez, 25 de abril de 2013.

76 El Tiempo. “Los militares también deben tener una justicia transicional”. Entrevista de María Isabel Rueda al fiscal general Eduardo Montealegre, 28 de abril de 2013. Rueda le preguntó a Montealegre si a partir del 21 de junio de 2013 los notarios debían casar parejas del mismo sexo y él contestó: “De la decisión de la Corte Constitucional se desprende una interpretación razonable y plausible. Como el Congreso no legisló sobre el tema, el matrimonio entre homosexuales es una de las opciones posibles. Las parejas homosexuales podrán, a partir del 21 de junio, acudir ante notario para formalizar esa actuación propiamente como un vínculo contractual de matrimonio”.

77 RCN Radio. “Más juzgados se estarían preparando para unir a parejas gay”. 25 de julio de 2013.

a los ciudadanos. Las nuevas reglas procesales y sustanciales de la Sentencia C-577 de 2011 también invirtieron las formas usuales de acción y reacción en torno a los derechos constitucionales. Mientras los activistas LGBTIQ+ se sintieron empoderados para hacer peticiones directas de matrimonio, los opositores se sintieron habilitados para impedir la garantía de los derechos usando el poder institucional de la Procuraduría, que promovía la interpretación más restrictiva de la Constitución. Esta tensión se presentó en los juzgados y las notarías en cada solicitud de matrimonio, la cual se convirtió en un nuevo espacio de discusión constitucional y de movilización social.

La micromovilización constitucional: bodas de juzgado en juzgado⁷⁸

El 20 de junio de 2013 todo estaba preparado para quienes apoyaban el matrimonio de parejas del mismo sexo y para quienes se oponían a él. Colombia Diversa y sus aliados tenían listas varias solicitudes de matrimonio que se presentarían aquel día con el propósito de cumplir la orden de la Corte. La cita fue en el edificio Hernando Morales Molina, sede judicial ubicada en pleno centro de Bogotá. En este edificio modernista y rutinario, sobre una calle ruidosa y contaminada, se presentaron varias parejas del mismo sexo para radicar solicitudes de matrimonio civil. Una bandera de colores y otra de Colombia, junto con algunas flores, fueron la improvisada decoración que los activistas instalaron en una de las entradas del edificio. Junto a las parejas iban abogados y activistas, algunos de los cuales decidieron entrar a esta sede judicial y visitar cada uno de los juzgados civiles municipales para entregar flores y, junto a ellas, un concepto jurídico que justificaba la realización de los matrimonios por parte de los jueces.

Posteriormente, Colombia Diversa envió por correo postal este mismo concepto a todos los jueces civiles municipales del país con el fin de darles a conocer esta opinión y animarlos a aplicarla en caso de recibir solicitudes. Aquel 20 de junio en esa oficina de reparto, donde casi nunca una pareja heterosexual presenta una solicitud de matrimonio,⁷⁹ se estaba dando un

78 En la elaboración de esta sección se tuvo en cuenta la observación participante del autor del texto en varios de estos acontecimientos. También se realizaron entrevistas semiestructuradas en el mes de agosto de 2018 con quienes hicieron parte de estos procesos de matrimonio.

79 Usualmente las parejas heterosexuales realizan sus matrimonios en notarías, por cuanto es mucho más sencillo el trámite. En los juzgados deben someter su solicitud a reparto y la fecha

mensaje de confianza a la autonomía e independencia judicial frente al poder del procurador. No solo se estaba desafiando a un hombre poderoso y extremista al mando de una institución estatal, sino a todo un sistema jurídico que había excluido por años a las parejas del mismo sexo. Presentarse para casarse fue el primer paso para poner en movimiento la imaginación institucional y política de la igualdad. Pero este desafío también tuvo una respuesta. Al hacerse las solicitudes y ser publicitadas por los medios de comunicación, estas fueron fácilmente rastreables por la Procuraduría, y así empezó la cacería de funcionarios que realizaran matrimonios entre parejas del mismo sexo.⁸⁰

En esta sección detallaré cuatro historias breves de cómo se desarrollaron los procesos de matrimonio después del 20 de junio de 2013. Cada historia muestra la forma como se movilizó el derecho constitucional en procesos civiles en los juzgados con el fin de lograr casar a las parejas del mismo sexo. También se puede identificar cómo se movilizó el derecho con el fin de evitar o anular estos matrimonios. A este tipo de proceso lo he llamado micromovilización constitucional, porque se trató de una forma autónoma de movilización constitucional que se desarrolló en instituciones más pequeñas y locales en las que usualmente se buscaba el reconocimiento de estos derechos, por ejemplo la Corte y el Congreso. Además, esta micromovilización es fundamental para comprender la historia del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario. La jueza 44 Civil de Bogotá, Luz Stella Agray, siempre ha sostenido al respecto: “fuimos los jueces civiles municipales los que reconocimos el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no fue la Corte Constitucional”.⁸¹

“Están casados”: La primera unión solemne

Carlos Rivera y Gonzalo Ruiz, con 20 años de convivencia, fueron una de las parejas que presentó su solicitud de matrimonio en Bogotá el 20 de junio de 2013. Le correspondió a la jueza 67 civil municipal admitir la solicitud con el fin de “formalizar y solemnizar el vínculo contractual”. En el auto admisorio, la jueza Carmen Lucía Rodríguez fue tan ambigua como

de realización queda sujeta a la disponibilidad de los jueces, quienes usualmente presentan demoras en sus procedimientos, por la congestión judicial.

80 Albarracín y Lemaitre, “La cruzada”.

81 Véase también: El Espectador. “¿Por qué casé a una pareja homosexual?”. 21 de mayo de 2015.

la Corte, pero no le tembló la mano para fijar fecha. La visité para preguntarle si se trataba de un matrimonio y ella muy amablemente me recibió en su despacho, pero sin resolver mi pregunta: debían presentarse para hacer lo que dice el auto admisorio. Ante aquella circunstancia, la pareja y los abogados del caso decidimos acogernos a la ambigüedad y consideramos que lo mejor era presentarse a la audiencia citada el 24 de julio de 2013 a la hora señalada, pero con el acompañamiento de un abogado experto en derecho de familia. La atención mediática se centró en aquella audiencia. Decenas de periodistas y medios estaban pendientes de aquel hecho y atiborraron las inmediaciones del juzgado, ubicado en el paseo peatonal de la calle 16, entre las iglesias de la Veracruz y “La Tercera” en el centro de Bogotá.

La Procuraduría ya sabía de esta audiencia y había presentado escritos previamente. La amplia difusión en medios de esta ceremonia atrajo a activistas tanto a favor como en contra del matrimonio igualitario, lo cual hizo que la audiencia fuera convulsionada dentro y fuera del edificio de la sede judicial. Fueron cuatro horas de audiencia, en la cual se hicieron presentes los contrayentes y sus respectivos testigos, acompañados del abogado y profesor de derecho de familia Aroldo Quiroz, quien había sido procurador delegado para la niñez y la familia. También se presentó a la audiencia el procurador judicial segundo para asuntos civiles, quien actuaba usualmente ante el Tribunal de Bogotá y casi nunca ante los juzgados civiles municipales. Aunque la pareja pidió que los casaran, la jueza aplicó por analogía todas las normas del matrimonio civil, pero en su concepto la Corte no decía nada de la denominación jurídica “matrimonio”. El procurador se opuso a la totalidad del acto. La jueza desestimó una a una las objeciones del procurador y procedió a declarar la unión. El abogado y la pareja no estaban seguros de aceptar esta unión, porque no tenían certeza de la naturaleza jurídica de lo que estaba a punto de suceder y, de hecho, estuvieron a punto de rechazar el acto. Sin embargo, se estaba dando un paso en el reconocimiento que, si bien no era completo, avanzaba respecto al estado de cosas existente. Entonces, durante la audiencia surgió una pregunta central dirigida a la jueza: ¿qué estado civil tienen los contrayentes? A lo que la funcionaria judicial afirmó con certeza: “casados”. La aseveración de la jueza fue lo que llevó a la pareja, en asocio con su abogado, a que se realizara esta unión. El procurador se retiró de la audiencia, una vez fueron rechazados todos sus recursos, y cuando estuvo fuera del despacho solamente dijo que no había sido un matrimonio. Una vez la pareja

salió de la oficina de la jueza, Gonzalo dijo: “estamos felices y civilmente casados”⁸² y los activistas que estaban afuera ya sabían que debían dar solamente un mensaje: “están casados”. Aquel día, ante un juzgado de la república, se casó por primera vez en el país a una pareja del mismo sexo, sin la claridad de si se trató de un “matrimonio”.⁸³ No obstante, ocurrió algo más, pues, aunque el procurador no pudo impedir la unión, siguió insistiendo en la nulidad de este acto que consideró ilegal.⁸⁴ El mensaje social que los defensores del matrimonio igualitario querían movilizar era que por primera vez un juzgado había casado a una pareja y así fue citado por los medios de comunicación.⁸⁵

El primer matrimonio y la primera acción de tutela

William Castro y Julio Cantor llevaban viviendo juntos desde los años ochenta cuando la homosexualidad era fuertemente estigmatizada social y jurídicamente. En la sala de su casa, al sur de Bogotá, me refrescaron la memoria de cómo fue que esta pareja gay, dedicada en aquel entonces a la venta de películas y música en la calle, se convirtió en la primera pareja del mismo sexo unida en matrimonio en Colombia. Aunque habían vivido fuera del clóset por hace años, ninguno de los dos tenía contacto con los activistas y organizaciones LGBTIQ+. Cuando se armó el revuelo público por la posibilidad de que las parejas del mismo sexo pudieran acudir ante jueces y notarios, un hermano de William, también gay, hizo una unión solemne con su compañero ante una notaría. William buscó hacer lo mismo con Julio, pero al acudir a la notaría les informaron que tenía un costo y la única opción gratuita consistía en ir a un juzgado. Entonces William y Julio llenaron un formulario estándar para matrimonio marca Minerva y lo presentaron al reparto en el mismo lugar que lo habían hecho las parejas aquel 20 de junio. Rodeados de su familia y con mucha tranquilidad, el 20 de septiembre de 2013, el juez Juan Carlos Cerón, a cargo del Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá, los casó con los mismos derechos y con el mismo nombre. Luego de la fiesta de matrimonio, William debía dirigirse al juzgado para reclamar el acta de matrimonio respectiva, pero,

82 El Espectador. “Estamos civilmente casados”. 24 de julio de 2013.

83 Semana. “Estar civilmente casados era lo que queríamos”. 24 de julio de 2013.

84 RCN Radio. “En firme, primera unión civil de pareja gay”. 16 de septiembre de 2013.

85 Semana. “La primera unión marital entre personas del mismo sexo”. 24 de julio de 2013.

cuando acudió al juzgado, algo sorprendente había ocurrido. El juez le informó que la Procuraduría había interpuesto una acción de tutela contra su matrimonio y que debían buscar un abogado para contestar ese mismo día. De inmediato William le manifestó a un funcionario del juzgado que no sabía a quién acudir, entonces esta persona le mostró uno de los conceptos que había repartido Colombia Diversa semanas atrás en los juzgados: “vaya a esa dirección”, le dijo el empleado judicial.

Marcela Sánchez Buitrago, directora de Colombia Diversa, recordó que cuando le comunicaron que un señor estaba en la puerta diciendo que lo habían casado, ella dudó de la veracidad del hecho. Durante varias semanas habían buscado jueces que les dieran la razón y hasta ese momento parecía que no iba a funcionar la estrategia que se había trazado. Una vez examinó el acta y descubrió que se trataba de la primera pareja del mismo sexo unida en matrimonio, no tuvo mucho tiempo para celebrar, porque un nuevo proceso judicial apremiaba y había que contestar de inmediato la acción de tutela de la Procuraduría. Este matrimonio fue anulado en primera instancia por un juez civil del circuito, pero se presentó una apelación y el Tribunal de Bogotá revocó la decisión restableciendo el matrimonio entre William y Julio.⁸⁶ Luego de que su matrimonio volvió a su estado original, se inició otra batalla judicial para que la Registraduría procediera a inscribir este matrimonio en los registros civiles de los contrayentes, acción de tutela que fue resuelta favorablemente para la pareja, pero que, junto con la acción de tutela de la Procuraduría, terminaría acumulada en el nuevo caso constitucional que estudiaría la Corte Constitucional años después.

Casarse antes que notifiquen la sentencia de tutela

Adriana González y Marcela Rojas eran pareja desde hacía más de una década. Son lesbianas muy empoderadas y años atrás también habían realizado su unión marital de hecho, una vez fue posible realizarla por efecto de las sentencias de la Corte Constitucional. Fue una de las parejas que con el apoyo de Colombia Diversa presentó públicamente una solicitud de matrimonio el 20 de junio en Bogotá. El 4 de octubre de 2013, la jueza Luz Stella Agray, a cargo del Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, citó a Adriana y a Marcela para casarse. La jueza Agray ya sabía que la Procuraduría se iba a oponer al matrimonio y que le interpondría una acción

86 El Universal. “Tribunal Superior de Bogotá deja en firme un matrimonio gay”. 24 de octubre de 2013.

de tutela, como lo había hecho contra el titular del Juzgado 48 Civil Municipal, con el resultado de la anulación del matrimonio el 2 de octubre de ese mismo año. Por eso decidió citarlas inmediatamente a la audiencia de matrimonio y las instruyó para que entraran antes de las 2 de la tarde, de tal manera que no tuvieran interrupciones de ninguna naturaleza.

Junto con Adriana, Marcela y sus testigos llegamos durante la hora del almuerzo a la sede judicial del edificio Nemqueteba del centro de Bogotá. Ellas se cambiaron de ropa para su matrimonio en medio de expedientes. En una ceremonia muy rápida, se casaron. Inmediatamente se terminó la ceremonia, la jueza nos informó de la acción de tutela interpuesta por la Procuraduría, e iniciamos el trabajo para contestarla dentro del término dado por el juzgado del circuito que estudiaba la cuestión. Adriana y Marcela recuerdan la zozobra que significó haberse casado en medio de ese proceso, pero también se sentían respaldadas por una jueza que lo primero que dijo cuando conversó con ellas es que no creía en el matrimonio, pero que era una defensora de los derechos fundamentales.⁸⁷ El 19 de octubre de 2013, el juez de tutela de primera instancia anuló el matrimonio de Adriana y Marcela,⁸⁸ pero semanas después el Tribunal de Bogotá revocó la decisión de primera instancia y lo dejó en firme.⁸⁹

No obstante, Adriana y Marcela, junto con Colombia Diversa, decidieron iniciar una acción de tutela contra la Procuraduría para que se estudiará el comportamiento de esta entidad que, haciendo uso de sus facultades legales estaba recogiendo datos personales de las parejas del mismo sexo que solicitaban la realización de su matrimonio. De esta manera, la Procuraduría podía identificar las solicitudes de matrimonio e interferir en su realización usando diversos recursos legales. La Corte Constitucional estudió el caso en la Sentencia T-444 de 2014⁹⁰ y determinó que, aunque la Procuraduría podía recoger esa información, no podría hacerlo: “para (i) imponer a través de directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza

87 El Espectador. “Otro matrimonio por la igualdad en el país”. 4 de octubre de 2013.

88 El Heraldo. “Tutela de la Procuraduría tumba segundo matrimonio homosexual”. 19 de octubre de 2013.

89 Caracol Radio. “En firme otro matrimonio gay”. 30 de octubre de 2013.

90 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 de 2014. M.P., María Victoria Calle. Acompañó la sentencia el magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. El magistrado Mauricio González Cuervo presentó salvamento parcial de voto.

general obligatoria; a la vez (ii) sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición”.⁹¹ La Corte consideró que esta intervención de la Procuraduría afectaba la autonomía e independencia judicial y el derecho de acceso a la justicia de esta familia.

Matrimonios secretos en la costa Caribe⁹²

La confrontación con la Procuraduría en cada proceso de matrimonio fue intensa y agresiva. Esa institución desplegó un conjunto de acciones, como la búsqueda de información relacionada con solicitudes de matrimonio, con la finalidad de iniciar acciones de litigio para impedir o anular estos actos, lo cual generaba grandes costos afectivos y una gran inseguridad jurídica en las parejas que buscaban la protección de sus familias. Por eso, los activistas y abogados siguieron buscando jueces civiles en otros lugares, ojalá lejos del ojo vigilante del procurador. Las solicitudes en las ciudades eran fácilmente rastreables, por la mayor sistematización de la información, organización burocrática y presencia de la Procuraduría y sus distintas delegadas, que usualmente hacen presencia en las ciudades capitales. Por ejemplo, Bogotá se convirtió en el lugar más inseguro para realizar matrimonios, por el nivel de exposición que había alcanzado este asunto y el seguimiento estricto que hacía el Ministerio Público. Este cambio de lugar de la movilización generó que se empezarán a realizar matrimonios sin que la Procuraduría pudiera impedirlos y de esta manera se daban nuevos hechos sociales y jurídicos que respaldaban la interpretación más progresista de la sentencia. Además, la realización de matrimonios ante jueces de localidades más pequeñas traía una ventaja adicional relacionada con el reparto, porque, en ciudades con múltiples jueces competentes, la asignación de un juez que acogiera una interpretación progresista era cuestión de suerte, mientras en los pueblos, con único juez, no existía reparto, y si ese juez casaba a una pareja del mismo sexo lo más seguro es que casara a otras, porque ya quedaba claro su criterio jurídico respecto de la sentencia.

91 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 de 2014. Apartado 7.2. Véase también: El Espectador. “El procurador no puede imponerle su visión a jueces y notarios”. 18 de junio de 2015.

92 Para un relato detallado de estos matrimonios y un análisis del contexto en el cual se produjeron, véase Albarracín y Lemaitre, “La cruzada”.

El primer intento de casar parejas del mismo sexo en algún lugar secreto fue en el municipio de Gachetá, departamento de Cundinamarca, a cuatro horas por carretera desde Bogotá. Allí se casaron Elizabeth Castillo y Claudia Zea, quienes no avisaron a nadie de la realización de su matrimonio y se pudo efectuar tranquilamente. Sin embargo, el periódico *El Espectador* publicó un reportaje el domingo 28 de septiembre de 2013⁹³ en el cual se hacía una crónica del matrimonio realizado días atrás y esto generó que los opositores conocieran el nuevo lugar donde se podían hacer matrimonios de parejas del mismo sexo, por lo que se intensificó la presión contra el juez de la localidad.⁹⁴ Este matrimonio también fue sujeto de acciones judiciales por parte de organizaciones opositoras a los derechos LGBTIQ+ sin que llegara a ser anulado.⁹⁵

Quienes estaban a cargo de la estrategia legal tuvieron conocimiento de otro juez que estaba dispuesto a hacer matrimonios de parejas del mismo sexo. Esta vez la ubicación del municipio se mantuvo en total secreto, incluso a las parejas que buscaban casarse se les decía inicialmente que el juez estaba en la costa Caribe, pero no se les proporcionaban más detalles. Se trataba del municipio de San Estanislao de Kotska, en el departamento de Bolívar, a unas dos horas por carretera desde Cartagena. Una particularidad del pueblo ayudaba a mantener el secreto: era un pueblo con dos nombres. Informalmente se conoce aquel municipio como Arenal y algo que contribuye a la confusión es que existe otro municipio con el mismo nombre, también en el departamento de Bolívar. Por eso cuando se toma el bus para ir al pueblo en el terminal de transportes de Cartagena se debe tener cuidado de irse en el bus que va para Arenal norte, como se conoce al municipio de San Estanislao, o, en caso contrario, se corre el riesgo de terminar en el verdadero Arenal.

San Estanislao de Kotska es un pueblo costeño con calles polvorientas sin pavimentar. Curiosamente, una de sus calles se llama de la Igualdad y es la que conduce al cementerio, porque en la muerte todos somos iguales, dicen en el municipio. El juzgado queda en el parque principal junto a una casona amarilla. En el período comprendido entre octubre de 2013 y diciembre de 2015, el juez Carlos González casó a 31 parejas del mismo sexo

93 El Espectador. “Matrimonio igualitario es un hecho”. 28 de septiembre de 2013.

94 El Tiempo. “Polémica en Gachetá por unión de parejas gays”. 9 de octubre de 2013.

95 El Herald. “Tribunal deja en firme tercer matrimonio gay en Colombia”. 28 de noviembre de 2013.

que viajaban de distintas partes del país con las indicaciones de Colombia Diversa, quienes solo daban los detalles del lugar cuando cuando el juez fijaba fecha. La primera pareja que viajó lo hizo desde Barranquilla por tierra con otra pareja de amigas que también iban a casarse. Ellas recuerdan que tenían mucha incertidumbre por hacer un viaje tan inusual para casarse. Estas mujeres abrieron el camino para decenas de parejas que luego harían el mismo viaje desde distintas regiones del país, incluso algunos desde el extranjero, porque requerían casarse con el fin de migrar a otros países. Tal vez la pareja más recordada de este grupo, tanto por el juez González como por los activistas, fue la de Amparo Bahamón y Amanda Díaz, quienes llevaban 36 años de convivencia.⁹⁶ Ellas querían casarse con urgencia porque Amparo tenía un cáncer avanzado y no quería morir sin hacer este acto con Amanda. La pareja fue testigo de los tiempos de la penalización de la homosexualidad y habían dado una lucha personal por su identidad, que era admirada por todos sus allegados. Intentaron presentar una solicitud en Bogotá, pero no tuvieron suerte. La pareja no tenía dinero para realizar el viaje y por ello los activistas elaboraron un presupuesto de lo que costaría ir al municipio e hicieron una colecta entre amigos y conocidos. Amparo murió meses después de su matrimonio, pero tranquila por haber logrado realizar su sueño de igualdad y dignidad.⁹⁷

Haber encontrado un juez que realizará matrimonios sin ningún obstáculo tuvo varios efectos favorables para el reconocimiento del matrimonio igualitario. En primer lugar, los matrimonios del mismo sexo fueron un hecho jurídico y social que iba creciendo, aunque lentamente. En segundo lugar, se deslocalizó el reconocimiento del matrimonio igualitario de los centros visibles de poder y se trasladó a la periferia, donde era más seguro y anónimo. En tercer lugar, varias parejas pudieron casarse rápidamente ante distintas necesidades personales, lo cual permitió que los matrimonios que debían realizarse con urgencia no tuviera obstáculos. Finalmente, la confrontación entre quienes defendían el derecho al matrimonio y sus opositores dejó de darse en los procesos de matrimonio y se trasladó de nuevo a la jurisdicción constitucional, por vía de las diversas acciones de tutela que surgieron en estos procesos de micromovilización constitucional.

96 El Espectador: “Amanda y Amparo, tres décadas de amor y discriminación”. 27 de junio de 2016.

97 Albarracín y Lemaitre, “La cruzada”.

De regreso a la Corte Constitucional: Sentencia SU-214 de 2016 y reconocimiento del matrimonio igualitario

Cada matrimonio de parejas del mismo sexo posterior al 20 de junio de 2013 implicó un intenso proceso de movilización y contramovilización constitucional. Los eventos anteriores de reconocimiento de derechos impulsados por los activistas LGBTIQ+ se habían hecho con carácter general y usualmente a partir de demandas de control abstracto de constitucionalidad que, si bien tenían efectos en el reconocimiento de derechos para las familias de parejas del mismo sexo, estas no eran las protagonistas centrales ni las afectadas directamente. En los casos de matrimonio y, simultáneamente, de adopción, las familias asumieron un rol central en la movilización constitucional. El asunto del matrimonio igualitario recorrió varias trayectorias, primero en la Corte Constitucional con demandas de inconstitucionalidad, posteriormente en el Congreso de la República y, finalmente, en un nuevo escenario de reconocimiento, a nivel más local y a partir de la acción de jueces civiles municipales.

Era inevitable que la Corte estudiaría de nuevo el asunto, algo deseado por todos los actores involucrados. La Sentencia C-577 había generado una diversidad importante de interpretaciones y equívocos que afectaban tanto la igualdad como la seguridad jurídica. A ello se le sumaban las diversas solicitudes de matrimonio que habían sido presentadas ante jueces y notarios que les daban trámite de distinta manera y con una variedad de consecuencias jurídicas. Esto había conllevado también que quienes se movilizaban tanto a favor como en contra del matrimonio igualitario presentaran acciones judiciales. La multiplicidad de interpretaciones, instituciones y litigios llevaron a que la Corte acumulará seis acciones de tutela representativas de la compleja discusión jurídica que había generado la propia Corte unos años atrás. Pero este retorno a la Corte se daba cinco años después de la primera demanda de matrimonio, con una nueva negativa por parte del Congreso, con algunos magistrados nuevos, un nuevo contexto internacional y, lo más importante, un hecho jurídico consolidado: las parejas del mismo sexo ya estaban casadas por jueces civiles municipales. Fueron años de intenso debate que fortalecieron los argumentos, así como a los actores en favor y en contra del matrimonio igualitario.

Los casos que la Corte acumuló se pueden resumir en cuatro tipos de problemas jurídicos relacionados con la Sentencia C-577 de 2011. El primer tipo de asunto se relacionaba con la negativa de los notarios a casar parejas del mismo sexo, en las Notarías 4 de Cali y 37 de Bogotá. En el caso

de Cali, se trataba del activista Luis Felipe Rodríguez, quien había solicitado contraer matrimonio ante un notario y por aquella negativa interpuso una acción de tutela. Si bien fue una acción que inició por su propia iniciativa, Colombia Diversa apoyó jurídicamente el caso para que los argumentos constitucionales fueran consistentes con el caso constitucional que se estaba generando desde varias perspectivas. El segundo caso contra un notario lo inició el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti y ocurrió en la Notaría 37, a cargo de Álvaro Rojas Charry, presidente de la Unión Colegiada de Notarios. Como se mencionó previamente, el notario Rojas se había vuelto el vocero de una idea intermedia de interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, según la cual las parejas del mismo sexo podrían acudir ante jueces y notarios a realizar una unión solemne con los derechos y obligaciones de las uniones maritales de hecho. En ninguno de estos casos los jueces de tutela habían ordenado realizar matrimonios.

El segundo problema que debía resolver la Corte era si los jueces que habían realizado matrimonios de parejas del mismo sexo violaron la Constitución. Los dos casos que hacían parte de ese problema los conformaban las acciones de tutela que había interpuesto Gustavo Trujillo, procurador judicial segundo, contra el juez 48 y la jueza 44 civiles municipales de Bogotá. Como se mencionó previamente, en ambos casos los matrimonios fueron anulados por los jueces de tutela en primera instancia, pero el Tribunal Superior de Bogotá los había restablecido en apelación. El tercer tipo de problema estaba relacionado con la acción de tutela interpuesta por una de las parejas casadas, a la cual la Registraduría les negaba la inscripción de su matrimonio en los respectivos registros civiles de nacimiento.

Finalmente, el último caso presentaba la terrible situación a la cual estaban sometidos Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño, quienes se casaron en el juzgado primero promiscuo de La Dorada, departamento de Caldas. El mismo juez que los casó anuló su matrimonio cuando verificó que Elkin Bustos, un hombre trans, todavía tenía registrada la “F” de género femenino en su cédula de ciudadanía. Además, el juez compulsó copias contra esta pareja para que fueran investigados penalmente por la Fiscalía, porque el juez consideraba que se había cometido un delito. La organización Colombia Diversa acompañó a la pareja a instaurar una acción de tutela por las arbitrariedades cometidas por este juez, las cuales eran consideradas una vía de hecho que violaba los derechos de esta familia.

Estos casos fueron acumulados y el magistrado que quedó a cargo del estudio de la cuestión fue Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, un abierto

positor al matrimonio igualitario que ya estaba preparando una ponencia con el objetivo de anular los matrimonios, establecer las uniones solemnes y exhortar al Congreso para que legislara en la materia.⁹⁸ Con el fin de democratizar el debate y presentar los mejores argumentos sobre este asunto, las organizaciones Colombia Diversa y Dejusticia solicitaron la realización de una audiencia pública,⁹⁹ llevada a cabo el jueves 30 de junio de 2015.¹⁰⁰

En la audiencia se reunieron los jugadores clave de todas las vertientes respecto al reconocimiento del matrimonio igualitario. Iniciaron la audiencia dos mujeres que se habían casado contra viento y marea. Adriana González dijo:

... gracias por dejarnos estar aquí, por permitirnos sin máscaras y sin miedo venir a defender nuestro matrimonio. Nosotras estamos casadas [...] casadas por amor, por convicción, somos una pareja del mismo sexo y estamos convencidas de que tenemos los mismos derechos de cualquier otra pareja en el país [...] hemos sido sometidas al escarnio público y a la persecución [...] llevamos 10 años juntas, siete de los cuales hemos estado luchando por conseguir casarnos, cuando por fin lo logramos nos toca hacerlo sin la posibilidad de escoger la fecha y casi a escondidas [...] la preparación de nuestro matrimonio incluyó además de nuestra celebración el inicio de una lucha jurídica [...] ser tratadas como delincuentes [...] cuando este país la homosexualidad dejó

98 La ponencia fue revelada en El Espectador. “Tambalea el matrimonio gay”. 15 de noviembre de 2014.

99 Sobre la naturaleza de la audiencia pública véase *supra* nota al pie número 16.

100 La solicitud de audiencia tuvo el siguiente fundamento: “La discusión que ocupa a la Corte reviste trascendencia porque definirá la protección constitucional al matrimonio civil para las parejas del mismo sexo que después del 20 de junio de 2013 acudieron ante jueces y notarios para proteger legalmente a sus familias. Dada la relevancia del asunto, es conveniente crear un espacio público de reflexión sobre los problemas jurídicos que plantea el caso y que impiden avanzar oportunamente en la superación del déficit de protección de las parejas del mismo sexo constatado por la Corte en la sentencia C-577 de 2011. Por esto, consideramos necesario que, previo a la decisión de fondo, se lleve a cabo una audiencia pública con la participación de las partes, los intervinientes y expertos sobre el tema para que, de conformidad con la metodología que determine la Honorable Corte Constitucional, se desarrolle un debate constitucional, público y académico sobre la protección al matrimonio civil para parejas del mismo sexo en Colombia. En especial, solicitamos que se convoque a la audiencia a las parejas del mismo sexo que han celebrado el contrato civil de matrimonio para que se escuchen las voces de quienes serán afectados directamente por esta decisión”. Colombia Diversa y Dejusticia. Solicitud de audiencia pública, expedientes T-4.167.863, T-4.189.649, T-4.309.193, T-4.353.964 y T-4.259.509 (acumulados). 5 de mayo de 2015.

de ser un delito hace más de 30 años [...]. Escuchamos en repetidas ocasiones “eso no se puede”, “eso no es legal”, “no existe el formato”.¹⁰¹

Después de la primera pareja que insistió en su dimensión pública, se presentó una pareja de hombres, que pidieron reservar su rostro durante la audiencia y que iniciaron su testimonio de esta manera:

Aunque estamos presentes en esta audiencia, no estamos ante ustedes señores Magistrados, no ante el público. Ocultamos nuestra identidad porque tememos ser reconocidos en la calle, lugar donde trabajamos como vendedores ambulantes. Nos atemoriza que unos minutos de exposición pública derrumben nuestra vida privada construida por 28 años. Aunque el apoyo y la compañía de nuestra familia es incondicional, nos da miedo la discriminación y la humillación de la sociedad.¹⁰²

Estos dos testimonios resumen la gran paradoja social en la que estuvo el debate sobre el matrimonio igualitario en Colombia, entre la presencia y el ocultamiento. Ambos testimonios tienen un elemento común: la represión por parte de las instituciones, en este caso la Procuraduría, o de la sociedad. Los matrimonios realizados en el juzgado de San Estanislao de Kotska fueron el anverso secreto de esta audiencia pública, porque nunca se mencionaron explícitamente, pero hacían parte del total de matrimonios que eran contabilizados por quienes promovían el matrimonio igualitario tanto en la Corte y como en la opinión pública.

Posteriormente hablaron los representantes de juzgados y notarías involucradas. Mientras los jueces hicieron una defensa vigorosa sobre los matrimonios realizados, los notarios se dedicaron a justificar de forma soterrada su negativa de casar parejas del mismo sexo. Por su parte, la Procuraduría hizo una presentación en la cual negó las acusaciones de persecución de las parejas del mismo sexo y afirmó que solamente estaba defendiendo el ordenamiento jurídico. Por otra parte, el gobierno nacional, representado por dos ministerios (Interior y Justicia), y el Estado, por la Defensoría

101 Intervención de las accionantes Sandra Marcela Rojas y Elizabeth González dentro de la Audiencia Pública del caso de matrimonio igualitario, en Colombia Diversa. “2 Intervención de las accionantes Sandra Marcela Rojas y Elizabeth Gonzalez- A Favor”. Canal YouTube. En línea.

102 Intervención de accionantes anónimos dentro de la audiencia pública del caso de matrimonio igualitario.

del Pueblo, aportaron argumentos jurídicos favorables al matrimonio de parejas del mismo sexo.

Esta audiencia tuvo la presencia de expertos y organizaciones nacionales e internacionales que enriquecieron el debate en la Corte Constitucional y frente a la opinión pública que seguía la transmisión. Las organizaciones y académicos que defienden los derechos de las personas LGBTIQ+ dividieron sus argumentos entre discursos políticos, constitucionales y emocionales relacionados con la dignidad, la libertad y la igualdad de las parejas del mismo sexo. Mientras que los opositores al matrimonio de parejas del mismo sexo se concentraron en la falta de competencia de la Corte para decidir el asunto, la audiencia ante la Corte también tuvo interesantes discusiones de derecho constitucional protagonizadas principalmente por profesores de las principales universidades de Bogotá y otros actores que brindaron elementos de derecho internacional y el derecho comparado, entre los cuales estuvieron: el representante de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Albie Sachs (exmagistrado de la Corte Constitucional de Sudáfrica), Human Rights Watch, y profesores de derecho de Estados Unidos, Brasil, Reino Unido, Chile y México.

Mientras ocurría la audiencia, a las afueras del Palacio de Justicia un grupo de activistas reclamaba el derecho al matrimonio igualitario y la sesión se transmitía por la televisión pública, la página web de la Corte y las páginas web de los dos periódicos con más circulación del país (*El Espectador* y *El Tiempo*). Además, durante todo el día de audiencia en las redes sociales Twitter y Facebook miles de personas acompañaron a la Corte con la etiqueta #MatrimonioIgualitario, llegando a ser una de las tendencias en Twitter aquel día.

Casi un año después, el 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional determinó que los jueces que casaron a las parejas del mismo sexo no habían violado la Constitución. Por el contrario, la Corte fue enfática en aclarar que usaron válidamente sus competencias para proteger a las parejas del mismo sexo y que su actuación suplía el déficit de protección constitucional de estas familias declarado por la Corte en la Sentencia C-577 de 2011. En relación con los notarios, la Corte decidió que habían violado la Constitución, al celebrar uniones solemnes innominadas que no existen en el ordenamiento jurídico y que no protegen a las familias de parejas del mismo sexo. Según la Corte, los jueces, notarios y registradores deben asegurar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos sin discriminación y

permitir su ejercicio en libertad y con dignidad.¹⁰³ La Sentencia SU-214 de 2016 tuvo ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos y contó con el respaldo de los magistrados María Victoria Calle, Gloria Stella Ortiz, Alejandro Linares, Luis Ernesto Vargas y Jorge Iván Palacio Palacio. En contraste, Jorge Ignacio Pretelt (ponente derrotado), Luis Guillermo Guerrero y Gabriel Eduardo Mendoza salvaron el voto, porque consideraban que la Constitución no autorizaba el matrimonio entre parejas del mismo sexo y que, en caso de requerirse una regulación de estas relaciones, la institución que debía hacerlo era el Congreso. Con esta sentencia se cerró el ciclo de discusión institucional sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo, que duró alrededor de seis años y tuvo las trayectorias relatadas a lo largo de este artículo.

Conclusión

El matrimonio igualitario es un derecho reconocido en un proceso de movilización y contramovilización constitucional en el cual participaron tanto quienes lo promovían como quienes se oponían a él. Aunque políticos, académicos y activistas atribuyen este reconocimiento del derecho exclusivamente a la Corte Constitucional, esta creencia no es del todo precisa. El matrimonio igualitario en Colombia fue el resultado de varios procesos jurídico-políticos ocurridos en varias instituciones de los poderes judicial, legislativo, ejecutivo y organismos de control. Sin duda, la Corte jugó un papel central, al avanzar en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familias protegidas por el artículo 42 de la Constitución. Sin embargo, la Corte no reconoció este derecho de manera instantánea, cuando se presentaron las demandas de inconstitucionalidad en el año 2010, por las complejidades constitucionales e institucionales que representaba este asunto. No puede entenderse este reconocimiento sin la discusión ocurrida en el Congreso de la República y la confrontación posterior en los juzgados y notarias. La intensa y agresiva contramovilización emprendida por la Procuraduría General de la Nación es un factor central para entender la polarización y alineación de algunas instituciones a favor del matrimonio igualitario. La existencia de una contramovilización tan extrema fortaleció la solidaridad con las familias de parejas del mismo sexo que tuvieron que

103 Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa 17. 28 de abril de 2016. En línea. Véase también Colombia Diversa. “Rueda de prensa sobre la decisión de matrimonio igualitario en Colombia”. Canal YouTube. En línea.

soportar acciones de litigio constitucional arbitrarias lideradas por la Procuraduría General de la Nación. De esta manera proliferaron los espacios de deliberación y lucha por el matrimonio igualitario. El debate que inició en la Corte luego se dirigió al Congreso y de allí a los despachos judiciales y notariales, hasta que regresó finalmente a la Corte, en condiciones institucionales muy distintas de las del punto de partida.

Durante todo el proceso se dieron varios años de debate social que permitieron consolidar apoyos sociales y de la academia legal tanto a los promotores como a los opositores. Finalmente, el debate en torno al matrimonio igualitario llevó a una división de las instituciones que terminó siendo resuelta por la Corte Constitucional que optó por la interpretación más garantista de los derechos de las personas LGBTIQ+. El reconocimiento de este derecho se produjo en la confrontación de este movimiento y el contramovimiento conservador,¹⁰⁴ donde ambos usaron el derecho constitucional como herramienta y lo desplegaron tanto en la Corte Constitucional como en el Congreso de la República y en los juzgados y notarias. De hecho, como lo afirmó la jueza Luz Stella Agray, fueron los juzgados civiles municipales quienes reconocieron el derecho al matrimonio igualitario y la Corte Constitucional la que los avaló posteriormente. En otras palabras, la creación del derecho al matrimonio igualitario en Colombia es el resultado de poner en movimiento la Constitución por parte de los actores que están en pugna. De esta manera, tanto el movimiento como el contramovimiento usaron las oportunidades legales existentes en diversas institucional con el fin de crear o mantener un significado constitucional con implicaciones tanto jurídicas como sociales. Finalmente, en el caso

104 El reconocimiento de este derecho también marca el inicio de una nueva forma de contramovilización: el uso del litigio constitucional desde instituciones del Estado para restringir los derechos LGBTIQ+. Si bien es cierto que siempre ha existido un contramovimiento conservador contra tales derechos, en el caso colombiano muchas de estas acciones se articularon desde una poderosa institución pública que fue capturada por el contramovimiento y como consecuencia de ello incorporaron acciones constitucionales, como la acción de tutela, como parte del repertorio de acción política. Estas acciones estuvieron acompañadas de la tradicional fuerza política con la que cuenta este movimiento, pero también de la creación de nuevas organizaciones dedicadas predominantemente a evitar el avance de los derechos de las personas LGBTIQ+. En otras palabras, y como lo han demostrado las investigaciones de Lehoucq y Malagón, a partir del reconocimiento de este derecho se fortaleció también el contramovimiento conservador en su dimensión organizativa y de movilización constitucional. Véanse: Lehoucq, “Legal threats and the emergence of legal mobilization”; Malagón, “La lucha del movimiento social católico en contra del matrimonio igualitario en Colombia”.

colombiano prevaleció la creación de nuevos significados constitucionales más democráticos, que incluyen a quienes históricamente se les han negado sus derechos fundamentales y contra quienes persisten diversas formas de discriminación.

Referencias

- Aciprensa. “Corte Constitucional mantiene definición de matrimonio en Colombia”. 12 de noviembre de 2010. <https://www.aciprensa.com/noticias/corte-constitucional-mantiene-definicion-de-matrimonio-en-colombia>
- Albarracín, Mauricio. “Movilización legal para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo”. Tesis de maestría en Derecho, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- Albarracín, Mauricio. “Corte Constitucional y movimientos sociales. El Reconocimiento Judicial de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia”. *Revista Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 8, núm 14, 2011.
- Albarracín, Mauricio y Julieta Lemaitre. “La Cruzada Contra El Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo en Colombia”. En Macarena Sáez y José Manuel Moran (eds.), *Sexo, delitos y pecados: Intersecciones entre religión, género, sexualidad y el derecho en América Latina*. Washington: Center for Latin American and Latino Studies, American University, 2016.
- Albarracín, Mauricio. “Una constitución propia: movilización constitucional por los derechos de las personas LGBTI en Colombia”. Tesis de Doctorado en Derecho, Julieta Lemaitre (dir.), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2019.
- BBC Mundo. “El hombre que quiere derrotar al matrimonio gay en Colombia”. 10 de octubre de 2013. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131010_colombia_procurador_ordonez_matrimonio_gay_aborto_religion_aw
- Bui, Ngoc Son. “Constitutional mobilization”. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 17, núm. 1 (2018).
- Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 29 de 2011, “Por medio de la cual se crea el contrato de unión civil entre personas”. Congreso-Visible.org. <https://congresovisible.uniandes.edu.co/elespectador/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/6255/>
- Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 47 de 2011, “Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras

- disposiciones”. CongresoVisible.org. <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-de-la-cual-se-regula-la-union-civil-entre-personas-y-se-dictan-otras-disposiciones-union-civil-de-parejas-homosexuales/6830/>
- Cámara de Representantes. Proyecto de Ley 113 de 2012, “Por medio de la cual se modifica el artículo 113 del Código Civil y otros”. CongresoVisible.org. <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/6953/>
- Caracol Radio. “Radican proyecto de ley que permitiría ‘contrato civil’ entre homosexuales”. 28 de julio de 2011. http://caracol.com.co/radio/2011/07/28/nacional/1311847920_517335.html
- Caracol Radio. “En firme otro matrimonio gay”. 30 de octubre de 2013. http://caracol.com.co/radio/2013/10/30/nacional/1383133860_004851.html
- Colombia Diversa. *Derechos de lesbianas, gay, bisexuales y personas transgeneristas e intersex*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2007.
- Colombia Diversa y Dejusticia. Solicitud de audiencia pública, expedientes T-4.167.863, T-4.189.649, T-4.309.193, T-4.353.964 y T-4.259.509 (acumulados). 5 de mayo de 2015.
- Colombia Diversa y Universidad de los Andes. *Parejas el mismo sexo: el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. <https://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/asuntos-legales/parejas-del-mismo-sexo.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa núm. 57, 11 de noviembre de 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2057%20Comunicado%2011%20de%20noviembre%20de%202010.phpn>
- Corte Constitucional de Colombia. Comunicado de prensa núm. 17, 28 de abril de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2017%20comunicado%2028%20de%20abril%20de%202016.pdf>
- Defensoría del Pueblo. “Concepto presentado dentro de los expedientes acumulados D-8367 y D-8376”. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.
- Dorf, Michael C. y Sindy Tarrow. “Strange bedfellows: How an anticipatory countermovement brought same-sex marriage into the public arena”. *Law & Social Inquiry*, vol. 39, núm. 2 (2014): 449-473.

- Dos Manzanas. “La Corte Constitucional de Colombia se inhibe sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y esperará a futuras demandas”. 13 de noviembre de 2010. <https://www.dosmanzanas.com/2010/11/la-corte-constitucional-de-colombia-se-inhibe-sobre-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-y-esperara-a-futuras-demandas.html>
- El Espectador. “Radican proyecto para ‘bloquear’ adopción a parejas de homosexuales”. 28 de julio de 2011. <https://www.elespectador.com/content/radican-proyecto-para-bloquear-adopci%C3%B3n-parejas-de-homosexuales>
- El Espectador. “Senador considera que sexo entre homosexuales es ‘sucio, asqueroso y excremental’”. 20 de noviembre de 2012. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/senador-considera-sexo-entre-homosexuales-sucio-asquero-articulo-388137>
- El Espectador y Noticias Caracol. “Agudo rifirrafe entre procurador Ordóñez y notarios por matrimonio igualitario”. 6 de mayo de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/video-420448-agudo-rifirrafe-entre-procurador-ordonez-y-notarios-matrimonio-i>
- El Espectador. “Notarios retan al procurador por matrimonio igualitario”. 6 de mayo de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/notarios-retan-al-procurador-matrimonio-igualitario-articulo-420449>
- El Espectador. “No podrán sancionar por casar parejas del mismo sexo”. 12 de junio de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/no-podran-sancionar-casar-parejas-del-mismo-sexo-articulo-427433>
- El Espectador. “Estamos civilmente casados”. 24 de julio de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/estamos-civilmente-casados-articulo-435743>
- El Espectador. “Matrimonio igualitario es un hecho”. 28 de septiembre de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/vivir/matrimonio-igualitario-un-hecho-articulo-449264>
- El Espectador. “Otro matrimonio por la igualdad en el país”. 4 de octubre de 2013. <https://www.elespectador.com/noticias/politica/otro-matrimonio-igualdad-el-pais-articulo-450523>
- El Espectador. “Tambalea el matrimonio gay”. 15 de noviembre de 2014. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/tambalea-el-matrimonio-gay/>

- El Espectador. “El procurador no puede imponerle su visión a jueces y notarios”. 18 de junio de 2015. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-procurador-no-puede-imponerle-su-vision-jueces-y-not-articulo-566890>
- El Espectador. “¿Por qué casé a una pareja homosexual?”. 21 de mayo 2015. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/case-una-pareja-homosexual-articulo-561614>
- El Espectador. “Corte Constitucional rechazó recurso de Alejandro Ordóñez contra el matrimonio igualitario”. 27 de enero de 2017. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-rechazo-recurso-de-alejandro-ordon-articulo-676758>
- El Heraldo. “Tutela de la Procuraduría tumba segundo matrimonio homosexual”. 19 de octubre de 2013. <https://www.elheraldo.co/nacional/tutela-de-la-procuraduria-tumba-segundo-matrimonio-homosexual-129081>
- El Heraldo. “Tribunal deja en firme tercer matrimonio gay en Colombia”. 28 de noviembre de 2013. <https://www.elheraldo.co/nacional/tribunal-deja-en-firme-tercer-matrimonio-gay-en-colombia-133866>
- El País. “Notarios harán un contrato de unión solemne, no matrimonios’: Jorge Enrique Vélez”. 25 de abril de 2013. <https://www.elpais.com.co/elpais/gobierno-colombiano/noticias/notarios-haran-contrato-union-solemne-matrimonios-jorge-enrique-velez>
- El Tiempo. “Demandante cree que puerta para el matrimonio homosexual quedó abierta”. 12 de noviembre de 2010. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8347042>
- El Tiempo. “Rechazan declaraciones ‘homofóbicas’ del congresista R. Gerlein”. 20 de noviembre de 2012. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12392487>
- El Tiempo. “Los militares también deben tener una justicia transicional’. Entrevista de María Isabel Rueda al Fiscal General, Eduardo Montealegre”. 28 de abril de 2013. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12768007>
- El Tiempo. “Entrevista Marcela Sánchez. ‘Los LGBTI no le tenemos temor al Procurador’: Colombia Diversa”. 16 de mayo de 2013. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12802902>
- El Tiempo. “Polémica en Gachetá por unión de parejas gays”. 9 de octubre de 2013. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13112395>

- El Tiempo. “Los argumentos de Ordóñez para decirles no a los derechos homosexuales”. 26 de junio de 2015. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16169577>
- El Universal. “El matrimonio debe ser entre ‘uno y una’: Alejandro Ordóñez”. 19 de abril de 2013. <https://www.eluniversal.com.co/colombia/el-matrimonio-debe-ser-entre-uno-y-una-alejandro-ordonez-116585-OSEU203739>
- El Universal. “Tribunal Superior de Bogotá deja en firme un matrimonio gay”. 24 de octubre de 2013. <https://www.eluniversal.com.co/colombia/tribunal-superior-de-bogota-deja-en-firme-un-matrimonio-gay-139578-PQEU228799>
- Fabio JPC. “Sexo sucio – Gerlein”. 21 de noviembre de 2012. Canal YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Z13NcFIckw0>
- Lehoucq, Emilio. “Legal threats and the emergence of legal mobilization: Conservative mobilization in Colombia”. *Law & Social Inquiry*, vol. 46, núm. 2 (2020).
- Lemaitre, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes / Siglo del Hombre, 2009.
- Lemaitre, Julieta y Mauricio Albarraacín. “Patrullando la dosis personal: el control policial al consumo de dosis personal de droga en Bogotá”. En Alejandro Gaviria y Daniel Mejía (comps.), *Política antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- León, Juanita. “Matrimonio homosexual seguirá rondando la Corte”. La Silla Vacía, 11 de noviembre de 2010. <https://lasillavacia.com/historia/19673>
- López, Jairo Antonio. “Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Respuestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos”. *Estudios Sociológicos*, vol. 36, núm. 106 (2018): 161-187.
- López Medina, Diego. *Cómo se construyen los derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2016.
- Malagón, Lina. “La construcción del problema social del matrimonio entre personas del mismo sexo y su puesta en agenda legislativa en Colombia”. Serie Documentos de Trabajo. Departamento de Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 5.
- Malagón, Lina. “La lucha del movimiento social católico en contra del matrimonio igualitario en Colombia: un medio para legitimar el estilo de vida católico (2009-2015)”. *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 20, núm. 2 (2018).

Ordóñez Maldonado, Alejandro. *Ideología de género, utopía trágica o subversión cultural*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, 2006.

Páez Ramírez, Manuel. “La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 13 (2013): 231-257.

Procuraduría General de la Nación. “La Sala Plena aceptó el concepto del Procurador General de la Nación y se declaró inhibida para emitir concepto de fondo sobre la constitucionalidad de la definición de matrimonio y de la familia”. *Boletín 810*, 12 de noviembre de 2010. https://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2010/noticias_810.htm

Procuraduría General de la Nación. “Concepto 5110 dentro del proceso de constitucionalidad D-8357 y D-8376 (acumuladas)”. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.

Procuraduría General de la Nación. “Directrices, recomendaciones y peticiones en relación con el cumplimiento del resuelve quinto de la Sentencia C-577 de 2011”. Circular No. 013 de 2013.

Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles. Circular No. 001 del 3 de julio de 2013.

Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles. Circular No. 002 del 22 de julio de 2013.

Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Memorando No. 018 de julio 24 de 2013.

RCN Radio. “Más juzgados se estarían preparando para unir a parejas gay”. 25 de julio de 2013. <https://www.rcnradio.com/colombia/mas-juzgados-se-estarian-preparando-para-unir-parejas-gay-79867>

RCN Radio. “En firme, primera unión civil de pareja gay”. 16 de septiembre de 2013. <https://www.rcnradio.com/colombia/en-firme-primera-union-civil-de-pareja-gay-89606>

Rubial, Alba. “Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina”. *Política y Gobierno*, vol. 22, núm. 1 (2015): 175-198.

Sandoval, Natalia. “La movilización social en tiempos de la Constitución: feministas, indígenas y víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Constitucional colombiana”. *Colombia Internacional*, núm. 79 (2013).

- Semana. “La Corte no tenía motivos para declararse inhibida’: abogado Felipe Montoya”. 12 de noviembre de 2010. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-corte-no-tenia-motivos-para-declararse-inhibida-abogado-felipe-montoya/124480-3>
- Semana. “Estar civilmente casados era lo que queríamos”. 24 de julio de 2013. <https://www.semana.com/nacion/articulo/estar-civilmente-casados-queriamos/351966-3>
- Semana. “La primera unión marital entre personas del mismo sexo”. 24 de julio de 2013. <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-primera-union-marital-entre-personas-del-mismo-sexo/351875-3>
- Senado de la República. Proyecto de Ley 58 de 2011, “Por medio de la cual se modifica el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia y se dictan otras disposiciones”. CongresoVisible.org <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-de-la-cual-se-modifica-el-codigo-civil-el-codigo-de-infancia-y-adolescencia-y-se-dictan-otras-disposiciones-matrimonio-parejas-del-mismo-sexo-polo-democratico/6343/>
- Senado de la República. Proyecto de Ley 047 de 2012, “Por medio de la cual se regula la unión civil entre personas y se dictan otras disposiciones”. CongresoVisible.org <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-de-la-cual-se-regula-la-union-civil-entre-personas-y-se-dictan-otras-disposiciones-union-civil-de-parejas-homosexuales/6830/>
- Senado de la República. Proyecto de Ley 067 de 2012, “Por medio de la cual se crea el pacto de unión civil”. CongresoVisible.org <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/6862/>
- Senado de la República. “Aprueban en Comisión Primera el matrimonio de parejas del mismo sexo”. <http://www.senado.gov.co/funciones/item/15970-aprueban-en-comision-primera-el-matrimonio-de-parejas-del-mismo-sexo?tmpl=component&print=1>
- Uprimny, Rodrigo. “¿Matrimonio igualitario después del 20 de junio?”. La Silla Vacía, 27 de abril de 2013. <https://lasillavacia.com/node/43944>
- Uprimny, Rodrigo. “¿Matrimonio igualitario o ‘apartheid’ legal?”. El Espectador, 2 de abril de 2016. <https://www.elespectador.com/opinion/opinion/matrimonio-igualitario-o-apartheid-legal-columna-625065>
- Women’s Link Worldwide. “Frente a la demanda por el matrimonio civil para homosexuales, el fallo inhibitorio retrasa la decisión, pero

no concluye el debate”. <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/frente-a-la-demanda-por-el-matrimonio-civil-para-homosexuales-el-fallo-inhibitorio-retrasa-la-decision-pe-ro-no-concluye-el-debate>

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-886 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Auto 155 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-444 de 2014. M.P. María Victoria Calle.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-614 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Alcance de la sentencia que resolvió sobre la vigencia del matrimonio igualitario en Costa Rica

COSTA RICA

Marvin Carvajal Pérez*

Desde 1989, la justicia constitucional en Costa Rica es ejercida de forma monopólica por una cámara especializada de la Corte Suprema de Justicia, denominada Sala Constitucional.¹ Antes de la reforma constitucional que creó este tribunal, así como de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, número 7135, los procesos de control de constitucionalidad eran conocidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los de la llamada “jurisdicción de la libertad” (hábeas corpus y amparos) eran resueltos por tribunales penales. La creación de un órgano especializado de tan alta investidura como lo es la Sala Constitucional, además de una profunda reforma procedimental, generó mecanismos fuertes y altamente eficaces de defensa de la supremacía fundamental y tutela de los derechos de las personas. El derecho constitucional pasó de ser una disciplina académica de poca relevancia práctica a una praxis ciudadana de gran impacto en la vida nacional.

* Socio de Batalla Legal. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Agente del Estado de Costa Rica y *amicus curiae* ante la Corte IDH en diversos casos. marvincarvajal@gmail.com

1 Esta afirmación puede ser relativizada por dos razones: el artículo 102.3 de la Constitución Política le otorga potestades de tribunal constitucional especializado en materia electoral al Tribunal Supremo de Elecciones; asimismo, porque el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al prohibir a los jueces y juezas aplicar normas y otros actos inconstitucionales, podría haber sentado las bases de un sistema mixto (concentrado y difuso) de control de constitucionalidad, pese a que los pocos precedentes jurisprudenciales y la doctrina mayoritaria piensen en un sentido distinto al expresado.

Desde el primer momento en que entró a funcionar la nueva justicia constitucional, surgieron reacciones de todo tipo, incluyendo críticas a lo que muchos sectores políticos y académicos consideraron la judicialización de la política. No es para menos, pues el tribunal creado en 1989 fue dotado de vastas competencias materiales. La Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional establecen formas de justicia constitucional que reflejan prácticamente todos los modelos ensayados en el derecho comparado: procesos previos y posteriores, directos e incidentales, mecanismos jurídicos y políticos, procesos individuales, colectivos y basados en la defensa de intereses difusos, amparos contra autoridades públicas y sujetos de derecho privado, procesos contra acciones, contra amenazas y contra omisiones que puedan generar trasgresiones a la Constitución, entre otros.

La Sala, además, se encuentra conformada por magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, es decir, personas juzgadoras del más alto rango en la judicatura nacional. Incluso, sus integrantes fueron los primeros a quienes se les exigió una mayoría calificada de dos tercios del total de integrantes de la Asamblea Legislativa, para su designación, lo que en el contexto bipartidista que caracterizó a la política costarricense de la segunda mitad del siglo XX significó acuerdos políticos amplios para la conformación de la sala.

En sus primeras resoluciones, la sala demostró un alto grado de interés por la protección de los derechos fundamentales, que contrastó con la tradición de una justicia constitucional estática y de bajo perfil. Esa característica permitió una transformación copernicana del derecho público costarricense, en la moderación y regulación del poder, en la relación de las personas con el Estado y, finalmente, en el “descubrimiento” por parte de la ciudadanía de la amplitud, relevancia y justiciabilidad de sus derechos fundamentales. No obstante, también generó voces de alerta, que consideraron –y consideran– que la sala constitucional en ocasiones se excede en sus atribuciones, hace política con sus decisiones y realiza con ello intrusiones indebidas en el ámbito competencial de otros actores que han recibido su legitimidad a partir del sufragio.

El fenómeno de la judicialización de la política y el activismo judicial han sido definidos en el contexto costarricense por Marco Feoli de la siguiente forma: “la judicialización de la política implica, en síntesis, otorgar a las cortes una determinada labor de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos

que antes se solventaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo”. Asimismo, este autor afirma que

... el activismo judicial, de otro lado, describe una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando o no la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo. No basta el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control.²

Acerca de este concepto, es relevante lo que dispone el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial de 2006, reformado en 2014, en su artículo 2, el cual regula una visión ascética de la función jurisdiccional, opuesta en mucho a la realidad de los tribunales constitucionales: “El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”. Y el Informe del Estado de la Justicia 2020 de Costa Rica, sin llegar a determinar si se trata de un fenómeno positivo o negativo, entiende que la judicialización de la política es un hecho incontrovertible, pues estima que el peso de las decisiones judiciales en la vida pública es mayor hoy que en el pasado.³

Fijadas las nociones anteriores para el contexto costarricense, el presente capítulo pretende analizar si la decisión adoptada por la Sala Constitucional con respecto al matrimonio igualitario, en la Sentencia 2018-12782 de 8 de agosto de 2018, implicó una suerte de invasión de la justicia constitucional en el plano político, denotando un exacerbado “activismo judicial”, o bien se tradujo en el cumplimiento de valores y principios constitucionales y convencionales que hasta entonces no se encontraban en plena vigencia, debido a la situación de discriminación que persistió hasta esa fecha y que por décadas impidió a las parejas de personas del mismo sexo acceder a un marco jurídico que protegiera sus relaciones afectivas, de la misma forma como lo hacía con las relaciones heterosexuales.

2 Marco Feoli Villalobos. “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Costa Rica*, vol. 27, núm. 1 (2016)

3 Consejo Nacional de Rectores y Programa Estado de la Nación. *Tercer Informe del Estado de la Justicia en Costa Rica*, 2020. San José, PEN, 2020, p. 193.

La irrupción de la Sala Constitucional frente a la división tradicional de los poderes

La irrupción de la Sala Constitucional en el escenario judicial y político costarricense implicó una verdadera revolución en el papel de la justicia para la protección de la supremacía constitucional y la prevalencia de los derechos fundamentales. Aspectos tales como la amplitud en el objeto de los procesos ante esta jurisdicción,⁴ las reglas abiertas de legitimación activa,⁵ el poco ritualismo procesal exigido,⁶ así como la accesibilidad que representa un tribunal constitucional que funciona 24 horas los siete días de la semana⁷ y que resuelve los casos con relativa celeridad⁸ han logrado que todas las personas, y no solamente los iniciados en los temas de derecho público, conozcan de la existencia de la Sala y, en buena medida, de sus competencias y posibilidades.⁹

Este fenómeno de un tribunal constitucional con fuerte arraigo popular, dotado de potentes herramientas procesales y conformado por juezas y jueces de la más alta investidura, propició que la Sala incursionara en una inusual variedad de temas, tal y como se desarrolla más adelante, muchos de los cuales tienen una fuerte relación con cuestiones de orden político, se aproximan a las fronteras de competencia de otros órganos constitucionales o, cuando menos, generan un alto impacto mediático.

4 Cfr. Artículos 10 y 48 de la Constitución Política, y 15, 29, 73 y 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

5 El artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que “toda persona podrá interponer el recurso de amparo”, con lo que establece una legitimación muy amplia para acudir a esta sede para la formulación de una acción de ese tipo. Asimismo, las reglas de legitimación para la interposición de acción de inconstitucionalidad, dispuestas en el numeral 75 ibídem, son igualmente abiertas, a menos al compararlas con otras previstas en el derecho comparado.

6 Los artículos 31 y 38 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional determinan que, para la interposición del amparo, no se requiere del previo agotamiento de la vía administrativa, que puede presentarse en cualquier medio escrito, sin necesidad de autenticación y sin que sea necesario invocar las normas constitucionales que se consideran infringidas.

7 Cfr. Artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

8 De acuerdo con datos suministrados por la Secretaría Administrativa de la Sala Constitucional, en 2019 la duración promedio de los procesos fue de catorce días para los recursos de hábeas corpus, cuatro semanas para la resolución de los procesos de amparo y quince meses para la resolución de las acciones de inconstitucionalidad.

9 Esto ha llevado a que, en 2019, la Sala recibiera 25818 procesos de todo tipo, cerca del 50% recursos de amparo. Fuente: Sala Constitucional. Jurisprudencia Constitucional - Estadísticas (<https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasy1>).

No en pocas ocasiones, a la Sala Constitucional se la ha acusado de invadir el ámbito de atribuciones de otros actores públicos, pese a no ser un órgano conformado por personas electas popularmente o que de alguna forma ostenten una representación popular producto de un mandato expreso. Sin embargo, algunos autores han defendido el activismo de la Sala en temas de impacto político a partir de la propia parálisis de los mecanismos de concertación en los órganos creados para la toma de decisiones. Al respecto, se ha señalado:

Sin duda alguna ante la inactividad del Estado y de la política, las demandas sociales han encontrado un nuevo espacio para ser exigidas y ello ha convertido a las Cortes en instrumentos capaces de generar cambio social con gran éxito, lo cual ha derivado en algunas sociedades, en la juridificación misma de la justicia distributiva, que dicho sea de paso está en crisis. En síntesis, los jueces han tenido éxito donde ha fracasado la política, de allí que es común ver cómo cada vez con mayor frecuencia los grupos sociales procuran obtener por medio de sentencias judiciales lo que no fue atendido a través de las autoridades de gobierno llamados a hacerlo. La lista es grande: medicinas, operaciones, puentes peatonales, alcantarillado sanitario, agua, aceras, pluses salariales, luchas ambientales, fiscalización de servicios públicos, derechos de grupos minoritarios.¹⁰

Si bien la tesis de Hernández parte de un innegable pragmatismo, lo cierto es que justificar la incursión de la justicia constitucional en ámbitos reservados a otros actores del escenario político resulta al menos contrario a la tradición sentada por las revoluciones occidentales del siglo XVIII, que tienen en la división de los poderes uno de sus paradigmas innegociables.

La asunción de un rol proactivo por parte de Sala Constitucional ha generado roces, especialmente con el poder legislativo. La Sala Constitucional ha anulado leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa, ha declarado la inconstitucionalidad de trámites seguidos en la aprobación de proyectos normativos, incluso antes de que estos se conviertan en leyes de la república, lo que ha llevado a que en ocasiones se perciba como una especie de “Senado” revisor de los actos del Parlamento.¹¹ A manera de ejemplo, en

10 Hernández. 2014.

11 De acuerdo con datos del II Informe del Estado de la Justicia, de 2017, entre 1990 y 2015, la Sala Constitucional había emitido un total de 780 sentencias estimatorias en acciones de inconstitucionalidad. Consejo Nacional de Rectores. “El control constitucional: patrones de

acciones de inconstitucionalidad por omisión, ha decretado órdenes expresas a la Asamblea para que emita normas cuya omisión genera un vicio de inconstitucionalidad o una situación de discriminación e incluso ha revisado la validez de decisiones orgánicas del órgano legislativo. En ese sentido,

... la relación entre estos dos poderes de la República se caracteriza por el dinamismo y la tensión. Por una parte, aunque menos que en el pasado, la Sala sigue emitiendo criterio sobre una cantidad importante de los actos legislativos y, fundamentalmente, con respecto a temáticas que, por su alcance, suelen generar amplios debates entre distintos sectores de la sociedad.¹²

Esta tensión se mantiene hoy día y se ve reforzada por la intervención de la Sala Constitucional en casos en que la parálisis del sistema político se ha vuelto manifiesta, aunque no necesariamente por razones ajenas a la voluntad y la acción de sus integrantes. En efecto, el activismo judicial muchas veces obedece a la conducta omisiva de los actores políticos encargados de la toma de decisiones trascendentes, tal y como se podría considerar en el caso del matrimonio igualitario, en el que sin duda se verifica al menos la mencionada pasividad del legislador.

La Sala Constitucional y la evolución de los derechos fundamentales

En poco más de tres décadas de funcionamiento, la Sala Constitucional ha tenido un efecto transformador, casi radical, en la vida de las personas y de las instituciones costarricenses. Más allá de las críticas (justas o no) que ha recibido de distintos sectores, algunas de las cuales son más coyunturales que estructurales, lo cierto es que el impacto de la Sala en la vida nacional es amplio y de efectos profundos. Apenas para ejemplificar algunos de los aspectos en que la intervención de la Sala Constitucional ha producido una evolución significativa, podríamos mencionar los siguientes temas de alta relevancia, entre muchos otros:

- Constitucionalización del proceso penal y potenciación del debido proceso en todos los ámbitos (Sentencia 1992-01739).

votación de la Sala Constitucional”. En *II Informe del Estado de la Justicia*. Costa Rica: Programa Estado de la Nación, 2017. En línea.

12 Consejo Nacional de Rectores y Programa Estado de la Nación. “El Poder Judicial como Actor del Sistema Político”. En *Tercer Informe del Estado de la Justicia en Costa Rica*, 2020. San José, PEN, 2020, p. 195.

- Desarrollo del principio de reserva de ley (Sentencia 1995-00730).
- Definición del principio democrático (Sentencia 2000-03220).
- Defensa de la profesionalización del servicio público (Sentencia 1991-00867).
- Alcances del derecho al medio ambiente (Sentencia 2007-17752).
- Reconocimiento de los derechos de las mujeres (Sentencia 1998-00716).
- Desarrollo del derecho a la protección de datos personales (Sentencia 1999-04847).
- Potenciación del derecho a la salud (Sentencia 2007-07484).
- Establecimiento de los parámetros constitucionales para el buen manejo de la hacienda pública (Sentencia 1997-00119).
- Prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos (Sentencia 1995-02313).
- Capacidad procesal de las personas menores de edad (Sentencia 1990-01775).
- Sistematización de los derechos de las personas privadas de libertad (Sentencia 1993-05759).
- Potenciación de la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho de acceso a la información pública (Sentencia 2005-14519).

Exponiendo acerca de cómo el activismo de la Sala Constitucional permitió la creación, por vía pretoriana, del amparo electoral, Brenes manifiesta una visión no necesariamente negativa de la incursión de la justicia constitucional en temas novedosos, con enfoques inéditos y haciendo uso de sus capacidades de interpretación para generar sentencias transformadoras y de impacto en el plano social.

La enumeración realizada tiene como objetivo ilustrar cómo la Sala Constitucional ha sido esencialmente un tribunal innovador y creativo. La incursión en temas tradicionalmente considerados reservados al legislador o a cualesquiera otros órganos políticos no es la excepción. Sin embargo, en el siguiente apartado pretendemos desarrollar más ampliamente dos sentencias en las que se puede apreciar un claro activismo de la Sala Constitucional en temas polémicos. Esto nos permitirá, más adelante, valorar si la Sentencia 2018-12782 sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo puede ser encuadrada como un caso más de activismo o si, por el contrario, se trata de un fallo de carácter incluso conservador.

Dos antecedentes de alto impacto político

Pese a que son muchos, dos precedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional costarricense pueden ser mencionados como claros ejemplos de activismo judicial con amplias repercusiones en el ámbito político nacional. Su mención nos permitirá sostener que este tipo de resoluciones no son ni novedosas ni poco comunes en el país y que la Sala ha tenido incursiones relevantes y muchas veces polémicas en temas de alto impacto mediático. Reseñaremos la Sentencia 2003-02771, que restableció la reelección presidencial, y la Sentencia 2004-09992, que declaró inconstitucional el apoyo dado por el gobierno de Costa Rica a la coalición de la Guerra de Iraq de 2003.

En su Sentencia 2003-02771 de 4 de abril de 2003, la Sala Constitucional analizó la validez del procedimiento empleado para la reforma parcial de la Constitución Política que en 1969 dispuso la imposibilidad absoluta de reelección presidencial de la república, mediante la enmienda del artículo 132, inciso 1 constitucional. Las normas constitucionales no son revisables de fondo en cuanto a su constitucionalidad, esto por imperativo lógico, ya que todas las normas constitucionales tienen el mismo rango, y porque no lo dispuso así en forma expresa la Constitución Política (art. 10) ni la Ley de la Jurisdicción Constitucional (art. 73) dentro de los actos susceptibles de control de constitucionalidad. Sin embargo, el legislador dispuso en el artículo 73, inciso ch, la posibilidad de atacar la validez de las reformas constitucionales en que se hubieran trasgredido normas constitucionales de procedimiento. Ahora bien la reforma constitucional de 1969 había proscrito la reelección presidencial, lo que impidió que varios expresidentes pudieran aspirar a un segundo mandato. La norma originaria disponía la posibilidad de reelegirse con un intervalo de dos períodos constitucionales.

En 2003, cuando la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad, el espectro político había sufrido grandes transformaciones, con el declive del bipartidismo presente desde 1949 y el surgimiento de nuevos grupos, que desafiaban a las viejas estructuras partidarias que se alternaron en el poder durante la segunda mitad del siglo XX. La parte actora alegó que la referida prohibición no era posible mediante el procedimiento de reforma parcial de la Constitución (art. 195), que compete a la Asamblea Legislativa, sino que, por implicar una transformación de gran magnitud en la estructura constitucional, obligaba al empleo del procedimiento de reforma general, el cual demanda la convocatoria de una asamblea constituyente.

En su sentencia, que declaró inconstitucional y, por ende, anuló el procedimiento de reforma seguido, la Sala devolvió vigencia a la norma originaria derogada en 1969, lo que permitió que un expresidente pudiera volver a competir y ser electo nuevamente. La siguiente cita resume con claridad el razonamiento seguido por la Sala Constitucional:

Considerando XII [...]. Estimamos que la acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante Ley No. 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma.¹³

Para justificar su declaratoria de inconstitucionalidad, la Sala determinó la existencia de un derecho fundamental a la reelección, derivado de los derechos a la ciudadanía activa y pasiva. Estima que estos derechos no pueden ser limitados, excepto que se siga el procedimiento de reforma general, es decir, que se convoque a una asamblea constituyente. La sentencia citada parte de una interpretación errónea, como es la imposibilidad, del constituyente derivado de reforma parcial, de limitar derechos fundamentales. Lo es por cuando incluso la ley puede limitar derechos, en la medida en que respete su núcleo esencial. Así fue alertado por algunos autores durante el intenso proceso de discusión que el tema despertó en la opinión pública. Al respecto, señalaba Méndez que

... sería extremadamente grave que la Sala Constitucional, invocando el control constitucional, irrumpiera en el ‘contenido’ de la norma suprema, para examinarlo y calificarlo como violatorio de ‘derechos fundamentales’. De hacerlo axial, se arrogaría facultades no conferidas por la Constitución ni por la ley ordinaria; y por la vía de hecho asumiría el poder constituyente derivado, cuya titularidad exclusiva corresponde al parlamento.¹⁴

13 Cfr. Sala Constitucional. Sentencia 2003-02771.

14 Odilón Méndez Ramírez. “La verdad constitucional. El parlamento puede prohibir o permitir la reelección”. *La Nación*, 20 de marzo del 2003.

El precedente sentado por la Sala Constitucional tuvo efectos políticos de alto impacto, más allá de la reelección del expresidente Óscar Arias Sánchez. Por ejemplo, desalentó los procesos de reforma parcial de la Constitución e hizo que se potenciaron los discursos que llaman a la convocatoria de una asamblea constituyente para la reforma general del texto de 1949. No sirvió para sostener el bipartidismo, pero sí a los partidos que se desarrollaron con ese modelo. Se trató, sin duda, de una sentencia donde el activismo de la Sala tuvo importantes repercusiones en otras esferas.

Por otra parte, la Sala Constitucional emitió la Sentencia 2004-09992, de 8 de septiembre de 2004, en la cual analizó la validez de una declaratoria política realizada por el poder ejecutivo, en la cual se daba apoyo al gobierno de los Estados Unidos de América en su decisión de invadir, junto con una coalición de Estados, a la República de Iraq, pese a no contar con un acuerdo del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas que respaldara dicha medida y sin que dicha acción beligerante se realizara en legítima defensa ante una agresión sufrida. Diversas instituciones, organizaciones no gubernamentales y personas particulares acudieron a la Sala Constitucional, considerando que el ejecutivo, con su acción, había generado una declaratoria de guerra sin seguir los procedimientos establecidos para ello en la Constitución Política y el derecho internacional. Adicionalmente, alegaron también que el país no podría desconocer la declaratoria de neutralidad perpetua, activa y no armada, proclamada en 1983.

La Sala conoció del fondo de la demanda, pese a reconocer que los actos impugnados constituían manifestaciones de la función gubernativa del Estado (actos de gobierno), excluidos del control jurisdiccional común. Estas acciones, sin embargo, se encuentran sometidas al bloque de constitucionalidad, por lo que no se les puede considerar libradas del control de constitucionalidad. Si bien el Tribunal no observó que Costa Rica hubiera efectuado una declaración de guerra, sí entendió que, con sus manifestaciones de apoyo a una acción armada de un Estado en perjuicio de otro, sin que se hubieran seguido las formalidades establecidas en el Derecho Internacional Público, atentaba contra el artículo 12 de la Constitución, que proscribía el ejército como institución permanente y de cual se deriva un derecho fundamental a la convivencia pacífica.

Sobre el particular, la Sala dictaminó:

... ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo –de cualquier tipo– al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional

de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense.

Igualmente, sentenció que la Proclamación de Neutralidad de 1983, pese a ser un acto unilateral del Estado costarricense, le imponía obligaciones para con sus habitantes y para con la comunidad internacional, por lo que la manifestación de apoyo a una de las partes en ese conflicto podía constituir una trasgresión de dicha declaratoria y, nuevamente, del derecho de las personas que habitan en el Estado de Costa Rica a vivir en paz, sin ser expuestas a las consecuencias propias del involucramiento en un conflicto armado entre dos o más naciones. Y dispuso la Sala:

Asimismo, se apuesta por el desarrollo humano y proclamamos nuestro derecho a vivir libres y en paz. Ese día esta nación dio un giro, decidimos que cualquier costo que debamos correr para luchar por la paz, siempre será menor que los costos irreparables de la guerra. Esa filosofía es la que culmina con la “Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada” de nuestro país, y los numerosos instrumentos internacionales firmados en el mismo sentido.

Esta sentencia fue ampliamente comentada en diversos círculos políticos y académicos en Costa Rica y en varias partes del mundo. Se señaló, por ejemplo, que

... lo llamativo de la sentencia de la Sala Constitucional es que destroza “toda” la muralla que vedaba el acceso judicial a las cuestiones políticas. Supuestamente, ahora, todo es justiciable (como lo pregonó cierta doctrina constitucionalista), circunstancia que apura varios interrogantes acerca de las consecuencias y proyecciones de tal derrumbe.¹⁵

Pese a la opinión del destacado académico argentino, este no es el elemento central de la sentencia. La propia Sala Constitucional había sentado con anterioridad la posibilidad de que los actos de gobierno fueran revistos en la vía del control de constitucionalidad. En cambio, lo realmente destacado de esta resolución está en que sirvió para revertir una desafortunada decisión política, que colocó al Estado costarricense del lado de aquellos que decidieron restar valor al multilateralismo. De igual forma, el

15 Néstor Pedro Sagüés. *La Constitución bajo tensión*. 1 ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétano, 2016, p. 89.

desarrollo del derecho constitucional a la paz servirá, a futuro, como un estándar inequívoco para los actos que desarrollen los gobernantes del país, en atención al mandato constitucional y a la decisión adoptada por Costa Rica en 1948 de abolir el ejército.

Las sentencias brevemente descritas demuestran que el activismo judicial no es un fenómeno reciente en Costa Rica. Ambas se caracterizan por contener decisiones jurisdiccionales que van más allá de los textos constitucionales, que importan la valoración de factores extrajurídicos al momento de resolver. En ambos casos, la Sala Constitucional analizó la validez de actuaciones que en muchos ordenamientos no son susceptibles de control, como las reformas constitucionales y los actos de gobierno. En sus dos decisiones, debió hacer valoraciones que trascendieron la mera exégesis jurídica y produjeron consecuencias políticas evidentes, en los planos electoral y de las relaciones internacionales del Estado.

Sin que resulte relevante cuál es nuestra opinión acerca del grado de acierto o desacierto en las decisiones adoptadas, es innegable que ambas pusieron de manifiesto la delgada línea existente entre los conflictos políticos y los debates en el orden del derecho constitucional, así como la gran injerencia que una sentencia puede tener en la vida social, política y económica de un pueblo.

Establecimiento del matrimonio igualitario por vía jurisprudencial

Otra importante transformación producida por la vía jurisprudencial en Costa Rica fue el establecimiento del matrimonio igualitario, es decir, la eliminación de la causal de nulidad del vínculo matrimonial cuando lo contrajeran dos personas del mismo sexo, contenida en el artículo 14, inciso 6, del Código de Familia. El objeto del presente acápite es analizar si la referida decisión constitucional constituye una suerte de activismo judicial y, de ser así, si implicó una ilegítima intrusión del poder judicial en el ámbito de competencia de otros órganos supremos, como la asamblea legislativa o incluso del poder constituyente.

A diferencia de los dos precedentes estudiados en el apartado anterior, la Sentencia 2018-012782 de la Sala Constitucional no fue disruptiva y revolucionaria, como se podría pensar. Para demostrar esta premisa, es necesario exponer el contexto en que dicha sentencia se produjo, así como el contenido de la decisión jurisdiccional, lo que a nuestro juicio permitirá resaltar que, sin negar su enorme importancia como precedente

jurisprudencial y como solución a un conflicto de larga data el derecho costarricense, la referida resolución no trasplantó ninguna suerte de innovación, frente a la doctrina ya sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión Consultiva OC-24/17. Tampoco resulta un buen ejemplo de activismo judicial y de innovación una sentencia que evitó enfrentarse al Parlamento, prolongando por dieciocho meses el estado de violación de los derechos fundamentales de las parejas de personas del mismo sexo, mediante la intrincada tesis de que, como país, nos encontramos ante un “estado de cosas inconstitucional”.

Decisiones anteriores a 2018

Lo primero que se debe apuntar es que la Sala Constitucional ya había tenido oportunidad de analizar la constitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia y valorar la validez de las restricciones impuestas a las personas del mismo sexo para casarse. La principal sentencia dictada en esta materia es la 2006-07262, en la cual la Sala partió de un razonamiento muy simple: al considerar que las parejas de personas del mismo sexo son distintas a las uniones heterosexuales, entendió que no se podía considerar la existencia de una discriminación en su perjuicio por el hecho de tener una regulación igualmente diferenciada. Señaló el Tribunal:

IX.- [...], la Sala concluye que la imposibilidad legal para que personas del mismo sexo contraigan matrimonio, contenida en el inciso 6) del artículo 14 del Código de Familia, no lesiona el principio de libertad previsto en el artículo 28, ni el contenido del numeral 33, ambos de la Carta Política toda vez que las parejas heterogéneas no están en la misma situación que las homosexuales. *De manera que, ante situaciones distintas, no corresponde otorgar igualdad de trato.* En consecuencia, tampoco procede aplicar la normativa desarrollada para el matrimonio en los términos actualmente concebidos en nuestro ordenamiento constitucional. Asimismo, no se produce roce constitucional por no existir impedimento legal para la convivencia entre homosexuales, y la prohibición contenida en la normativa impugnada se refiere específicamente a la institución denominada matrimonio, que el constituyente originario reservó para las parejas heterosexuales. (Énfasis agregado)

Esta sentencia fue aprobada por cinco votos a favor y dos en contra de los magistrados Vargas Benavides y Jinesta Lobo, quienes, con alguna diferencia en sus argumentos y alcances, estimaron que la norma impugnada era inconstitucional.

Posteriormente, la Sala se abstuvo de establecer la plena igualdad para el acceso al instituto del matrimonio e incluso de la unión de hecho, aunque sin repetir el argumento de la desigualdad entre desiguales, sino invocando el principio de separación de poderes y el respeto por la investidura de la Asamblea Legislativa.¹⁶

Pese a ello, sería injusto no reconocer que la Sala Constitucional desarrolló gradualmente una doctrina depurada en defensa del derecho a la igualdad en contra de los actos discriminatorios contra personas en razón de su orientación sexual y de parejas del mismo sexo. A modo de ejemplo, las Sentencias 2007-018660 de 21 de diciembre de 2007; 2010-20233 de 30 de noviembre de 2010; 2011-08724 de 1 de julio de 2011; 2012-06203 de 11 de mayo de 2012; 2012-10774 de 10 de agosto de 2012; 2014-02273 de 21 de febrero de 2014; y 2014-12703 de 1 de agosto de 2014, implicaron importantes avances en materia de acceso a derechos adquiridos a partir del vínculo afectivo, en temas tales como el acceso a la seguridad social, la regulación en los centros penitenciarios, el otorgamiento de beneficios familiares a la pareja del mismo sexo, entre otros.

Para 2018, la Sala Constitucional ya había avanzado significativamente desde el criterio sostenido en 2006, por lo que el reconocimiento pleno del matrimonio igualitario era necesariamente el paso siguiente. No es casual que los precedentes mencionados hayan sido objeto de cita en la sentencia que estableció el matrimonio igualitario en Costa Rica y constituyan antecedentes que conforman este proceso evolutivo.

La opinión consultiva 24 de 2017 de la Corte IDH y su impacto en el derecho costarricense¹⁷

La evolución jurisprudencial reseñada, así como la adopción de una serie de políticas públicas tendientes a combatir la discriminación en contra de las personas lesbianas, gay, transgénero, bisexuales e intersexuales (LGTBI), en áreas como la educación, la salud, la justicia y el trabajo, entre otras, implicó pasos pequeños pero significativos en el logro de la plena igualdad. Destaca en ese aspecto la “Política del Poder Ejecutivo para erradicar de sus instituciones la discriminación hacia la población LGBTI”, adoptada en 2015.

16 Cfr. Sala Constitucional. Sentencia 2010-00641.

17 Aquí es clave una referencia al capítulo 12 en esta obra, “El matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de Mariana Clemente Fábrega.

No obstante, estos esfuerzos no se reflejaron en decisiones legislativas tendientes a garantizar a las personas del mismo sexo la posibilidad de tener jurídicamente reconocidos sus vínculos afectivos ante la ley. En los diez años transcurridos desde la emisión de la Sentencia 2006-07262, no fue aprobada una ley que estableciera el matrimonio igualitario, la unión de hecho o siquiera las sociedades de convivencia entre personas del mismo sexo. El poder legislativo de Costa Rica tramitó los proyectos de ley expedientes número 19.841, denominado “Ley de reconocimiento de los derechos a la identidad de género e igualdad ante la ley” y número 16.390, nominado como “Ley de uniones civiles en Costa Rica”.¹⁸

En forma evidente, los grupos políticos conservadores, contrarios a una regulación de esta materia, representados en la Asamblea Legislativa lograron bloquear cualquier iniciativa en esa dirección. Debido a la falta de acción parlamentaria, el poder ejecutivo debió acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para solicitar la opinión de la Corte IDH.

En mayo de 2016, el Estado de Costa Rica, representado por un equipo liderado por la segunda vicepresidenta de la república, Ana Helena Chacón, planteó una consulta ante la Corte Interamericana, para que se pronunciara acerca de las siguientes inquietudes:

1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?;
2. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?;
3. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?;
4. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además

18 El Faro. “Costa Rica propone ley para reconocer uniones homosexuales”. 20 de marzo de 2015.

de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?, y 5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

Ante esta consulta, la Corte IDH emitió la histórica opinión consultiva OC-24/17, en la cual desarrolló en forma amplia los temas preguntados por el Estado de Costa Rica, generó una rica doctrina en temas tales como identidad y expresión de género, orientación sexual y derecho a la no discriminación. Asimismo, reafirmó que privar a determinadas personas del acceso a institutos previstos para la regulación de sus vínculos afectivos era contrario al derecho convencional, en aspectos tales como el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a formar una familia, entre otros.

En lo que atañe directamente al matrimonio entre personas del mismo sexo, sentenció la Corte IDH:

Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (*supra* párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional. (p. 85, § 220)

Con base en esta premisa, la Corte determinó que era contrario a la CADH cualquier regulación que impidiera a las parejas constituidas por personas del mismo sexo contraer matrimonio o unirse de hecho y obtener absolutamente todos los derechos reconocidos a las parejas heterosexuales. De gran importancia para el análisis de la Sentencia 2018-12782 de la Sala Constitucional, la Corte IDH dispuso, en el párrafo 228 de la OC-24/17:

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que: Los Estados *deben garantizar el*

acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna. (Énfasis agregado)

De acuerdo con la sentencia de la Sala Constitucional 1995-02313 y con el artículo 27 del Convenio entre el Estado de Costa Rica y la Corte IDH para el establecimiento de la sede de dicho tribunal, las decisiones proferidas por la Corte serán vinculantes para Costa Rica, incluso aquellas emitidas dentro de la competencia consultiva de la Corte.¹⁹

Si a lo anterior sumamos la existencia de algunos importantes precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH que fueron delineando el reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas y que declararon inconvencionales los actos realizados por los Estados²⁰ y que impidieran un pleno e igualitario disfrute de todos sus derechos, entendemos que, cuando la Sala constitucional emitió la Sentencia 2018-12782, la única posibilidad que no la llevaría a desafiar la jurisprudencia interamericana, tal y como lo había hecho en un desafortunado precedente, era la anulación del artículo 14.6 del Código de Familia.²¹

19 Dicha norma dispone: “Artículo 27.- Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la república, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”.

20 Cfr. Sentencias pronunciadas en los Casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador*.

21 En 2016, la Sala Constitucional de Costa Rica desafió lo ordenado en 2012 por la Corte IDH en el Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, lo que obligó al Tribunal Interamericano, en resolución de supervisión de cumplimiento de dicha sentencia de 26 de febrero de 2016, a dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala y poner en vigencia el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015, anulado por el Tribunal Constitucional costarricense.

La Sentencia 2018-12782 de la Sala Constitucional

El 8 de agosto de 2018, la Sala Constitucional dictó la Sentencia 2018-12782, en la cual resolvió las acciones de inconstitucionalidad acumuladas números 15-013971-0007-CO, 15-017075-0007-CO y 16-002972-0007-CO, presentadas por personas particulares y organizaciones de la sociedad civil, todas iniciadas antes de la emisión de la OC-24/17 de la Corte IDH. Se trató de una decisión dividida. Las magistradas Hernández López y Esquivel Rodríguez, así como los magistrados Rueda Leal y Cruz Castro, suscribieron el voto de mayoría. Los magistrados Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez declararon que había lugar para la acción por razones separadas y no optaron por anular la norma impugnada. El magistrado Castillo Víquez salvó el voto y declaró sin lugar la acción.

Dicha sentencia es considerada el hito que puso fin a la discriminación en el acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo y en verdad lo es, aunque dentro del contexto ya analizado. De esa resolución se considera importante destacar, para efectos del presente capítulo, tres elementos: i) la eficacia anulatoria con respecto al artículo 14.6 del Código de Familia; ii) la aplicación de la doctrina del estado de cosas inconstitucional; y iii) la ultraactividad dada a la norma declarada inconstitucional.

Declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia

Doce años después de haber entendido que dicha norma no era discriminatoria, ya que trataba en forma distinta las relaciones entre parejas igualmente diversas, la Sala Constitucional llegó a afirmar que la privación ocasionada a las parejas del mismo sexo para acceder al matrimonio y a todos los institutos derivados de este y regulados por el Derecho de Familia era inconstitucional. Esta reorientación jurisprudencial es notable. En solo una década, la Sala o, al menos, la mayoría de sus integrantes, logró superar la doctrina de 2006 y reconocer acertadamente que las personas LGBTI son sujetos de derechos en la misma forma en que lo son las personas heterosexuales. Si bien la regla general de las declaratorias de inconstitucionalidad se traduce en la anulación del acto impugnado (cfr. artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), en este caso la Sala decidió dimensionar los efectos de su fallo²² en la forma que expondremos enseguida.

22 El artículo 91, párrafo 2, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que: “La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o

Aplicación de la doctrina del estado de cosas inconstitucional

Con respecto a la norma declarada inconstitucional, la Sala optó por diferir el efecto anulatorio de su sentencia. Lo hizo basada en la doctrina del “estado de cosas inconstitucional”, que ha sido explicado de la siguiente forma:

A través de las *structural injunctions*, las Cortes de EE. UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales. En palabras de Citron: “Los remedios estructurales son herramientas de los tribunales de justicia para reformar por completo una institución con el objeto de hacerla compatible con la Constitución”.²³

En casos en que la inconstitucionalidad resulte de una deficiencia sistémica, la simple anulación podría no resolver la anomalía detectada. En tales casos, el tribunal constitucional puede disponer de soluciones igualmente estructurales para la atención del problema y el saneamiento del ordenamiento, de forma que se vuelvan plenamente aplicables los mandatos constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia, referente para la adopción de esta doctrina por parte de la Sala Constitucional, definió así el estado de cosas inconstitucional en su Sentencia T-025/2004, de 22 de enero de 2004, considerando 7:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias

la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales”.

23 Constanza Núñez Donald. “La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural”. *Revista IIDH*, vol. 63 (2016): 188-266, 214.

entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Siguiendo dicha tesis, la Sala Constitucional costarricense aplicó la doctrina del estado de cosas inconstitucional, entendiendo que la anulación de la norma impugnada no resolvía la situación detectada y que era contraria a la Constitución Política. Entendió, por ejemplo, que las siguientes normas requerirían de una modificación para poder hacer plenamente vigente la decisión adoptada: Código de Familia, artículos 35 (marido principal obligado), 49 (orden de los apellidos), 69 (presunción del carácter matrimonial de los hijos habidos dentro del matrimonio), 70 (adulterio como causal de divorcio) y 104 (apellidos de la persona adoptada). De la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del Banco Hipotecario de la Vivienda, el numeral 56 (unión de hecho, el bien se inscribe a nombre de la mujer). Del Código Procesal Penal, el artículo 486 bis (condiciones para el monitoreo electrónico). De la Ley de Penalización de la Violencia en contra de la Mujer, los artículos 2 (ámbito de aplicación), 21 (femicidio) y 22 (maltrato). Del Código de Trabajo, los numerales 43 (regulación de los contratos fuera del país), 95 (licencia por maternidad) y 243 (herencia de los derechos por seguro de riesgos laborales).

Al respecto, señaló la Sala en el considerando VII:

De este modo y por las razones planteadas, *concluimos que en la especie subyace un estado de cosas inconstitucionales*, que queda aún más evidenciado con el análisis que se efectúa en los considerandos siguientes, *donde cantidad de normas ejemplifica la dimensión sistémica de la inconstitucionalidad aquí declarada*. De ahí que estimemos que la manera más adecuada de superar tal situación es por medio de una “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple”, en la que se insta al Parlamento a que en ejercicio de su potestad legislativa adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. (Énfasis agregado)

En razón de lo anterior, dispuso en el considerando IX de la sentencia:

Según se manifestó, la Sala concluye que la norma impugnada es inconstitucional por violación al derecho constitucional y convencional a la igualdad, la

cual se expande sobre el sistema jurídico-positivo e impide el reconocimiento legal pleno de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. El análisis anterior permite razonar que la implementación cabal de un sistema de igualdad no puede limitarse a la simple anulación de la norma impugnada, debido a que deviene inexorable regular todos los alcances y efectos derivados del reconocimiento jurídico al vínculo entre parejas del mismo sexo. [...] *La adecuada comprensión del sistema democrático, del control y balance existente entre los Poderes de la República, trazado por los Constituyentes de esta Patria, obliga a reconocer que, al lado del principio de autocontención del juez constitucional, se encuentra la potestad de libre configuración del Legislador. Quien pretenda una Sala Constitucional omnipotente o un Legislador desvinculado de la Constitución Política, desconoce los más básicos elementos del sistema de pesos y contrapesos. Este Tribunal carece de funciones legislativas propiamente dichas.*

Con lo anterior, la Sala Constitucional determinó que, pese a la inconstitucionalidad de la norma impugnada, lo procedente no era su anulación inmediata, sino el otorgamiento de un plazo prudencial de dieciocho meses para que la Asamblea Legislativa pudiera ordenar todas las modificaciones normativas que fueran necesarias para poner fin al estado de cosas inconstitucional. Si al cabo de dicho plazo no se hubieran dado tales enmiendas, el efecto anulatorio de la sentencia entraría a regir. Este aspecto de la decisión puede ser cuestionado por varias razones, de las cuales desarrollaré dos aspectos.

Por un lado, el tiempo de “carencia” o implementación permitió un período de asimilación del nuevo instituto, que fue útil para los grupos organizados e instituciones públicas que pudieron, respectivamente, realizar campañas de sensibilización y ajustar sus procesos a la nueva realidad. Ese plazo, sin duda, ayudó a generar un ambiente más favorable a la reforma. No obstante, esta decisión también despertó razonadas dudas acerca de la rigurosidad empleada por la Sala para determinar la existencia de un estado de cosas inconstitucional que justificara diferir la anulación del artículo 14.6 del Código de Familia y prolongar, por un año y medio adicional, la odiosa discriminación que por siglos sufrieron las parejas constituidas por personas del mismo sexo, a quienes ilegítimamente se les impidió unirse bajo un vínculo matrimonial.

Las normas enumeradas por la Sala Constitucional como necesarias de reforma admiten interpretaciones acordes con la Constitución y con el derecho convencional. Su modificación, aunque deseable, no era necesaria. No lo suficiente para justificar la dilación en el acceso efectivo a la justicia.

Si bien es fácil especular razones de orden político que hayan determinado esta decisión, lo que resulta evidente es que lo ordenado por la Sala Constitucional carece de los factores de innovación y disrupción que caracterizan al activismo judicial. Se trata de una sentencia de enorme relevancia por los efectos en la transformación del derecho de familia y la potenciación de la igualdad, pero es un fallo que, al seguir la tesis del estado de cosas inconstitucional, en cierta forma resultó tímido.

Ultraactividad temporal de la norma declarada inconstitucional

Finalmente, es relevante destacar otro aspecto de la sentencia que, en nuestro concepto, refuerza el juicio ya dado. La Sala decidió dar efecto ultraactivo al artículo 14.6 del Código de Familia. Es decir, que la norma declarada inconstitucional, que por esa razón es nula con efecto retroactivo, fue mantenida vigente durante los dieciocho meses dados al legislador para ajustar todo el ordenamiento jurídico a la nueva realidad normativa. Sobre señalar que, en dicho plazo, el legislador no cumplió su deber de eliminar tales obstáculos, como tampoco lo había hecho en el pasado.

En el considerando IX de la sentencia, la Sala Constitucional dispuso que:

De ahí que este Tribunal estime necesario otorgar a la Asamblea Legislativa un plazo razonable, a fin de que adecue el marco jurídico nacional, con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. Se acota que la Sala ha optado por remitir el asunto a la Asamblea Legislativa, instándole a regular un tema concreto en un plazo dado, cuando la correcta adecuación del ordenamiento jurídico requiere el actuar del Legislador.

Lo cual se complementa con lo determinado en la parte dispositiva de la sentencia:

... vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial, adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses.

La potestad conferida por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le permite a la Sala diferir o postergar el efecto retroactivo de sus decisiones para evitar graves dislocaciones del interés general. No le autoriza a crear un efecto ultraactivo de normas inconstitucionales, que deben seguir siendo toleradas por las personas afectadas, pese a la existencia de un fallo que declara que son contrarias a la Constitución.

También en este aspecto se aprecia la tendencia a atenuar el carácter revolucionario de la sentencia. Se vuelve a emplear de forma imprecisa un instituto propio del derecho procesal constitucional para justificar la adopción de medidas más blandas que las debidas, con el probable objetivo de evitar reacciones adversas de los fuertes grupos que se opusieron, y se continúan oponiendo, a la erradicación de la discriminación sufrida por las personas LGBTI a lo largo de la historia nacional.

La vida posmatrimonio igualitario

La Sentencia 2018-12782, aun con todas sus limitaciones, generó fuertes reacciones de respaldo y oposición en distintos colectivos. Sin embargo, también llevó a que se atenuara la virulencia de los debates tendientes a impedir el avance regulatorio, al punto que la entrada en vigencia del matrimonio igualitario, ocurrida a las cero horas del 26 de mayo de 2020, dieciocho meses después de la publicación de la sentencia en el *Boletín Judicial*, transcurrió en un ambiente mucho menos turbulento que el de 2018 y 2019 con respecto a este mismo tema.

El tiempo dio la razón a quienes consideraron que no era necesario emprender grandes reformas normativas para hacer aplicables los cambios ocasionados por la sentencia de la Sala. El matrimonio entre personas del mismo sexo entró a regir sin que fueran necesarios cambios estructurales de ningún tipo. Ajustes de menor entidad debieron ser implementados en el ámbito administrativo, por instituciones como el poder ejecutivo y el Registro Civil, y probablemente sea necesario realizar reformas legislativas en temas como la filiación y la penalización de la violencia intrafamiliar. Pero, sin lugar a dudas, las razones que pudieran justificar la dilación en la entrada en vigencia del matrimonio igualitario a la espera de cambios legales brillan por su ausencia.

Conclusiones

El activismo judicial es una importante herramienta con que cuentan los tribunales para generar transformaciones en el seno de la sociedad. Su

empleo debe ser cuidadoso y moderado, basado en la más prudente autocontención, por el riesgo que conlleva de generar una intrusión de la justicia en el ámbito competencia de los otros poderes. La Sentencia 2018-12782 de la Sala Constitucional de Costa Rica es una sentencia de la más alta relevancia en materia del derecho constitucional a la igualdad. Con su expedición, en la historia constitucional de Costa Rica se marcó un antes y un después sobre la materia. No obstante, no se trata de una sentencia disruptiva, sino de la única que se podía esperar de una Sala sujeta a la Constitución Política y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego de la emisión de la Opinión Consultiva OC-24/17 por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cualquier otra ruta hubiera conducido a un nuevo desafío fallido al Sistema Interamericano, como el ocurrido en 2016 con el tema de la fecundación *in vitro*.

Este caso permite comprender la enorme importancia de los sistemas de protección regional de los derechos humanos en la vida de las personas y de los Estados. Gracias a la existencia de una Corte IDH, los actores del Sistema pueden hacer uso de las herramientas contenciosas y consultivas desde una perspectiva estratégica, con la finalidad de lograr avances en el reconocimiento de los derechos humanos. En especial, si se trata de grupos históricamente discriminados. Cuando los órganos políticos, llamados a proteger a las personas y a reconocer sus derechos, no cumplen su deber, enhorabuena la justicia constitucional y la iberoamericana, que están llamadas a hacer valer los preceptos fundamentales internos y convencionales y propiciar sociedades más justas, inclusivas y felices.

Referencias

- Arce Gómez, Celín Eduardo. “La Sala Constitucional como legislador positivo”. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, UNED, San José, 2007. <https://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/handle/120809/970/La%20sala%20constitucional%20como%20legislador%20positivo.pdf;jsessionid=2CF406B88CC5371FF70865D-12752BA50?sequence=1>
- Armijo Sancho, Gilbert. “La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional. ¿Mito o realidad?”. *Revista de la Maestría de Ciencias Penales de la UCR*, núm. 3 (2011): 220-222. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12409/11657/>
- Brenes Villalobos, Luis Diego. “El Rol Político del Juez Judicial”. Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia (IFED) del Tribunal Supremo de Elecciones, 2013, pp. 1-31.

- Carvajal Pérez, Marvin. “El futuro de la justicia constitucional en Costa Rica”. *Observatorio Judicial*, vol. 15 (2005). https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol15/noticias_prensa/01MarvinCarvajal.htm#_ftn2
- Carvajal Pérez, Marvin. “El reconocimiento del derecho a la paz. A propósito de la sentencia 2004-09992 de la Sala Constitucional”. Sala Constitucional. 20 años de Justicia Constitucional. San José: Euned, 2010.
- Cascante Segura, Carlos. *Control jurisdiccional de los actos de política exterior. El caso de la Sala Constitucional de Costa Rica (1989-2011)*. 1 ed. San José: Universidad Nacional de Costa Rica, Escuela de Relaciones Internacionales, 2012, pp. 37-45.
- Consejo Nacional de Rectores. “El control constitucional: patrones de votación de la Sala Constitucional”. En *II Informe del Estado de la Justicia*. Costa Rica: Programa Estado de la Nación, 2017. <http://repositorio.conare.ac.cr:8080/rest/bitstreams/d36d0c00-a707-4087-a612-c8a-1d1d5040/retrieve>
- Consejo Nacional de Rectores y Programa Estado de la Nación. Tercer Informe del Estado de la Justicia en Costa Rica, 2020. San José, PEN, 2020. <https://estadonacion.or.cr/informe/?id=ebd90fa7-dd-db-42be-abd3-cf042a70b417>
- El Faro (2015). “Costa Rica propone ley para reconocer uniones homosexuales”. 20 de marzo. https://www.elfaro.net/es/201503/internacionales/16734/Costa-Rica-propone-ley-para-reconocer-uniones-homosexuales.htm?st-full_text=all&tpl=11
- Feoli Villalobos, Marco. “El nuevo protagonismo de los jueces: Una propuesta para el análisis del activismo judicial”. *Revista de Derecho Coquímba*, vol. 22, núm. 2 (2015). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200006
- Feoli Villalobos, Marco. “Judicialización de la Política y Activismo Judicial: Una Aproximación a América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Costa Rica*, vol. 27, núm. 1 (2016). <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8373/9696>
- Hernández López, Nancy. “Juristocracia”. Observatorio Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, s.f.
- Méndez Ramírez, Odilón. “La verdad constitucional. El parlamento puede prohibir o permitir la reelección”. *La Nación*, 20 de marzo del 2003.

- Miranda Bonilla, Haideer. “Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica”. *IUS Doctrina*, vol. 11, núm. 2 (2018).
- Murillo Murillo, Álvaro. “La Sala Constitucional: la revolución se hace adulta”. *Semanario Universidad*, 2019. <https://semanariouniversidad.com/pais/la-sala-constitucional-la-revolucion-se-hace-adulta/>
- Núñez Donald, Constanza. “La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural”. *Revista IIDH*, vol. 63 (2016): 188-266.
- Quintero Lyons, Josefina *et al.* “La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 3, núm. 1 (2011): 69-80. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>
- Pedro Sagüés, Néstor. “La revisión de las cuestiones políticas no justificables (a propósito de la ‘coalición’ contra Saddam Hussein)”. *Pensamiento Constitucional*, año XIII, núm. 13 (2008): 89.
- Pedro Sagüés, Néstor. *La Constitución bajo tensión*. 1 ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétano, 2016, pp. 257-270, 169-175.
- Programa del Estado de la Nación. *Tercer Informe del Estado de la Justicia en Costa Rica*, 2020, pp. 193-200. <https://estadonacion.or.cr/informes/>
- Vargas Hernández, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’”. *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1 (2003): 203-228. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82010111.pdf>
- Wilson, Bruce M. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. 1 ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 91-127, 105-111. <https://www.uv.mx/veracruz/sea/files/2013/05/Tribunales-Constitucionales-en-America-Latina.pdf>
- Zamora Acevedo, Miguel. “Entre el activismo y el formalismo judicial: A propósito de la ética en la decisión judicial”. *Cuaderno del Consejo de Notables del Poder Judicial de Costa Rica*, vol. 4, núm. 2 (2015): 35-54. <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/ConsejoNotables/Cuadernos/cuaderno07.pdf>

Matrimonio igualitario en Ecuador. ¿Un caso de activismo judicial progresista desde el control de constitucionalidad?

ECUADOR

Sebastián López Hidalgo*

En el Estado constitucional democrático el papel que las juezas y jueces adquieren como guardianes del texto fundamental tiene un significado distinto del que se asignaba en el Estado liberal, cuando se consideraba, por lo general, que las normas constitucionales se dirigían única y exclusivamente al ámbito de competencias del legislador. Esa apuesta fuerte en favor de un modelo judicial robusto,¹ como una característica definitoria del modelo constitucional, ha supuesto un mayor protagonismo y expansión de la esfera judicial, muchas veces a costa del legislador, que ha pagado caro con su inactividad legislativa y se ha visto desplazado por los tribunales tras haber renunciado a las discusiones de mayor calado e importancia dentro de una democracia plural. Aun así, ¿hasta dónde es tolerable un activismo judicial en nombre de los derechos, que no termine por socavar las bases mismas del sistema democrático?, ¿cuál es el verdadero papel que deben jugar los tribunales en una democracia constitucional?, ¿cuáles son los límites de un

* Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador y Universidad de Sevilla-España; Magister en Derecho Constitucional UASB-Quito. Subdecano y profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay-Ecuador. Becario de la Fundación Carolina. sebaslopezhidalgo@yahoo.com. La elaboración y discusión del presente capítulo contó con la participación de la abogada Alexandra Correa Vázquez, asistente de investigación, a quien dejo sentado mi agradecimiento.

1 Un modelo robusto de revisión judicial o de supremacía judicial supone una Constitución rígida y una facultad de los jueces constitucionales para vetar, con el carácter de definitiva y última palabra, normas aprobadas por una asamblea parlamentaria, sin posibilidad de reenvío o diálogo orgánico institucionalizado.

activismo judicial bien entendido en una democracia?, ¿cómo es posible calificar de activista una decisión judicial?

Los casos de reconocimiento del matrimonio civil igualitario en Ecuador vía jurisprudencia constitucional constituyen una buena muestra de lo que representan dos posiciones bien definidas dentro de la Corte Constitucional en temas de mayor sensibilidad política y moral: un activismo judicial progresista y una autorrestricción judicial.² Bien es cierto que a través de los casos de consulta de norma donde se resolvió el matrimonio civil igualitario (11-18-CN y 10-18-CN), los jueces constitucionales de mayoría, en una muestra de lo que consistiría un activismo judicial progresista, reconocieron el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio como un avance en la protección de los derechos de grupos históricamente discriminados; no obstante, las denuncias que los votos de minoría o disidentes imprimieron en estas decisiones son buenas advertencias de los delicados límites que enfrenta la actuación judicial, al punto que, con una fachada de activismo judicial, podrían terminar por minar las bases de un Estado democrático.

De alguna manera, estos casos resueltos por la Corte Constitucional ecuatoriana han encendido una discusión que ha pasado inadvertida en el contexto ecuatoriano sobre la crítica democrática de la revisión judicial. A lo largo de la vida institucional, el órgano de revisión judicial constitucional en Ecuador se ha mantenido dentro de límites muy estrechos de lo que significa una Constitución formal y ha dejado entrever una deferencia para con el poder al cual estaba llamado a controlar, así como un escaso “protagonismo judicial”. Ello a pesar de que el texto fundamental, en principio, incita a un activismo judicial dentro de determinados márgenes admisibles y controlables.

A partir de este reconocimiento jurisprudencial de la Corte al matrimonio civil igualitario, se presentarán en el país nuevas y enriquecidas discusiones en relación con el papel institucional que el guardián de la Constitución debe asumir en una democracia; sobre cuál debe ser el carácter de una Constitución extensa con fuerza normativa; sobre las teorías de

2 Para una adecuada comprensión de la especial relación entre derecho y política dentro de la cual se inscribe el denominado activismo judicial, puede verse el artículo de Roberto Saba. “La elusiva frontera entre la justicia y la política”. En Roberto Niembro y Sergio Verdugo (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / ICON-S, 2019.

la interpretación constitucional y su relación con los estándares del sistema internacional de los derechos humanos; y sobre los límites de la interpretación y de actuación de las cortes, con lo cual se consolida la retirada de una idea-fuerza propia del positivismo kelseniano: que los tribunales constitucionales son meros legisladores negativos dentro del sistema.

En lo que sigue, el presente capítulo se articulará en tres secciones. La primera pondrá en contexto la especial relación que supone el ejercicio del control de constitucionalidad y el activismo judicial con una referencia al caso ecuatoriano. En una segunda sección se revisan las dos sentencias sobre matrimonio igualitario que fueron expedidas por la Corte Constitucional con sus respectivos votos de mayoría, minoría y concurrentes, poniendo a prueba la posición y argumentos utilizados por la Corte en el marco de un denominado activismo judicial; y, en la tercera y última sección, se hará una discusión y reflexión sobre el accionar de órgano de revisión judicial.

El control de constitucionalidad y el activismo judicial

Como antecedente, conviene indicar que la justicia constitucional, como institución de defensa jurisdiccional de la Constitución frente a actos del poder público y de particulares en determinados supuestos, tiene su origen y evolución en contextos diferentes tanto en América como en Europa. En uno y otro caso, la configuración y expansión del modelo de revisión judicial de constitucionalidad adoptado depende del concepto mismo de Constitución.³ Dichas experiencias revolucionarias –francesa y estadounidense– encuentran unos rasgos que las diferencian en el matiz que dan al concepto de Constitución y que marcan con distinto alcance el mecanismo de defensa jurisdiccional del texto constitucional.⁴ En efecto, en el caso norteamericano, apoyado en la reflexión de sus padres fundadores, se apuntaba a afirmar desde un inicio que la Constitución será considerada verdadera norma jurídica suprema de aplicación directa, con lo cual se daba paso a la idea del *control* como un elemento inseparable del concepto

3 Sebastián López Hidalgo. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018, p. 2.

4 Véanse, al respecto, Roberto Blanco Valdés. *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Barcelona: Universidad de Santiago de Compostela, 1996; Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

de Constitución.⁵ Para el caso europeo, en cambio, la base y construcción del Estado se encontrarían fundados en un principio de soberanía nacional, que se convertiría rápidamente en soberanía parlamentaria y aseguraría la supremacía del principio de legalidad sobre el principio de constitucionalidad. De ahí que el concepto de Constitución en Europa quedara reducido a una afirmación del Parlamento frente al monarca, con la consecuencia de que la norma fundamental vendría a constituir solamente un pacto programático supeditado a la voluntad del legislador soberano a través del cual la nación expresa su decisión. Si el sistema norteamericano se encontraba diseñado en favor de una supremacía judicial, el modelo europeo de soberanía parlamentaria supuso, en su momento, un acto de desconfianza frente a los jueces devotos del antiguo régimen y de afirmación de la supremacía del Parlamento, aun cuando después la misma desconfianza recayera en el propio legislador. Esta situación dio lugar a dos modelos diversos de control de constitucionalidad.⁶

Ciertamente, el proceso histórico resulta trascendental para explicar de forma clara la cuestión inherente al valor normativo de la Constitución y su garantía jurisdiccional; no obstante, excede los límites de este trabajo la descripción tanto de las causas como del contexto y evolución de los sistemas de control de constitucionalidad, que son bien conocidos en la doctrina. Baste decir, para lo que interesa, que, a pesar de que cada modelo de justicia constitucional encuentra una fundamentación propia, fruto de la constante influencia que ha existido entre uno y otro sistema, resulta cada vez más complicado hoy en día, más allá de lo teórico, hablar de modelos “puros” de revisión judicial.⁷

5 Véase, al respecto, Manuel Aragón. “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1987): 15-52.

6 López Hidalgo, *Reflexiones*, p. 12.

7 Véanse: Lucio Pegoraro. *La justicia constitucional una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004; Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bolonia: Clueb, 2010. Por su lado, Francisco Rubio Llorente. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 159-160, indican que resulta cada vez más difícil e infructuoso hablar de modelos puros, dada la constante aproximación entre ambos, por lo que se trata más bien de modelos teóricos y no de una verdadera categoría de sistemas reales, al punto que casi todos los sistemas en Europa incorporan estructuras procedentes tanto del uno como del otro.

La obsolescencia de la clásica polaridad “sistema americano” y “sistema europeo” es hoy patente, no solo por la aparición de un *tertium* que resulta apreciable a partir de la convergencia de estos modelos en diseños híbridos o mixtos que han introducido características de uno u otro modelo⁸ —sustancialmente a partir de la inclusión de ciertas instituciones procesales en materia constitucional, como la denominada consulta de constitucionalidad o consulta de norma, con lo cual los dos modelos han perdido en pureza—, sino por la especial relación que surge entre jueces constitucionales y legislador que da lugar a modelos de constitucionalismo débil o robusto, según la última palabra la tenga el legislador o los jueces de las cortes. Si se quiere, desde una perspectiva histórica, los dos sistemas clásicos de revisión judicial se presentan, no como soluciones antagónicas, sino como dos ideas del control teleológicamente convergentes a fin de garantizar la supremacía constitucional y su fuerza normativa.⁹

Ahora bien, más allá del auge y consolidación alcanzados por la justicia constitucional en los diversos sistemas jurídicos, su generalizada expansión y aceptación no cancela la discusión sobre los problemas que la vigencia de la revisión judicial comporta para el Estado democrático. De hecho, el “pecado original” que soporta el control de constitucionalidad para la propia esencia de la democracia y la polémica sobre la legitimidad de la revisión judicial —que, con diferente intensidad, resurge de tiempo en tiempo en razón del papel activista (*judicial activism*) o de una autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) asumido por las cortes o tribunales¹⁰— es una cuestión de central importancia para el Estado de derecho.

Precisamente, el problema de la dificultad u objeción contramayoritaria¹¹ —que impacta la idea de las cortes y tribunales como los guardianes de la Constitución con la última palabra dentro del juego democrático— parece cobrar mayor envergadura cuando se advierte que las decisiones de una casta judicial de extracción muchas veces aristocrática resuelven cuestiones de mayor controversia moral y política, reemplazando el lugar

8 Fernández, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, pp. 35 y ss.

9 Francisco Tomás y Valiente. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 53.

10 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4 ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 167.

11 Una referencia básica en la discusión puede verse en Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. Londres: Yale University Press, 1986.

que los órganos políticos de deliberación deberían ocupar en las arenas democráticas. Ahora bien, ¿significa esto rendirse a los argumentos contramayoritarios que llevan, en definitiva, al rechazo del control judicial en razón del carácter elitista y antidemocrático de la función de revisión judicial?¹² ¿es posible admitir una revisión judicial –control de constitucionalidad– compatible con el ideal democrático?

A pesar de que es en el ámbito de las “sociedades bien ordenadas” donde puede esperarse que la objeción al control judicial tenga mayor relevancia –por el riesgo que se deriva, en particular, para el marco de competencias del legislador democrático, pero también para los otros órganos de la administración pública–, los contextos plurales con democracias poco estables, los textos constitucionales fuertemente materializados, los amplios catálogos de derechos insatisfechos y un debilitamiento institucional patente marcado por el desacuerdo, sin duda, sobreexcitan la actuación judicial y vuelven en determinada medida justificable una defensa activa de la revisión judicial.

En ese marco, y a pesar de que las cortes o tribunales constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, sus decisiones pueden estimarse legítimas, si aparecen como “aplicación”¹³ del derecho en el marco de una teoría de la Constitución, de una teoría deliberativa de la democracia¹⁴ y de una teoría de la interpretación plausible que involucre prácticas dialógicas de participación cooperativa en la construcción del significado constitucional, y no actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de justificación que

12 Claudia Orunesu, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez. “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional”. En *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*. México, Fontamara, 2005, p. 56.

13 Vale destacar que el término “aplicación” no debe ser entendido como un acto puramente cognoscitivo-declarativo sobre el supuesto significado objetivo de las normas llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales mediante un procedimiento de inferencia lógico-formal, tal como supusieron determinados planteamientos de la dogmática formalista decimonónica.

14 A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, pueden consultarse en José Luis Martí. *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2006. Igualmente, puede verse Carlos Santiago Nino. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997; Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, en lo referente a la práctica deliberativa.

cancelan la discusión pública con el argumento de autoridad de tener la última palabra.

Un activismo judicial progresista, para diferenciarlo del activismo conservador y de la autorrestricción excesiva en cabeza de las cortes, parece tolerable bajo ciertas condiciones dialógicas y democráticas, en donde los Parlamentos o asambleas no se representan como espacios adecuados para la deliberación y la discusión pública o en sociedades fracturadas, atravesadas por profundas desigualdades que no posibilitan un acceso o representación de las minorías aisladas o grupos desaventajados. Sin embargo, y nuevamente, ¿hasta dónde alcanza la legitimidad argumentativa de las cortes en una sociedad democrática con profundas divisiones acerca de sus ideales de justicia?, ¿cómo no caer en la oportuna advertencia de Lambert sobre el peligro de un “gobierno de los jueces”?

Aun cuando parecería contraintuitivo pensar que, para el caso ecuatoriano, la justicia constitucional pueda aparecer como un órgano antidemocrático capaz de torcer la voluntad popular –so pretexto de interpretar la Constitución, debido al asumido papel de guardián “natural” de la norma fundamental en el marco del control de constitucionalidad–, el análisis y la discusión de las sentencias sobre matrimonio igualitario en Ecuador constituyen un buen ejemplo de una discusión moral y normativa profunda que ha tenido que enfrentar la Corte Constitucional ecuatoriana. Hecha con base y fundamento en una determinada teoría de la Constitución y de unas teorías de la interpretación –marcadas, por un lado, por una posición activista-progresista y, por otro, por una autorrestricción judicial más conservadora– que evocan de alguna manera una discusión más lejana de raíz norteamericana –al más puro estilo originalismo o no originalismo–, dicha discusión pone a prueba el ejercicio del control de constitucionalidad atado a una Constitución con pretensión de fuerza normativa, extensa en derechos, que ha apostado fuertemente en favor de los jueces, entendidos como los garantes del pacto constitucional, tal como sucede con la norma constitucional ecuatoriana de 2008.

Y es que a partir del texto Constitucional de 2008, cuando se instituyó un modelo de revisión judicial robusto¹⁵ con un amplio catálogo de dere-

15 Por oposición a los modelos denominados débiles de revisión judicial, en donde se genera un diálogo más dinámico entre el órgano de revisión judicial y el Parlamento, sin que la justicia tenga la decisión final en el asunto controvertido, el modelo robusto confiere la última palabra y decisión final sobre diferentes cuestiones constitucionales al órgano de revisión

chos fundamentales que dan la última palabra a la Corte Constitucional en las cuestiones de mayor trascendencia constitucional –como máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional con extensas atribuciones conforme la Constitución vigente–, muchos de los problemas sociales han sido trasladados a la esfera judicial, a pesar del coste democrático que ello supone.

De hecho, como se verá más adelante –y a pesar de que en casos recientes la propia Corte ha denostado del calificativo de activista, en relación con el uso peyorativo que se le ha dado¹⁶–, por una parte, el matrimonio igualitario y su reconocimiento han sido posibles por una intervención judicial activista de la Corte en casos particulares por la vía del control de constitucionalidad, ya que el legislador ecuatoriano no ha desplegado históricamente una discusión democrática amplia respecto de los derechos de los grupos de lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI); por otra parte, el texto constitucional y su apertura hacia una visión garantista de los derechos han permitido a la Corte actual –a diferencia de sus sucesoras inmediatas a partir de la vigencia del texto constitucional de 2008– asumir una tarea de protección de derechos que no había encontrado respaldo y desarrollo en el constitucionalismo ecuatoriano.

Es más, a criterio de la Corte, la Asamblea Nacional, como cuerpo legislativo de configuración de los derechos a partir de las obligaciones internacionales –concretamente, en la opinión consultiva OP 24/17 de la Corte IDH–, habría desatendido su obligación constitucional de adecuar el sistema jurídico nacional a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a los derechos reconocidos por la interpretación de la Corte IDH, sin que hasta la fecha de expedición de los casos que resolvieron sobre el matrimonio igualitario haya existido siquiera iniciativa legislativa alguna.¹⁷

judicial, sea la Corte Constitucional o el tribunal, sin la posibilidad de que el órgano democrático –sustancialmente el Parlamento– pueda realizar una insistencia democrática o revisión posterior sobre la decisión adoptada.

16 Véase el voto concurrente dentro del caso 34-19.IN/21. En dicho voto, el juez Ávila, refiriéndose al calificativo de activismo asignado a la Corte, indicó: “El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución”.

17 Véase la Sentencia Constitucional 11-18-CN/19, párrafo 246, misma que será motivo de análisis en este capítulo.

Una hipótesis es que el Parlamento cedió su espacio a la Corte, por el “costo político” que supone esta discusión, con lo cual se rezagó una discusión necesaria que ha atravesado diferentes etapas desde la despenalización de la homosexualidad como delito –a través de una declaratoria de inconstitucionalidad de norma en el año 1997– y su posterior reconocimiento en la cláusula de no discriminación en la Constitución de 1998, fortalecida con algunas disposiciones en la Constitución actual de 2008. Todo ello provocó –como, de hecho, parece ser consciente la Corte ecuatoriana– que las recientes sentencias de revisión judicial de constitucionalidad hayan protegido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo y puso sobre la mesa de debate el rol de las Cortes y su papel dentro del sistema democrático.¹⁸

Análisis de las sentencias de matrimonio civil igualitario y el activismo judicial progresista en la Corte Constitucional del Ecuador

A nivel comparado, el reconocimiento del matrimonio civil igualitario ha sido posible, en unos casos, a través de una regulación legislativa y, en otros, debido a prácticas jurisprudenciales desarrolladas por los más altos tribunales de justicia dentro de cada país. En el contexto ecuatoriano, el matrimonio entre personas del mismo sexo se convirtió en una realidad a partir de las sentencias dictadas en el marco de la consulta de norma o consulta de constitucionalidad,¹⁹ como un mecanismo que permite activar el control concreto de constitucionalidad.

18 En las sentencias de reconocimiento de matrimonio igualitario que se mencionan en este capítulo, la Corte es clara en reconocer que la protección de los derechos corresponde al órgano democrático mediante un proceso de reforma constitucional, así como a la propia Corte mediante su jurisprudencia. Véase la Sentencia Constitucional 11-18-CN/19, párrafos 157, 215, 227, 228, 242. Es más, como dato estadístico y con una referencia a la OC-24/17, la Corte Constitucional resaltó que, desde el año 2001 a la fecha de expedición de la sentencia ecuatoriana, existen 29 países que han reconocido el matrimonio igualitario en sus sistemas jurídicos y por distintas vías. Uno lo habría hecho por consulta popular, 18 por reformas legislativas y nueve por decisiones de cortes de justicia o cortes constitucionales. Véase el párrafo 163 de la indicada sentencia.

19 Sobre el control de constitucionalidad concreto y su relación específica con el matrimonio igualitario en Ecuador, véase el artículo de Jorge Benavides y Jhoel Escudero. “Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador”. *Revista de Derecho del Estado*, núm. 47 (2020): 145-175. Los autores comentan de manera muy esclarecedora, en el marco de la consulta de norma para el caso y el matrimonio igualitario, el profuso sistema de control de constitucionalidad que tiene actualmente el Ecuador, mediante, entre otros controles,

La consulta de constitucionalidad se encuentra prevista en el artículo 428 de la Constitución y establece que cuando un juez, ya sea de oficio o a petición de parte, considere que una norma es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional. Este mecanismo es parte del control concentrado de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, a quien le corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas, de ser el caso. Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucional (LOGJCC), en su artículo 142, inciso segundo, indica:

... cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorable que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta le expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.²⁰

De esta forma, la consulta de norma es una institución que tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas dentro de las causas judiciales que conocen y tramitan los órganos de justicia ordinaria.²¹ En ese contexto, la Corte Constitucional ecuatoriana, máximo órgano de control e interpretación constitucional, conoció dos casos de consulta de norma: 10-18-CN y 11-18-CN, en los cuales resolvió las dudas de constitucionalidad que le formularon los jueces ordinarios al hilo de la disposición constitucional contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República que prefigura la institución del matrimonio como la unión entre hombre y mujer, fundada en el libre consentimiento y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal. La norma constitucional señala:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan

el abstracto, el concreto, el concentrado, más una breve referencia al control mixto de constitucionalidad.

20 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. *Registro Oficial* núm. 52. Quito, 22 de octubre de 2009.

21 Véase el artículo 141 de la LOGJCC.

integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.²²

Por su parte, la normativa infra y preconstitucional, en relación con la norma fundamental del 2008, concebía el matrimonio como un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales. De ahí que, a partir de las consultas indicadas y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Ecuador se convirtiera en uno más de los Estados que, vía jurisprudencial, alcanzó el reconocimiento del matrimonio civil igualitario.

El primer caso trató sobre la consulta de constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil²³ y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LOGIDC),²⁴ disposiciones que contemplaban el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, en relación para con la misma norma fundamental del artículo 67 de la Constitución de la República. El segundo caso versó sobre la vigencia y aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano de la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida por la Corte IDH, que reconoció el “acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo”²⁵ y su compatibilidad para con la carta constitucional.

Si bien el objeto de la consulta fue distinto en cada caso, tanto por su origen—juez ordinario y tribunal superior de apelación, respectivamente— como

22 Constitución de la República del Ecuador de 2008. *Registro Oficial* núm. 449. Quito, 20 de octubre de 2008.

23 Antes de las sentencias, el artículo 81 del Código Civil ecuatoriano establecía: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Código Civil de la República del Ecuador. *Registro Oficial* núm. 46. Quito, 24 de junio de 2005.

24 Antes de las sentencias, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles establecía: “El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación”. Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles. *Registro Oficial* núm. 684. Quito, 4 de febrero de 2016.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, p. 88.

por las disposiciones consultadas, en las dos sentencias expedidas por la Corte Constitucional, con cinco votos a favor y cuatro votos salvados de los jueces constitucionales, se reconoció el derecho de las parejas homosexuales al matrimonio civil igualitario. A continuación, algunos cuestionamientos y principales argumentos que motivaron las decisiones de la Corte.

Sentencia 10-18-CN/19 sobre el matrimonio igualitario en Ecuador

El caso 10-18-CN/19 tuvo origen en la interposición de una garantía jurisdiccional de acción constitucional de protección propuesta por una pareja del mismo sexo en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador ante su negativa de celebrar un contrato matrimonial entre los comparecientes. La Constitución y la LOGJCC reconocen la acción de protección como una garantía constitucional jurisdiccional destinada al amparo directo y eficaz de los derechos fundamentales, cuando estos hubieren sido vulnerados, ya sea por actos, por omisiones de una autoridad pública no judicial o por políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, en determinados supuestos.²⁶ En el presente caso, esta garantía fue interpuesta por una pareja de sexo masculino al considerar que sus derechos fundamentales al matrimonio, la igualdad y la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la familia fueron vulnerados por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, al negarse a inscribir el matrimonio de los accionantes en aplicación de las leyes sobre la materia.

La jueza de primera instancia, titular de la Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito, frente a lo que consideró una duda de constitucionalidad de norma, elevó en consulta a la Corte Constitucional la disposición de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la LOGIDC, disposiciones que regulaban la institución del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. La primera de ellas establecía incluso, como fines del matrimonio, la procreación, la convivencia y el auxilio mutuo. En el análisis, el órgano de control se centró en identificar si la carta constitucional ecuatoriana reconocía o no el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, para lo cual orientó su razonamiento a determinar si, a la luz de

26 Véase el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador.

la regulación constitucional, el legislador democrático se encuentra obligado, inhabilitado o autorizado para instituir el matrimonio civil igualitario.

Argumentos, votación y decisión de la Corte Constitucional

A criterio de la Corte Constitucional y su voto de mayoría, el reconocimiento del matrimonio igualitario se traduce en la obligación que tiene el legislador democrático de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para cumplir con su cometido, el órgano de control advirtió que el ejercicio interpretativo y de justificación que demandaba el caso en concreto debía realizarse con base en una dimensión formal y una dimensión sustantiva, material o axiológica que tiene la norma fundamental de un Estado constitucional. De esa manera, la Corte se planteó algunos problemas y subproblemas jurídicos que le conducirían a tomar su decisión. A partir del primer problema jurídico central, con argumentos a favor y en contra, la Corte intentó identificar si la Constitución de la República prohíbe o permite al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los argumentos a favor de la prohibición se fundaron en una interpretación literalista e intencionalista, vinculadas con un principio de deferencia al constituyente y al valor de la democracia en relación con el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana que expresamente concibe el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. A partir de esta premisa, el razonamiento de la Corte se esforzó en identificar algunas debilidades de los argumentos literalista e intencionalista, arremetió contra la inaceptable reducción de la Constitución a su dimensión formal y ratificó que el canon de interpretación correcto en materia constitucional corresponde a una concepción integral y sistemática del texto, asociada a una idea del bloque de constitucionalidad.²⁷

En esa línea, la Corte Constitucional, luego de admitir que ni el juez es boca de la Constitución ni la Constitución es únicamente lo que los jueces dicen que es,²⁸ puso a prueba su interpretación de carácter sistemático, teleológico y valorativo mediante un juicio de ponderación constitucional y reconoció, por un lado, el derecho fundamental a la protección de la familia, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la intimidad y, por otro, el principio de deferencia al constituyente y el

27 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19. Caso No. 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo), 12 de junio de 2019, párr. 32.

28 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 34.

valor de la democracia. Para los jueces de mayoría, ese ejercicio valorativo y ponderativo en relación con las intensidades de afectación de cada uno de los principios en pugna llevaba a la conclusión de que la Constitución de la República y su artículo 67 no prohíben al legislador la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. En línea con ello, manifestaron que

... la interpretación cabal ha de consistir, más bien, en identificar y, luego, ponderar los principios, fines o valores constitucionales que operan a favor y en contra de las hipótesis en juego: las de la obligación, prohibición o permisión legislativa de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal ponderación coadyuvará a establecer entonces, si las parejas del mismo sexo tienen o no el derecho fundamental a que el legislador instituya (haga posible y regule) para ellas el matrimonio.²⁹

Así, a criterio de la Corte:

... la afectación que podría causarse a los principios de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, si se rechazara la señalada hipótesis de la prohibición, sería claramente menor al quebrantamiento de los derechos a la protección de las familias y al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia).³⁰

Como se ve, el razonamiento estuvo orientado por un juicio de reflexión valorativa fundado en la idea del juicio de ponderación constitucional como herramienta argumental, en donde, a criterio de la Corte, una eventual afectación a la democracia tendría una gravedad mayor, si se considera que “la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica, que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación”.³¹ Dicho razonamiento, sumado a un criterio de favorabilidad de los derechos fundamentales y de los propios parámetros contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde lo convencional

29 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 33.

30 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 54.

31 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 74.

se vuelve constitucional,³² reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio.

En efecto, los jueces constitucionales, en su voto de mayoría, conscientes de la crítica contramayoritaria que aqueja a la revisión judicial, concluyeron que la Constitución ecuatoriana permite el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio, con la consecuente obligación del legislador democrático de instituirlo en el sistema jurídico. Empero, a pesar del exhorto judicial de la Corte en su sentencia –sin haber fijado un límite de tiempo– para que se regule el matrimonio igualitario en la esfera legislativa, el Parlamento no ha procedido a desplegar una discusión sobre el tema, quizá por cálculo político, con lo que desatiende el encargo constitucional y desdibuja el valor epistémico del proceso democrático en manos del legislador. Ello explica, entre otras razones, la posibilidad de que la Corte haya asumido un papel protagónico en el caso. Al final del fallo y su voto mayoritario, el órgano de control declaró, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucionalidad (*erga omnes*), la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de algunos fragmentos de los artículos consultados.

Por otro lado, el voto salvado o disidente, expresado por cuatro jueces de la Corte Constitucional, reiteró los argumentos expuestos en el caso 11-18-CN/19, en donde se justificó que la problemática puesta en conocimiento de la Corte no se encasillaba en un tema de consulta de norma. De hecho, el voto salvado denunció lo que consideró como uso y abuso de la interpretación constitucional por parte del voto de mayoría, en una suerte de “ilusionismo constitucional”, “interpretación *ad infinitum*” y de “mutación arbitraria” del texto fundamental.³³

En contra de cualquier criterio que terminase por socavar los valores democráticos del Estado constitucional, los jueces de minoría arremetieron contra las razones ideológicas y políticas que subyacen al voto de mayoría; más aún, al tratarse de normas concretas y específicas, como la regla constitucional contenida en la disposición del artículo 67 de la Constitución, en donde no cabe ningún juicio de ponderación, al ser este último un método argumentativo reservado exclusivamente para normas tipo principio, con un alto grado de indeterminación, lo cual no estaba presente en el caso

32 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 77.

33 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 10-18-CN/19. Caso 10-18-CN, 13 de junio de 2019, párrs. 2, 3.

concreto. Expresamente, los jueces de minoría señalaron que “el método de ponderación no cabe frente a la controversia que deviene de la presente consulta de norma, pues el matrimonio, tal y como está previsto en la Norma Fundamental, no admite otra lectura ni se trata de un principio”.³⁴

De esa manera, el criterio y razonamiento contenido en el voto de minoría descansa en la más fiel interpretación literal y deferente para con la voluntad del constituyente originario, advirtiendo que una interpretación sistemática, teleológica o finalista solo es posible en tanto y en cuanto exista duda sobre el alcance interpretativo de la disposición en cuestión, en una suerte de descarte de los métodos de interpretación contenidos en el texto fundamental.³⁵ De hecho, si lo que se pretende es alterar el significado objetivo de la disposición, habría que acudir –en palabras del voto de minoría de la Corte– a los mecanismos institucionales de la reforma constitucional. Solamente de esa forma se respetaría la voluntad constituyente sin alterar el sentido original del texto fundamental. Adicionalmente, algo que destaca en el voto de minoría es el valor que dichos jueces otorgaron a la Opinión Consultiva 24/17, como un medio auxiliar y guía interpretativa, más no vinculante, para la Corte y los Estados interamericanos.³⁶

Finalmente, en lo que se relaciona con un voto concurrente que se presentó dentro del mismo caso, destaca el argumento relacionado con las características del control de constitucionalidad tratándose de normas abiertamente contrarias a la Constitución. Con un criterio interesante, el juez responsable del voto concurrente ratificó que, más allá de que la Corte Constitucional anterior³⁷ hubiera definido que en el Ecuador existe un modelo de control concentrado de constitucionalidad –en la medida en que el órgano de control conserva la última palabra frente a la duda razonable o, incluso, en caso de existir certeza respecto de una incompatibilidad normativa en los casos que se juzga–, los jueces comunes u ordinarios, como garantes del pacto constitucional, pueden aplicar de forma directa la Constitución y, correlativamente, inaplicar de forma directa aquellas normas abiertamente contrarias al texto fundamental.

34 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 61.

35 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 10-18-CN/19, párr. 6.

36 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 10-18-CN/19, párrs. 79, 88, 85.

37 La Corte Constitucional actual asumió el ejercicio de su función en febrero del 2019.

Esta argumentación, que descansa en el principio de fuerza vinculante y aplicación directa de la Constitución, contenida en el voto concurrente, ha servido para modificar lo que hasta el momento se ha entendido como modelo de control de constitucionalidad concentrado para el caso de consulta de norma y, de esa manera, tanto para abrir caminos hacia nuevas interpretaciones y modelos del control que actualmente ha desplegado la Corte Constitucional en materia de incompatibilidades normativas como para empoderar a los jueces ordinarios frente a normas que consideran contrarias a la norma fundamental.³⁸

Sentencia 11-18-CN/19 sobre el matrimonio igualitario en Ecuador

El caso 11-18-CN tiene su origen, al igual que el anterior, en el contexto de una consulta de constitucionalidad dentro de un proceso de garantía jurisdiccional de acción de protección. En este caso, el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, previo a resolver sobre la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la protección a la familia y a la seguridad jurídica de los señores E.S.A. y R.B.T, proponentes de la demanda constitucional, suspendió el trámite de la causa y, con fundamento en el artículo 428 de la Constitución de la República, remitió la consulta a la Corte Constitucional a fin de resolver si la OC-24/17, que establece derechos más favorables para las parejas del mismo sexo, es constitucional, sin que medie una reforma previa del artículo 67 de la Constitución de la República.

El debate en la Corte Constitucional se centró en esclarecer si la OC-24/17 expedida por la Corte IDH constituye un instrumento internacional de derechos humanos de aplicación directa e inmediata en el Ecuador, así como en clarificar su aparente contradicción con el artículo 67 de la carta constitucional. Es decir, a diferencia del caso 10-18-CN, el presente proceso no versó sobre la duda de constitucionalidad de normativa infraconstitucional relativa a la institución matrimonial, sino sobre la aplicabilidad de la opinión consultiva de la Corte IDH en el orden interno del Estado.

38 Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1116-13-EP/20. Voto Concurrente. Caso No. 1116-13-EP, 18 de noviembre de 2020.

Argumentos, votos y decisión de la Corte Constitucional

El argumento de la Corte en su voto de mayoría partió de algunas consideraciones previas en torno a la situación de las personas con identidad sexo-genérica diversa. Los jueces constitucionales advirtieron desde un primer momento, en su decisión, “algunos hechos que merecen ser destacados como premisa para considerar los argumentos jurídicos sobre la constitucionalidad del matrimonio igualitario”.³⁹ Así, se refirieron al porcentaje de personas con identidad sexo-genérica diversa en el país, el índice de violencia y los tratos discriminatorios de los que han sido víctimas,⁴⁰ y orientaron el *iter* argumental de su decisión al ámbito de la protección de los derechos.

Cuestión central para la Corte en este caso fue revisar la naturaleza y relevancia de los instrumentos internacionales que hacen parte del sistema jurídico ecuatoriano, así como resaltar el valor de la OC-24/17, a tono con la idea del bloque de constitucionalidad, puesto que, en casos anteriores, la propia Corte había reconocido y aplicado estos instrumentos internacionales de protección de manera directa, inmediata y preferente. Así la Corte indicó:

... la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos.⁴¹

39 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario). Caso 11-18-CN, 12 de junio de 2019, párr. 13.

40 En este caso, la referencia estadística de los jueces en su fallo fue que, de acuerdo con el estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGTBI en el Ecuador, publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en 2013, el 66,7% del colectivo LGTBI se encontraba entre 20 y 34 años; “de la población encuestada, el 27,3% señaló haber experimentado actos de violencia, de las cuales el 94,1% manifestó haber sufrido gritos, insultos, amenazas y burlas”. INEC, “Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGTBI en el Ecuador”. INEC: Quito, 2013.

41 Una referencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP, 12 de junio de 2019, p. 58.

Del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario contenido en la interpretación desarrollada a lo largo de la OC-24/17 y su incorporación directa en el sistema jurídico ecuatoriano, la Corte se internó en la discusión que nació de la aparente tensión entre la disposición del artículo 67 de la Constitución de la República, la opinión consultiva y demás normativa infraconstitucional. A partir de la regulación constitucional sobre el matrimonio y los diferentes tipos de familia reconocidos por el constituyente ecuatoriano en la norma fundamental, la Corte realizó un ejercicio interpretativo a fin de determinar el alcance y extensión del derecho constitucional al matrimonio.

Con un criterio de interpretación literal del texto constitucional, las parejas homosexuales no tendrían derecho al acceso de la institución matrimonial. No obstante, como ha resaltado la Corte, en un Estado constitucional de derechos, que cuenta con una dimensión material de Constitución, “la ley posibilita al juzgador a recurrir a otros métodos de interpretación si considera que el resultado de la interpretación restrictiva podría vulnerar derechos y arribar a un resultado injusto”.⁴² Consecuentemente, en aplicación del método de interpretación sistemática, que se mira como el opuesto de una interpretación literalista, la Corte se encaminó a determinar si la norma que establece el matrimonio exclusivamente para parejas heterosexuales es contraria al principio de igualdad y si ello implica un trato diferenciado injustificable entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales.

Con ese cometido, la Corte argumentó la necesidad de someter a un estricto escrutinio de constitucionalidad la anulación del ejercicio del derecho al matrimonio para las parejas del mismo sexo,⁴³ para lo cual aplicó el test de proporcionalidad en cada uno sus componentes: fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. Su intención con este razonamiento fue contraponer la idea del matrimonio entre un hombre y una mujer *versus* la exclusión del matrimonio para parejas del mismo sexo. En relación con el fin constitucionalmente válido, el órgano de control se refirió a los fines extralegales que justifican la exclusión de parejas del mismo sexo al matrimonio por razones relativas

42 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), párr. 70.

43 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), párr. 87.

a las convicciones morales y religiosas, y descartó la existencia de un criterio relevante a la luz de la Constitución que fundamentase la exclusión del matrimonio igualitario. Pese a que esta razón era suficiente para considerar que la interpretación restrictiva del artículo 67 era inconstitucional, el órgano de control continuó con el test de proporcionalidad para someter al escrutinio de idoneidad y necesidad la exclusividad del matrimonio para parejas de distinto sexo.

Nuevamente, al igual que lo que sucedió en el caso 10-18-CN/19, en ejercicio de un juicio de ponderación como método argumental, la Corte analizó “si es que el reconocimiento exclusivo del matrimonio entre personas heterosexuales (un sujeto de derechos), podría afectar o afecta a los derechos de las parejas del mismo sexo (otro sujeto de derechos)”.⁴⁴ Dicha tarea supuso someter a un balance de razones el derecho al matrimonio entre un hombre y una mujer y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. El resultado de este juego de equilibrios fue evidente y, a criterio de la Corte, el derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales no se vería afectado o restringido con la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por otro lado, el voto de mayoría, como mecanismo de justificación de su decisión, recurrió al principio de interpretación más favorable de los derechos y a la idea del bloque de constitucionalidad y calificó la contradicción entre la OC-24/17 y la Constitución como un falso dilema a resolver. Además, se refirió a la interpretación evolutiva y a los textos normativos como instrumentos vivos que, anclados al principio de progresividad, permiten que el contenido de los derechos pueda tener eco en todos los ámbitos: legislativo, administrativo y judicial.⁴⁵

Tras alcanzar la conclusión de la complementariedad entre la norma constitucional y la interpretación de la CADH contenida en la OC-24/17, la Corte sostuvo que, entre las autoridades obligadas a adecuar el sistema jurídico a los estándares internacionales a los derechos fundamentales, se encuentra el poder legislativo, pero también la propia Corte, con lo cual el órgano de control no podía ser indiferente en el marco de la protección. En efecto, la Corte sostuvo que “el rol de adecuar la Opinión Consultiva

44 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), párr. 119.

45 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), párr. 164.

OC24/17, por estas consideraciones y en ejercicio de sus competencias, le corresponde a la Corte Constitucional que, al conocer esta consulta de norma, no puede ser indiferente y no puede perpetuar una exclusión y discriminación que está prohibida por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos”.⁴⁶ En su decisión, el voto de mayoría fue concluyente en afirmar que la OC-24/17 forma parte del bloque de constitucionalidad y que no existe contradicción alguna entre el texto constitucional y el texto convencional, sino una suerte de complementariedad, razón por la cual no resulta necesario una reforma de carácter constitucional.

Por su parte, el voto de minoría, concordante con el voto salvado del caso 10-18-CN, objetó el ejercicio interpretativo y argumentativo de la decisión mayoritaria y denunció que “el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente”.⁴⁷ Calificó como forzada la interpretación del voto mayoritario por desconocer la literalidad de la norma constitucional y contravenir la integralidad del texto constitucional. Remarcó que la OC-24/17 no constituye un instrumento internacional y que la Corte no puede, “bajo pretexto de orientar la tarea jurisdiccional, actuar en consulta de norma atendiendo a aspectos ajenos a la naturaleza jurídica de esta herramienta”.⁴⁸

Como se ve, hubo al respecto dos posiciones claras dentro de la Corte fundadas en criterios diferentes que dan sentido a una concepción de la Constitución, sus métodos y herramientas argumentales, en la que basan decisiones y que incorpora criterios a favor y en contra de las decisiones adoptadas. Por ejemplo, la reacción conservadora no se hizo esperar y ha pretendido actualmente guiar una nueva discusión con miras a obtener una pronunciamiento popular luego de la decisión adoptada.

Conclusiones y lecciones aprendidas

Si bien el problema de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria, asociado a una idea de activismo judicial, ha supuesto un profuso

46 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), párr. 216.

47 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 11-18-CN/19. Caso 11-18-CN, 12 de junio de 2019, párr. 4.

48 Corte Constitucional del Ecuador. Voto Salvado, Sentencia No. 11-18-CN/19. Caso 11-18-CN, 12 de junio de 2019, párr. 31.

debate en otros contextos, la discusión para el caso ecuatoriano no parece haber penetrado fuertemente, a pesar de contar con un texto constitucional extenso y con un guardián de la norma fundamental que detenta la última palabra. Varias podrían ser las explicaciones al respecto: deferencia funcional del órgano de control respecto del órgano controlado; escasos niveles de independencia judicial, contextos de hiperpresidencialismo y desequilibrio fuerte de las funciones del Estado, etcétera. Sin embargo, casos de especial discusión que han sido resueltos por la Corte Constitucional, tal como sucede con el caso del matrimonio civil igualitario, han encendido nuevamente las alarmas sobre los límites de actuación del órgano de control en relación con los otros órganos que detentan credenciales democráticas dentro del Estado.

Como se ha evidenciado en los dos casos de consulta de norma que dieron lugar al matrimonio civil igualitario en Ecuador, existen posiciones encontradas –ajustadas, incluso, en términos numéricos de decisión dentro de la Corte (5 votos contra 4)– ligadas a una visión de la Constitución y unas determinadas teorías de la interpretación constitucional que se relacionan con un activismo progresista, no siempre bien justificado, a través de un juicio de ponderación y una autorrestricción del órgano judicial. Así, en los casos resueltos y sus respectivos votos de mayoría (11-18-CN y 10-18-CN), la línea central de argumentación de la Corte estuvo marcada por el reconocimiento material del derecho de un grupo históricamente discriminado, recurriendo a técnicas de argumentación, como el juicio de ponderación constitucional –discutible en términos de su implementación práctica para el caso concreto–, a un canon de interpretación evolutiva, sistemática e integral del texto constitucional, así como a una idea de bloque de constitucionalidad y de complementariedad del sistema constitucional e internacional de los derechos humanos, en una suerte de entendimiento de la Constitución como texto vivo, con la que se denuncia el carácter limitado y formal de la interpretación literal, siempre insuficiente en materia de derechos fundamentales. De hecho, el sistema internacional de los derechos humanos, su alcance e instrumentos han sido centrales respecto de la decisión adoptada por la Corte sobre el matrimonio igualitario.

De su lado, las decisiones contenidas en los votos salvados o disidentes, al evidenciar la contradicción y debilidad de los argumentos de los votos de mayoría, fueron mucho más críticas de lo que consideran un activismo judicial injustificado, más cercano a la arbitrariedad judicial y a una idea de mutación arbitraria –según el voto salvado– por parte de su intérprete,

y rescataron la literalidad del texto constitucional y su claridad normativa, como herramienta más fiel de interpretación y deferencia para con el constituyente originario que no termine por socavar la bases mismas del Estado constitucional democrático, al punto de convertir el poder de interpretación de la Corte en un poder de reforma camuflada.⁴⁹ Solamente de forma superficial el voto concurrente, en el caso 11-18-CN/19, advirtió de los peligros de un activismo judicial –y también del activismo administrativo–, cuando se violan las competencias materiales de cada órgano para aplicar de forma directa e inmediata el texto constitucional.⁵⁰

A pesar de que el reconocimiento del matrimonio igualitario en Ecuador es una muestra de un activismo judicial progresista, en un contexto institucional en el que el órgano democrático por excelencia (Parlamento) no ha desplegado todo su valor epistémico frente a las cuestiones de mayor importancia, al punto de no haber iniciado ningún debate legislativo, tal como fuera dispuesto mediante exhorto por parte de la Corte Constitucional, las críticas no han desaparecido respecto de estas muestras de protagonismo judicial, cuando lo que está en entredicho es el sentido original de la voluntad constituyente. Así, el verdadero problema de un activismo judicial y de una autorrestricción judicial para el caso ecuatoriano se advierte en torno a dos cuestiones: i) respecto de las cargas de justificación y estrategias de argumentación e interpretación que ha utilizado la Corte para fundamentar sus decisiones y ii) en el especial rol institucional que cumple el órgano de control dentro del sistema constitucional.

En efecto, la justificación y los argumentos que la Corte adopta en sus decisiones deben ser controlables y aceptables para todo el auditorio al que están dirigidas y deben ser capaces de alcanzar legitimidad por parte del órgano de revisión judicial en una democracia. Por otro lado, dado el lugar que ocupa la Corte en el diseño constitucional, no solo debe aportar razones públicas, válidas y suficientes a la discusión, allí donde existen desacuerdos razonables, sino que, con la virtud de la prudencia que debe caracterizar su accionar, el órgano de cierre dentro del sistema (Corte

49 Sobre los límites de la interpretación de la Corte y una denuncia a una reforma de la Constitución vía interpretación en el caso de las decisiones de matrimonio igualitario puede verse, Benjamín Marcheco Acuña. “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional (Comentarios críticos a las sentencias sobre el matrimonio igualitario en Ecuador)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119 (2020): 185-205.

50 Véase el voto concurrente del caso 11-18-CN/19, párr. 14.

Constitucional) tiene que contribuir sustancialmente a una construcción cooperativa del significado constitucional⁵¹ y dotar de sentido y contenido a una Constitución que, por su amplitud, como sucede en el caso ecuatoriano, contiene como defecto y propia virtud varias cláusulas constitucionales en términos más abstractos o concretos, que invitan a un debate y discusión robusta en contextos plurales.

En la medida en que la deferencia de la Corte para con el legislador termine por convertirse en un nuevo espacio de discusión más extendida, con participación social activa de todos los interesados en la deliberación, se habrá cumplido, al menos en parte, con la función institucional asignada al órgano de control.⁵² De lo contrario, incluso el activismo más progresista y el aporte que significa la decisión judicial en el camino de la construcción de los derechos solo servirá para acentuar la crítica que pesa sobre la cabeza de los más altos tribunales, dando pie a reacciones conservadoras y evidenciando un desgaste apresurado de su legitimidad, toda vez que el argumento de la última palabra no es suficiente en una democracia.

Referencias

- Aragón Reyes, Manuel. “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1987): 15-52.
- Aragón Reyes, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Benavides, Jorge y Jhoel Escudero. “Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador”. *Revista de Derecho del Estado*, núm. 47 (2020): 145-175.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. Londres: Yale University Press, 1986.
- Blanco Valdés, Roberto. *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Barcelona: Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

51 Roberto Gargarella. “Simposio ‘El aborto legal en América Latina’”. Parte IV: “Intervención en el proceso de constitucionalidad que busca la despenalización del aborto en Colombia (Primera Parte)”. IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en Español, 28 de enero de 2021.

52 Sebastián López Hidalgo y Alexandra Correa Vázquez. “Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 26 (2020): 334.

- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bolonia: Clueb, 2010.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4 ed. Madrid: Civitas, 2006.
- Gargarella, Roberto. “Simposio ‘El aborto legal en América Latina’”. Parte IV: “Intervención en el proceso de constitucionalidad que busca la despenalización del aborto en Colombia (Primera Parte)”. IberI-CONnect. El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en Español, 28 de enero de 2021. <https://www.ibericonnect.blog/2021/01/simposio-el-aborto-legal-en-america-latina-parte-iv-intervencion-en-el-proceso-de-constitucionalidad-que-busca-la-despenalizacion-del-aborto-en-colombia/>
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- INEC - Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Ecuador. “Estudio de caso sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador”. Quito: INEC, 2013. https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Analisis_situacion_LGBTI.pdf
- López Hidalgo, Sebastián y Alexandra Correa Vázquez. “Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 26 (2020): 315-338.
- López Hidalgo, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Marcheco Acuña, Benjamín. “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional (Comentarios críticos a las sentencias sobre el matrimonio igualitario en Ecuador)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119 (2020): 185-205.
- Martí, José Luis. *La república deliberativa*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Orunesu, Claudia, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez. “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional”. En *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*. México: Fontamara, 2005.

Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.

Rubio Llorente, Francisco. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

Saba, Roberto. “La elusiva frontera entre la justicia y la política”. En Roberto Niembro y Sergio Verdugo (eds.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / ICON-S, 2019.

Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Fuentes normativas

Código Civil de la República del Ecuador. *Registro Oficial*, núm. 46, Quito, 24 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador de 2008. *Registro Oficial*, núm. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. *Registro Oficial*, núm. 52, Quito, 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles. *Registro Oficial*, núm. 684, Quito, 4 de febrero de 2016.

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1116-13-EP/20 Voto Concurrente. Caso No. 1116-13-EP, 18 de noviembre de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP, 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso No. 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo), 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso 11-18-CN (Matrimonio igualitario), 12 de junio de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17, 2017.

El matrimonio igualitario en la Suprema Corte de México: protección de derechos en una Corte no activista

MÉXICO

Francisca Pou Giménez*

Las sentencias mexicanas sobre matrimonio igualitario son representativas de la “manera de estar”, política y jurídica, de la Suprema Corte mexicana. Su análisis nos permitirá adentrarnos en las dinámicas de decisión de una Corte atípica en la región, que administra una Constitución también atípica, pues tiene más de cien años y ha sido masivamente reformada hasta adquirir su actual forma de aglomerado de “capas”.¹ Como veremos, cualquiera que sea la definición de activismo que adoptemos, la Suprema Corte mexicana resulta ser poco activista o no activista en absoluto. En el ámbito que nos ocupa, la Suprema Corte ha dado protección al matrimonio igualitario aprobado por el poder legislativo de la Ciudad de México, ha protegido a personas individuales frente a la discriminación en que incurrían las normas de los códigos estatales que definen el matrimonio en

* Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesora de asignatura en el ITAM. pougimenez@yahoo.es. Agradezco a Bernardo Cantú su excelente apoyo de investigación durante la elaboración de este capítulo y a Alex Alí Méndez Díaz su disposición a revisar el contenido de los Anexos (cualquier error es de mi entera responsabilidad).

1 Sobre los efectos del hiperreformismo en el texto constitucional, véanse: Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés. “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio introductorio”. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*. México: IJ-UNAM, 2016; Francisca Pou Giménez y Andrea Pozas-Loyo. “The paradox of Mexican hyper-reformism: Enabling peaceful transition while blocking democratic consolidation”. En Richard Albert, Carlos Bernal Pulido y Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional change and transformation in Latin America*. Oxford-Chicago: Hart, 2019; Francisca Pou Giménez, “Constitucionalismo nuevo, viejo y desatado: el caso de México”. En Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Universidad EAFIT, 2016.

términos excluyentes y ha invalidado algunas de ellas con efectos generales en vía de acción de inconstitucionalidad (AI). Pero lo ha hecho siguiendo un patrón gradual de varios pasos, que la perfila en una posición intermedia: por un lado, no niega a las personas una protección que la Constitución claramente les concede –lo cual hubiera sido un ejercicio de activismo conservador– y adopta una posición que, aunque no es claro si es o no mayoritaria en el país, es poco controvertida socialmente y armónica con los desarrollos comparados e interamericanos; pero, por el otro, rodea su “intervención” de elementos que amortiguan el impacto disruptivo (y con ello también, quizá, la eficacia social) de sus pronunciamientos.

Aunque el debate académico mexicano no ha prestado mucha atención al tema del activismo judicial, sí que ha subrayado extensamente el cambio de posición del poder judicial (y, en particular, de la Suprema Corte) en el sistema político, y en el contexto de esos desarrollos se dan muchos elementos que ayudan a descifrar el quehacer de la Corte cuando se analiza atendiendo al eje activismo/pasividad. Por eso en la sección que sigue nos referiremos a ellos, antes de enfocarnos, ante la falta de una discusión específica sobre el punto en México, en aproximaciones conceptuales al activismo que se han propuesto en otros países de la región. Sobre esa base emprenderemos la descripción del litigio mexicano en materia de matrimonio igualitario. Con posterioridad, exploraremos el papel de la sociedad civil, el tema de la eficacia social de las sentencias y las contra-reacciones a ellas, para concluir con unas reflexiones más generales acerca de las enseñanzas que deja este importante episodio de judicialización.

El peso de la historia en el quehacer de la Suprema Corte

En los últimos quince años, al compás de la salida de esta rama del poder de la marginación política, los estudios sobre el poder judicial en México se han multiplicado.² La mayoría de ellos se centra en la Suprema Corte,

2 Véanse, por ejemplo: Julio Ríos-Figueroa y Gretchen Helmke (eds.), *Los tribunales constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011 [*Courts in Latin America*. Cambridge University Press, 2011]; Julio Ríos-Figueroa. “Socio-legal studies on Mexico”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, núm. 1 (2012): 307-321; Héctor Fix-Fierro. *El poder del poder judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. México: IJ-UNAM, 2020; Saúl López Noriega y Andrea Castagnola (eds.). *Judicial politics in Mexico: The Supreme Court and the transition to democracy*. Nueva York: Routledge, 2017; César Astudillo Reyes. *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional*. México: Tirant lo Blanch, 2018.

no en la totalidad del poder judicial (federal o estatal).³ Los que analizan su evolución desde la perspectiva histórica nos proporcionan elementos de enorme valía para entender mejor cómo se posiciona la institución frente al cumplimiento de sus responsabilidades contemporáneas.

Aunque la Suprema Corte jugó un papel importante en varios momentos relevantes del siglo XIX –por ejemplo, en los años posteriores a su fundación, en 1824, en un contexto de inestabilidad y reemplazo constitucional frecuente, o tras la aprobación de la Constitución de 1857, que establecía un sistema de elección indirecta de los ministros y preveía que el presidente de la Corte fungiera como sustituto del presidente de la república cuando este faltara–, durante largos periodos su lugar en el sistema político fue marginal.⁴ Algunos de los factores que la literatura especializada menciona al tratar de explicar esto último son personales, otros son políticos y otros tienen que ver con elementos de diseño institucional que todavía surten efectos en el momento actual.

Parece haber consenso, por ejemplo, en reconocer la importancia que tuvo en el siglo XIX la postura “despolitizante” de Ignacio Vallarta para que la Corte entrara a una etapa de relativa pasividad que dio estabilidad a la institución, pero que al mismo tiempo abrió la puerta, lógicamente, a una ejecución tersa y fluida del programa político porfirista.⁵ Pero, como destaca Héctor Fix-Fierro, el desempeño de la Corte ha estado también profundamente influido por un particular giro político-doctrinal: la admisión, a partir de 1869, de la posibilidad de interponer el amparo contra sentencias judiciales, al adoptarse el criterio según el cual el principio de legalidad mencionado en los artículos 14 y 16 garantiza una adecuada interpretación

3 Sobre el poder judicial o el sistema de justicia constitucional en los estados, véanse, por ejemplo, Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). *La justicia constitucional en las entidades federativas*. México: Porrúa, 2006; César Astudillo Reyes. “La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 39, núm. 115 (2006); Manuel González Oropeza (coord.), *La justicia constitucional en las Entidades Federativas. Memoria de la Cuarta Mesa Redonda*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

4 Sobre el nada desestimable papel de la Suprema Corte en los periodos de alta inestabilidad de principios y mediados del siglo XIX, véase Pablo Mijangos y González. *Historia mínima de la Suprema Corte*. México: El Colegio de México, 2019, pp. 23-76.

5 Fix-Fierro, *El poder del poder judicial*, pp. 236-238. También, Mijangos, *Historia mínima de la Suprema Corte*, pp. 77-102

y aplicación de la legalidad ordinaria.⁶ Este giro tuvo consecuencias enormes a varios niveles: primero, supuso una radical centralización del sistema constitucional, puesto que la Suprema Corte (y, con posterioridad, los Tribunales Colegiados de Circuito, creados en 1951) quedó erigida en revisora ordinaria y permanente de las resoluciones judiciales emitidas por los tribunales de los estados; segundo, inundó la Corte de trabajo, lo cual le dio poco margen e incentivos para implicarse en la resolución de temas políticamente complejos; y tercero, la llevó a convertirse en una alta Corte de legalidad, no de constitucionalidad.⁷ A estos factores pueden asociarse maneras de hacer de la Corte que, más de cien años después, siguen marcando su desempeño actual, como la existencia de doctrinas sobre improcedencia del amparo que operan como una auténtica máquina de desechar asuntos (algo que ha sido históricamente necesario para controlar el rezago) o la persistencia hasta hace poco de un entendimiento “legal” de la Constitución, que la deja en gran medida inerte frente al actuar del poder político.

A estos factores, que no resultaron alterados en lo sustancial por la Constitución revolucionaria de 1917,⁸ se unieron algún tiempo después las limitaciones políticas propias de un contexto de partido hegemónico. En un famoso estudio sobre la Corte, José Ramón Cossío llama “estatista” el periodo que se extiende entre 1940 y 1994.⁹ La actitud de deferencia

6 Mijangos, , *Historia mínima de la Suprema Corte*, p. 92; Fix-Fierro, *El poder del poder judicial*, p. 238.

7 Fix-Fierro, *El poder del poder judicial*, pp. 238-242. A este giro y sus enormes consecuencias se refieren obras conocidas en el ámbito académico mexicano, empezando por el análisis fundacional de Emilio Rabasa. *El artículo 14. Estudio constitucional*. México: Porrúa, 1993 [1906], cuyo capítulo III se titulaba “La imposible tarea de la Corte”. Véanse también, entre muchos otros, Lucio Cabrera Acevedo. *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*. T. I. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1997, pp. 443 y ss.; Julio Bustillos. *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*. México: Unam-Porrúa, 2008; Héctor Fix-Fierro. “El amparo judicial y la ‘imposible tarea’ del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el Centenario de la Constitución de Querétaro”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (eds.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*. México: IJ-UNAM, 2017.

8 José Ramón Cossío Díaz. *Sistemas y modelos de control de constitucionalidad en México*. México: IJ UNAM. 2013, p. 75.

9 Cossío distingue entre los periodos “constitutivo” (1917-1927), liberal (1928-1934), socialista (entre 1934 y 1940) y estatista (1940-1994). José Ramón Cossío Díaz. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. Coyoacán: Ediciones Coyoacán, 2002.

generalizada frente a los poderes políticos se tradujo en un estilo de interpretación “minimalista” en virtud del cual la Corte dejó de desarrollar conceptos generales y pasó a basarse en criterios cada vez más estrechos, en cuyo contexto la referencia a la “voluntad del legislador” concedió márgenes de actuación amplios y cómodos al poder político.¹⁰

A medida que el país fue recuperando paulatinamente la pluralidad política a partir de los años noventa, el poder judicial, con la Suprema Corte a la cabeza, recuperó espacio político y funcional.¹¹ Un paso crucial en esta evolución fue la aprobación de la reforma constitucional de 1994, que, además de cambiar el número de ministros (magistrados) y forzar la casi total renovación de sus integrantes, dio a la Corte áreas nuevas de competencia que cambiaron el modelo histórico de justicia constitucional. Si desde mediados del siglo XIX el único medio de control constitucional en México había sido el juicio de amparo,¹² que podría llevar a la inaplicación de normas en el caso concreto, la reforma del 1994 creó una vía de control abstracto que permite invalidar normas con efectos generales (la acción de inconstitucionalidad) y reformó una vía ya existente en la Constitución de 1917, pero en desuso (la controversia constitucional), poniéndola al servicio de la resolución de conflictos horizontales y verticales de competencia.¹³ Además, en el ámbito de sus competencias de amparo, se instaló la idea de que había que convertir a la Corte en un “verdadero tribunal constitucional”, lo cual se tradujo en una mayor delegación o transferencia de la resolución de los recursos, en vía de amparo, a los tribunales federales inferiores.¹⁴

10 Cossío, *La teoría constitucional*, pp. 116-117. Véase también José Ramón Cossío Díaz, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara, 1998.

11 Julio Ríos Figueroa y Andrea Pozas-Loyo. “Las transformaciones del rol de la Suprema Corte”. En Andrea Castagnola y Saúl López Noriega (eds.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*. México: Tirant lo Blanch, 2016.

12 La creación del amparo fue algo revolucionario en el momento histórico en que se produjo, pero, por las razones que hemos mencionado, no representaba una instancia de jurisdicción constitucional fuerte a finales del siglo XX. Sobre la evolución de los sistemas de control de constitucionalidad en México, véase Cossío, *Sistemas y modelos*.

13 José Ramón Cossío Díaz. *La controversia constitucional*. México: Porrúa, 2008.

14 Cossío, *Sistemas y modelos*, pp. 136 y ss. Sobre el amplísimo menú competencial de la Corte, véase Francisca Pou Giménez. “Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte”. En Andrea Castagnola y Saúl López Noriega (eds.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*. México: Tirant lo Blanch, 2016.

A partir de este momento, la Corte fue liderando lo que Héctor Fix-Fierro ha llamado la “transición jurídica” mexicana,¹⁵ pero se trata de un proceso extremadamente gradual, lento y poderosamente influido por factores institucionales y culturales que, como hemos visto, encuentran sus raíces en el siglo XIX. Como han destacado los analistas, durante más de una década la Corte tuvo un desempeño aceptable en materia de resolución de conflictos territoriales o verticales de poder, pero muy modesto en materia de servicio a los ciudadanos y protección de sus derechos.¹⁶ El análisis académico enfocado en su desempeño entre 1995 y 2010 se centró fundamentalmente en trazar el enfrentamiento entre dos grandes aproximaciones al derecho y a las funciones de la Corte: los formalistas tradicionales y los “interpretativistas”.¹⁷ Es indudable que en el transcurso de estos años la Corte se abrió a la ciudadanía de varias maneras, aparecieron nuevos temas y se pusieron las bases de muchas doctrinas de constitucionalidad. Sin embargo, sea por el efecto de los contrapesos internos entre ministros con distintas orientaciones, sea por las limitaciones impuestas por las vías procesales de acceso a la Corte —y, en particular, las del amparo—, sea por el modo en que la institución ha ido construyendo su posición en el sistema político, no hay ninguna percepción o debate en torno al activismo en las evaluaciones de la Corte de estos años.¹⁸

15 Fix-Fierro, *El poder del poder judicial*, pp. 1-2.

16 Ana Laura Magaloni. “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*. México: IJ-UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.

17 Arianna Sánchez, Beatriz Magaloni y Erik Magar. “Legalistas vs interpretivistas: la Suprema Corte y la transición democrática en México”. En Helmke y Ríos-Figueroa, *Los tribunales constitucionales en América Latina*, pp. 317-370. Sobre los grandes cambios en la cultura jurídica predominante en América Latina en las últimas décadas, véase Rachel Sieder, Alejandra Hunneus y Javier Couso (eds.). *Cultures of Legality: Judicialization and judicial activism in Latin America*. Cambridge University Press, 2010.

18 Véanse, por ejemplo: Alejandro Madrazo Lajous y Estefanía Vela Barba. “The Mexican Supreme Court (Sexual) Revolution?”. *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7 (2012): pp. 1890-1893, donde se destaca el carácter esquizofrénico de la jurisprudencia de esos años, marcada por un choque de pasado *vs.* futuro y activismo *vs.* minimalismo en cuestión de derechos; Karina Ansolabehere. “More power, more rights? The Supreme Court and Society in Mexico”. En Sieder, Hunneus y Couso, *Cultures of Legality*, p. 105, donde se destaca la heterogeneidad de su discurso en cuanto a protección de derechos, a veces garantista y a veces restrictivo; Josafat Cortez Salinas. *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pendiente). México: IJ-UNAM, 2020.

El marco de referencia de esta discusión quedó alterado con la aprobación, en junio de 2011, de la reforma constitucional de derechos humanos.¹⁹ Los contenidos de esta reforma —en especial los nuevos contenidos del artículo 1, que pone a los derechos de los tratados al mismo nivel que los de la Constitución y consagra expresamente, entre otros extremos, las obligaciones estatales respecto de los derechos y el principio *pro persona*— son tan potentes que el más “literalista” y formalista de los jueces se vería obligado a decidir de modo distinto tras su aprobación. La reforma de derechos humanos llegó acompañada de una reforma constitucional al juicio de amparo muchísimo más modesta, a la que siguió en 2013 una reforma a la Ley de Amparo que tampoco alcanzó a modificar la arquitectura básica de la figura, aunque abrió ventanas que permiten una judicialización un poco más amplia (como la representada por la adición del “interés legítimo” al “interés jurídico” en el rubro de afectaciones que permiten interponer el juicio, la admisión del amparo contra omisiones o el amparo colectivo).²⁰ En el contexto de una Constitución que es ahora más heterogénea que nunca, llena de capas normativas dispares, en la Suprema Corte se han dado discusiones que muestran las muy diferentes visiones que tienen los ministros sobre lo que la Constitución a fin de cuentas ordena —sobre los mensajes constitucionales que deben prevalecer, dada la superposición de la reforma de derechos humanos a otras vetas menos progresistas de normatividad constitucional—. ²¹

En cualquier caso, es claro que, en los últimos años y en el nuevo marco, la Suprema Corte ha avanzado hacia resoluciones que se mueven en una tesitura distinta. Hay un cuerpo de jurisprudencia constitucional

19 Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: IJ-UNAM, 2011.

20 Rubén Sánchez Gil y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. 3 ed. México: IJ-UNAM / Porrúa / IMDPC, 2013; Francisca Pou Giménez. “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos ¿ni tan nuevo ni tan protector?”. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2014, pp. 91-103.

21 Sobre el contraste de posiciones dentro del Pleno acerca de la posición constitucional del derecho internacional y acerca del lugar de las fuentes de derechos humanos, véanse Francisca Pou Giménez y Alejandro Rodiles. “Mexico”. En Fulvio Maria Palombino (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law v. National Fundamental Principles*. Cambridge University Press, 2019, pp. 234-254; Fernando Silva García. “Derechos humanos y restricciones constitucionales, ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la CT 293/2011 del Pleno de la SCJN)”. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 30 (2014): 251-272.

mucho más denso, cuyo análisis académico apenas está iniciando.²² Hay una “judicialización” más amplia y más variada y hay más protección de derechos. ¿Pero es ello fruto del “activismo” judicial o el efecto mínimo de un nuevo derecho positivo constitucional que naturalmente multiplica las posibilidades de judicialización y su intensidad potencial? No hay una discusión académica sobre activismo en México y no hay un debate público instalado en esa dirección. ¿Es ello anómalo?, ¿debería haberlos?, ¿qué debemos entender exactamente por activismo?

Tres conceptos de activismo

Ante la ausencia de una discusión teórica específica sobre el concepto de activismo en México, resulta útil traer a colación lo que han sostenido algunos autores brasileños en un contexto político y académico donde el tema sí ha sido central. En una contribución esclarecedora, Virgilio Afonso da Silva destaca que existen al menos dos conceptos ampliamente usados de activismo. El primero se mueve en el plano de la *interpretación* y asocia el activismo a “una divergencia entre el contenido de las decisiones judiciales y el significado del texto constitucional”; un tribunal es activista en este sentido, apunta, “cuando de alguna manera sus decisiones no pueden identificarse con una interpretación razonable de la Constitución”.²³

Como destaca Da Silva, la concepción interpretativa es común tanto entre abogadx como entre politólogos —y quienes se especializan en comportamiento judicial la dan por sentada cuando distinguen entre el modelo legal y el actitudinal—,²⁴ pero descansa en premisas complejas, como la de que es posible diferenciar interpretaciones razonables de irrazonables y, más en general, el “derecho” de las apreciaciones subjetivas de los jueces.²⁵ El conocimiento jurídico contemporáneo se construye ciertamente sobre la base del entendimiento de que el derecho es un producto social que se

22 Para una muestra de la densidad de nuevos criterios en un área del ordenamiento, véanse: Ana María Ibarra Olguín y Nicolás Espejo Yatzik (eds.). *La constitucionalización del derecho de familia*. México: SCJN-CEC, 2019; además de las compilaciones anuales de criterios destacados de la Suprema Corte y las contribuciones de Alfonso Herrera García sobre criterios jurisprudenciales destacados en “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en el 2020”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, núm. 2 (2021): 607-620.

23 Virgilio Afonso da Silva. *The Constitution of Brazil*. Oxford-Chicago: Hart, 2019, p. 130.

24 Da Silva, *The Constitution of Brazil*.

25 Da Silva, *The Constitution of Brazil*.

articula en un lenguaje natural pleno de indeterminaciones, hecho frente al cual existen posiciones distintas en cuanto a cómo y de qué manera deben los jueces otorgar significado a la Constitución. Prácticamente la totalidad de constitucionalistas destacan la naturaleza creativa de la interpretación constitucional y el carácter estructural y en absoluto anómalo de que la judicatura se involucre en ella en el marco de una democracia constitucional posmayoritaria.²⁶

Concediendo que es imposible construir un concepto sólido de activismo sobre estas bases, me parece que se podrían todavía trazar algunas distinciones en el plano del estilo interpretativo, contrastando juecxs maximalistas con juecxs minimalistas. Las cortes maximalistas serían aquellas con gusto por el desarrollo extenso del significado de las cláusulas constitucionales, sea o no ello necesario para la resolución del caso concreto, en contraste con las cortes minimalistas, partidarias de leer el derecho positivo en forma de reglas siempre que sea posible y de decidir los casos sobre la base de los argumentos con menos alcance posible, dentro del abanico de los jurídicamente disponibles. Nótese, en todo caso, que se trata de un concepto distinto, que puede empatar o no con el concepto interpretativo de Afonso da Silva, susceptible de ser combinado de varias maneras con los sentidos no interpretativos de activismo que exploraremos a continuación, siendo que, de cualquier modo, hay que evitar pensar que el minimalismo es siempre bueno y el maximalismo siempre malo.²⁷

También me parece que puede ser útil, para la descripción del quehacer de las distintas cortes, distinguir entre las que desplazan la interpretación contenida en los precedentes y las que no. Pero, de nuevo, hay que

26 Roberto Saba. “La elusiva frontera entre la justicia y la política”. En Sergio Verdugo y Roberto Niembro (coords.), *Las Cortes latinoamericanas en tiempos de cambio*. México: SCJN / ICON-S, 2019, pp. 277-371, obra en la que se destacan las muy contrastantes maneras en que politólogos y juristas se acercan al tema del activismo y se apunta que los primeros presuponen una visión no real del derecho y de qué implica interpretarlo y aplicarlo. También Conrado Hübner Mendes. “The Supreme Federal Tribunal of Brazil”. En András Jakab, Arthur Dyevre y Giulio Itzcovich (eds.), *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge University Press, 2017, p. 116, destaca que la discusión sobre activismo judicial no lleva a ningún lado, porque obliga a presuponer cosas anticuadas y absurdas sobre lo que el derecho es. Citado por Da Silva, *The Constitution of Brazil*, p. 130.

27 Para una ilustración persuasiva del modo en que una serie de sentencias minimalistas contribuyeron a la erosión de las garantías constitucionales en el marco de las guerras contra el terrorismo impulsadas por los gobiernos Bush y Obama, véase Owen Fiss. “Contra el minimalismo”. *Una guerra sin igual*. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

tener en cuenta que, ante ciertos cambios del derecho positivo, el cambio de precedentes puede ser obligado y que, por tanto, ello puede no tener nada que ver con el ir “más allá” de lo que la Constitución dice —que sería el rasgo conceptual asociado al activismo en este primer sentido—.

El segundo concepto de activismo que identifica Afonso da Silva se mueve en el plano *institucional* y se relaciona con la división de poderes. En esta acepción, un tribunal es activista cuando contraviene con frecuencia las decisiones de las ramas políticas del poder —cuando declara inconstitucionales e inválidos o inaplicables normas o actos en muchas ocasiones—.²⁸ Da Silva destaca que los juicios de activismo o pasividad en este sentido son empíricos; se puede tener una discusión acerca del número de invalidaciones que son necesarias para llamar a un tribunal activista, pero en todos los casos se tratará de algo que se basa en hechos computables.²⁹

A mi juicio, Víctor Ferreres acoge justo este entendimiento de activismo cuando observa que los tribunales constitucionales europeos tienen un sesgo activista implícito. En la medida en que son órganos que están fuera del poder judicial y han sido creados con la exclusiva función de custodiar la Constitución frente al legislador, se sentirán obligados a ejercer sus poderes de invalidación en un porcentaje significativo de casos para justificar su existencia (su relevancia y necesidad).³⁰ En contraste con ello, en los sistemas de control difuso los jueces tienen un amplio abanico de responsabilidades y pueden construir su legitimidad con base en el ejercicio de sus funciones de control de legalidad —no necesitan “justificar su sueldo” mediante ejercicios de invalidación de leyes—.³¹

De nuevo, es importante señalar las muchas ocasiones en las que se ha recordado hasta qué punto la invalidación de normas legales es algo previsible y deseable en el contexto de una democracia constitucional posmayoritaria. Roberto Saba, por ejemplo, recuerda la crucial distinción entre “política mayoritaria” y “política constitucional”, siendo la segunda el terreno en el cual los tribunales hacen valer el respeto de los procedimientos democráticos y de los derechos fundamentales de personas y grupos,

28 Da Silva, *The Constitution of Brazil*, p. 130.

29 Da Silva, *The Constitution of Brazil*, pp. 130-131.

30 Víctor Ferreres Comella. *Constitutional courts and democratic values: A European perspective*. Yale University Press, 2009, pp. 71-72 y 77-85 [*Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Barcelona: Marcial Pons, 2011].

31 Ferreres, *Constitutional courts and democratic values*, p. 80.

algo que resulta en realidad obligado en un marco de democracia constitucional que pone límites claros al gobierno de las mayorías.³² El juez Luis Roberto Barroso –quien considera que en las democracias contemporáneas la judicatura juega un rol antimayoritario, representativo e incluso, de manera excepcional, iluminista–, por su parte distingue “judicialización” de “activismo” y define el segundo de un modo que combina elementos del plano interpretativo y del plano institucional:

La judicialización, como se demostró anteriormente, es un hecho, una circunstancia del diseño institucional de las democracias contemporáneas. El activismo, por otro lado, es una *actitud*, que elige una forma específica y proactiva de interpretar la Constitución, ampliando su significado y alcance. Por lo general, se instala en situaciones de retracción del poder legislativo, un cierto distanciamiento entre la clase política y la sociedad civil, que evita que ciertas demandas sociales se cumplan efectivamente. O por la necesidad de ciertos avances sociales que no se pueden lograr a través de la política mayoritaria. Lo opuesto al activismo es la *moderación judicial*, la conducta por la cual el Poder Judicial busca reducir su interferencia en las acciones de otros Poderes. La principal diferencia metodológica entre las dos posiciones es que, en principio, el activismo judicial legítimamente ejercido busca obtener el máximo potencial del texto constitucional, incluyendo y especialmente construyendo reglas específicas de conducta a partir de declaraciones imprecisas (principios y conceptos legales indeterminados). A su vez, el autocontrol se caracteriza precisamente por hacer más espacio para la acción de los poderes públicos, teniendo como nota fundamental la fuerte deferencia a sus acciones y omisiones. (Énfasis en el original)³³

En todo caso, este autor insta a encontrar una palabra sin la carga negativa implícita que casi siempre tiene la palabra “activismo” para designar esta manera de proceder, cuando sea “virtuosa y humanista”.³⁴

Afonso da Silva propone operar con un tercer concepto de activismo: “según este concepto, el activismo significa la asunción de poderes que no están concedidos con claridad a la judicatura”.³⁵ Según este autor, este

32 Roberto Saba, “La elusiva frontera”, pp. 286-293.

33 Luis Roberto Barroso. “Contramayoritario, representativo e iluminista: Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas”. En Verdugo y Niembro, *Las Cortes latinoamericanas en tiempos de cambio*, pp. 13-14.

34 Barroso. “Contramayoritario, representativo e iluminista”, p. 14.

35 Da Silva, *The Constitution of Brazil*, p. 131.

concepto tiene una dimensión interpretativa, en la medida en que saber si cierto poder ha sido o no concedido a una corte es algo sujeto a interpretación, pero tiene también evidentes consecuencias institucionales, dada la manera en que impacta en la repartición del poder público.³⁶ Da Silva enumera siete competencias que el Supremo Tribunal Federal ha ejercido sin que exista una previsión de la Constitución que lo anuncie y justifique con claridad.³⁷ Aunque este autor no da una etiqueta a este entendimiento de activismo, para distinguirlo de los anteriores aquí lo llamaré “competencial”.

En lo que sigue sostendré que las decisiones de Suprema Corte de México en materia de matrimonio igualitario no permiten considerarla un tribunal activista en ninguno de los sentidos explorados. En la primera sentencia sobre el tema, el Pleno de la Corte se limita a confirmar la validez del matrimonio igualitario sancionado por el legislador de la Ciudad de México sobre bases constitucionales poco controvertidas, sin incurrir en activismo interpretativo, institucional o competencial. En los tres primeros amparos de la saga Oaxaca, la Primera Sala declara la inconstitucionalidad de la normativa sobre las mismas premisas que la primera sentencia y su decisión se traduce en un resolutivo de “interpretación conforme” extremadamente deferente con el legislador, no en una declaración de invalidez. En el cuarto amparo de la saga, la Sala aplica criterios de legitimación relativamente novedosos y desarrolla argumentos de igualdad más robustos, pero en caso alguno se trata de desarrollos *ad hoc*, sin antecedentes en su jurisprudencia, o fuera de los límites de lo que permite el marco legal, y la declaración de inconstitucionalidad se acompaña de un resolutivo que limita su impacto en la división de poderes, sin dar tampoco fundamentos para un calificativo de activismo. En tercer lugar, en junio de 2015 la Sala emite un conjunto de tesis de jurisprudencia que recogen los criterios

36 Da Silva, *The Constitution of Brazil*, p. 131.

37 Según Da Silva, el Supremo Tribunal Federal se ha autoatribuido al menos los siguientes poderes: ejercer control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, bloquear las deliberaciones del Congreso respecto de propuestas de reforma constitucional, tener la última palabra sobre el nombramiento de puestos políticos, como los ministros del gabinete; mantener las decisiones provisionales individuales y colectivas de los integrantes del tribunal en vigor durante largos periodos de tiempo —aun si ello tiene efectos consumados—, incluso en las hipótesis en que hubiera sido necesario adoptar una decisión plenaria, limitar la legitimación para presentar acciones de inconstitucionalidad, desconocer inmunidades parlamentarias siempre que la opinión pública parezca pedirlo y decidir no decidir cuando le apetece no hacerlo. Da Silva, *The Constitution of Brazil*, p. 132.

vertidos tanto en la saga Oaxaca como en otras sentencias centradas en la legislación de otros estados. Y aunque una de ellas contiene un calificativo de inconstitucionalidad de cualquier normativa que en el contexto del marco competencial de la Corte en principio sorprende, veremos que se trata de un recurso usado con anterioridad en el ámbito del amparo fiscal y que se relaciona con un importante debate sobre la arquitectura de la Constitución mexicana de los derechos generado por aspectos no resueltos en su texto, al que la Corte entendiblemente no puede ser ajena. Finalmente, el Pleno respalda los criterios y argumentos adoptados por la Primera Sala al resolver en 2016 una acción abstracta de inconstitucionalidad contra la definición excluyente del matrimonio en el estado de Jalisco sobre la base de una argumentación y un resolutive minimalistas en comparación con los contenidos en los amparos, sin que tampoco haya visos de activismo.

Las sentencias mexicanas sobre el matrimonio igualitario

Para analizar con mayor detalle la jurisprudencia la Corte mexicana sobre matrimonio igualitario la agruparemos en cuatro categorías: una sentencia de Pleno en acción de inconstitucionalidad contra una norma que acoge el matrimonio igualitario; cuatro sentencias de amparo de la Primera Sala sobre la legislación de Oaxaca; un conjunto de tesis de jurisprudencia de la Primera Sala que reflejan los criterios adoptados en los amparos de Oaxaca y otros estados; y una acción de inconstitucionalidad de Pleno sobre la definición excluyente del matrimonio en Jalisco, que encontrará eco en otras acciones de inconstitucionalidad posteriores.

Antecedentes

La primera ocasión en que la Suprema Corte se acercó al tema de la identidad y la orientación sexual fue al resolver el Amparo Directo Civil 6/2008, fallado por el Pleno el 6 de enero de 2009.³⁸ El amparo había sido interpuesto por una persona que se había sometido a una operación de reasignación sexo-genérica y solicitaba la emisión de una nueva acta de nacimiento, petición que el Registro Civil le denegaba. La justicia ordinaria hizo lugar

38 Amparo Directo Civil 6/2008, 9 de enero de 2009. Pleno. Ponente: Sergio Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. Esta expone muchos detalles interesantes sobre el caso en Laura García Velasco. “La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Acción de inconstitucionalidad 2/2010)”. En Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México: IJ-UNAM, 2017, pp. 1-20.

a su demanda de que se cambiara el nombre y el sexo en el acta, pero mediante una anotación marginal, no mediante la anotación reservada y la emisión de una nueva acta con los nuevos datos —como se permitía en caso de reconocimiento de hijos extramatrimoniales y en casos de adopción—.

La peticionaria de amparo denunció que el régimen de modificación y rectificación de actas del código civil de la ciudad violaba en su perjuicio los derechos a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, la vida privada y la salud³⁹ y la Suprema Corte estuvo de acuerdo, añadiendo además la violación del derecho a la propia imagen y, en particular, el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, el cual, según la Corte,

... comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.⁴⁰

El gran avance operado por este caso es, sin duda, la construcción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que la Corte fundamenta en la mención a la dignidad humana en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1 y apoya en la garantía de otros derechos, en diálogo con el derecho comparado.⁴¹ Aunque se trata de una innovación no textualista importante y de algún modo sorprendente en una Corte como la mexicana, la sentencia es extremadamente minimalista en otros sentidos, puesto que no otorga el amparo contra las normas legales denunciadas —a las que considera justificadas por razones de seguridad jurídica, orden público y protección de derechos de terceros—, sino solo contra el modo en que fueron aplicadas en la sentencia. Según la Corte, la primera instancia judicial debía haber reaccionado distinto ante lo que debía verse como una “omisión” de la norma:

39 García, “La primera legislación sobre matrimonio igualitario”, p. 58.

40 García, “La primera legislación sobre matrimonio igualitario”, p. 86.

41 La Corte sostiene que el libre desarrollo se deriva de la dignidad humana (p. 90), pero que se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a identidad personal (p. 89), que comprende, “entre otros, el derecho a la identidad sexual y a la identidad de género” (p. 3), y habla también de cómo están destinados a la protección de la vida privada” (p. 3). También se apoya en los desarrollos ocurridos en una amplia gama de países de Europa y América Latina (pp. 90-96).

“ante la existencia de una laguna legal [el problema], es, precisamente, la falta de búsqueda de una respuesta en algún principio general de derecho que hubiera permitido resolver con lisura la pretensión del accionante”.⁴² Otro gesto de “modestia” institucional se vincula al hecho de que la sentencia menciona la normativa reformada que, en el tiempo transcurrido entre la interposición del amparo y su llegada a la Corte, el legislador de la ciudad había aprobado, previendo expresamente la emisión de una nueva acta para las personas transexuales. De hecho, la Corte otorga el amparo para que el juez civil, “en aplicación de un principio general de derecho”, resuelva el caso bajo la normativa recién aprobada.⁴³ De varios modos, por tanto, la Corte se cuida de compatibilizar la protección de los derechos en juego con el máximo grado de preservación de la obra legislativa: ampara contra la aplicación de la ley, cuando hubiera podido perfectamente amparar contra la ley misma, declarando inconstitucional su contenido, y además otorga expresamente relevancia al hecho de que el legislador, con posterioridad al inicio del litigio, haya avanzado en la misma dirección que la decisión que está adoptando.

Desde la perspectiva que nos interesa, esta sentencia es de enorme relevancia, porque da visibilidad por primera vez a la categoría de la identidad sexual y porque, de pasada, se refiere también a la importancia de la orientación sexual y la vivencia libre de la sexualidad como realidades protegidas constitucionalmente.⁴⁴ La sentencia sienta bases importantes en que la Corte se apoyará al momento de resolver al año siguiente la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Otro antecedente sin duda importante de las sentencias de matrimonio igualitario se halla en la incipiente línea jurisprudencial sobre igualdad y no discriminación que la Primera Sala estaba construyendo entre 2005 y 2010. Se trata de sentencias que aplican escrutinios de proporcionalidad a las diferenciaciones legislativas y subrayan la necesidad de someter a un escrutinio especialmente cuidadoso aquellas normas o actos que se apoyen en las categorías expresamente mencionadas en el artículo 1, entre las que se encuentran las “preferencias sexuales”, el género y

42 García, “La primera legislación sobre matrimonio igualitario”, p. 100.

43 García, “La primera legislación sobre matrimonio igualitario”, pp. 113, 115.

44 García, “La primera legislación sobre matrimonio igualitario”, pp. 89-90.

“cualquier otra que atente contra la dignidad humana”.⁴⁵ Estas resoluciones son importantes por cuanto habían dado a la Corte alguna experiencia en el escrutinio de distinciones legislativas mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

La acción de inconstitucionalidad 2/2010 sobre el matrimonio igualitario en el Distrito Federal

El primer pronunciamiento sobre matrimonio igualitario es la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, fallada en agosto de 2010.⁴⁶ La demanda fue interpuesta por el procurador general de la república contra los artículos del Código Civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) que definían el matrimonio como la unión libre de dos personas y que indirectamente permitían la adopción de menores (puesto que la norma de adopción la permite a las personas unidas en matrimonio). El procurador consideró que este cambio normativo contravenía el artículo 4, primer párrafo, de la Constitución Federal, según el cual “el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. A su juicio, todos los métodos de interpretación conducían a la necesidad de vincular la segunda frase de ese precepto con la mención al varón y a la mujer en la primera, y a concluir que, con independencia de que existieran otras formas o modalidades de familia, la protección jurídica ofrecida por la institución del matrimonio debía quedar reservada a las uniones de hombres con mujeres.⁴⁷ El procurador señalaba que no había una “justificación objetiva” para la emisión de la normativa nueva, porque las parejas distintas a las formadas por un hombre y una mujer tenían a su disposición la figura de la sociedad de convivencia.⁴⁸ El procurador denunció también violación del interés superior del menor y de los principios de legalidad y seguridad jurídicas, en conexión con las prerrogativas de

45 Véase Francisca Pou Giménez. “Veinte años de jurisprudencia constitucional sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte”. En Ana María Ibarra Olgún, *Discriminación. Piezas para armar*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, apartado 2.

46 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010. Ponente: Sergio Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. La votación sobre el asunto central de la definición del matrimonio fue de nueve votos a favor y dos en contra.

47 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 93-99.

48 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 50.

los estados, que se verían obligados a reconocer la eficacia de esas nuevas uniones en sus jurisdicciones.⁴⁹

En congruencia con el planteamiento, la Corte centraba la mayor parte de la argumentación en delimitar el alcance del artículo 4 y la posición de la familia en la Constitución. Y lo que señala, en esencia, es la necesidad de interpretar que la familia constitucionalmente protegida es la familia en toda su variedad sociológica contemporánea, sin que haya nada en el artículo 4 que permita concluir que la protección que el matrimonio ofrece esté reservada a las familias articuladas en el matrimonio entre un hombre y una mujer.⁵⁰ A juicio de la Corte, la normativa aprobada está dentro del “ámbito de libre configuración normativa” del legislador de la Ciudad.⁵¹ A pesar del carácter aparentemente determinante de este argumento, la Corte aborda también el argumento sobre la “falta de justificación objetiva” de la legislación aprobada, lo que la lleva a analizar su “razonabilidad” y le permite abrir la argumentación hacia el terreno del reconocimiento de la identidad sexual y la orientación sexual de las personas.⁵² Con buen criterio, la Corte estima que no procede aplicar un escrutinio estricto a una norma que amplía derechos,⁵³ recuerda lo dicho en el Amparo Civil 6/2008 sobre cómo la identidad y la orientación sexual se vinculan con

49 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 141-151.

50 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 234-256.

51 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 258.

52 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 258: “si bien se ha dejado sentado que la Constitución no se opone a una medida legislativa como la que ahora se impugna, encuadrándose, por ende, en la libertad de configuración normativa del legislador que, en todo caso, se encuentra sólo acotada por la propia Norma Fundamental; al alegarse por el accionante que podría haber otras figuras que alcanzaran el fin pretendido por el legislador, o bien, que no se generaba discriminación alguna con la prohibición de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo previo a la reforma legal combatida, máxime la existencia del reconocimiento para éstas de las sociedades de convivencia, se hace necesario efectuar este análisis de razonabilidad, aun cuando ya se concluyó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no vulnera la Norma Fundamental”.

53 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 224: “partiendo de las particularidades de la norma general impugnada, debemos verificar su razonabilidad bajo las siguientes interrogantes esenciales: i) si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y ii) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual, el cual estará entonces no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente”.

el libre desarrollo de la personalidad⁵⁴ y sobre esa base destruye el argumento del procurador que señalaba que la “igualación” de las parejas del mismo y de distinto sexo en el acceso al matrimonio era inconstitucional, pues considera que la Asamblea de la ciudad puede perfectamente ejercer sus competencias legislativas en materia de matrimonio en un sentido que promueve la eficacia del artículo 1.⁵⁵ Con esta postura, transita con éxito un terreno intermedio: ya que afirma que lo realizado por la Asamblea es plenamente congruente con el trato constitucional que merecen los integrantes de las parejas del mismo sexo, tanto por motivos relacionados con la no discriminación como por elementos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad —que es el encuadre central de la sentencia—, pero se abstiene de especificar que la normativa estatal que no contemple el matrimonio igualitario es inconstitucional. Por lo demás, la Corte observa que el artículo 121 de la Constitución, al obligar a los Estados a dar eficacia a los actos jurídicos de otros, otorga los medios para que la nueva normativa no genere problema alguno en la interacción jurídica.⁵⁶

Respecto del argumento de los derechos de lxs niñxs, la Corte es inequívoca: aunque en el contexto de la adopción sus derechos prevalecen siempre frente al interés del posible adoptante, no hay nada en la orientación sexual de una persona o pareja que “lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que, el sólo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo, afecta el interés superior del menor”.⁵⁷ La Corte subraya que cualquier razonamiento o exclusión “categorial” en ese sentido sería discriminatoria⁵⁸ y que lo único exigible es que el sistema de adopciones se base en procedimientos de evaluación de idoneidad. La Corte destaca que, en realidad, lo que podría dejar a lxs niñxs desprotegidos es excluir de la posibilidad de adoptar a las uniones del mismo sexo.⁵⁹

54 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 263-270.

55 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 276.

56 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 278-307.

57 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, § 314.

58 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 315-318.

59 Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, §§ 321, 322. La Corte contesta incluso el argumento de que sería contrario al interés de los menores por la discriminación social de que serían objeto en una sociedad homofóbica: al Estado le corresponde tomar medidas para que ello no

La saga Oaxaca

El segundo episodio de la judicialización del matrimonio igualitario, y seguramente el principal, son los cuatro amparos que denominaré la “saga Oaxaca”, resueltos por la Primera Sala, en cuyo contexto un conjunto coordinado de litigantes cuestionó la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, según el cual “el matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”. Por los argumentos y por la respuesta que la Suprema Corte les da, los amparos pueden dividirse en dos grupos: por un lado, Oaxaca I, II y III⁶⁰ y, por el otro, Oaxaca IV.⁶¹

Los argumentos de las demandas en Oaxaca I, II y III enfatizaban que la definición del matrimonio en el código estatal violaba la protección a la familia (art. 4) en los términos sentados en la AI 2/2010 y articulaban este argumento con una denuncia de discriminación a las personas en lo individual y a las parejas en su condición de núcleo familiar (art. 1):

La titularidad de este derecho [a no ser discriminado] corresponde a las personas en lo individual y a las parejas en la medida en que forman un núcleo familiar, de conformidad con lo establecido por la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Así, las quejas no sólo tienen el derecho a ser tratadas en pie de igualdad en relación con las personas heterosexuales, sino también tienen derecho a no ser discriminadas en la medida en que conforman una familia homoparental.⁶²

ocurra y haya reconocimiento y protección para cualquier familia que exista; en ningún caso puede ser una base válida para excluir (§ 329).

60 Amparo en Revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta; Amparo en Revisión 457/2012, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz. Amparo en Revisión 567/2012, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez.

61 Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. Los mismos argumentos se encuentran en el Amparo en Revisión 263/2014, sobre la legislación de Sinaloa, 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

62 AR 581/2012, p. 8.

En ejercicio de su libertad configurativa, alegaban, el legislador podía materializar esa protección mediante la creación de una figura a la que pudieran acceder las parejas homosexuales y heterosexuales o una figura jurídica específica para cada tipo de pareja que respetara el principio de igualdad y no discriminación.⁶³ Dado que en Oaxaca se había omitido hacerlo, añadían, resultaba “legítima la exigencia de que se permitiera a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio, ya que es la única figura que otorga reconocimiento a la familia que se contempla en la legislación del Estado de Oaxaca”.⁶⁴

El argumento, por tanto, estaba centrado en la protección de las familias formadas por personas homosexuales (extremo que había resultado central en el único precedente existente) y solicitaba que esa protección fuera igualitaria. Al resolver el caso, la Corte daba la vuelta a la relación entre el artículo 4 y el artículo 1, concediendo a este último el lugar principal. Para la Corte, el análisis jurídico debe determinar, para empezar, si la norma cuestionada distingue a las personas por razón de orientación sexual, caso en el cual correspondería someterla a un escrutinio de razonabilidad estricto.⁶⁵ Y concluye que sí, porque, a pesar de que directamente la norma no menciona la categoría, indirectamente veda el matrimonio para un conjunto de personas que está indisputablemente marcado por la orientación sexual de sus miembros.⁶⁶ A partir de ahí, y conforme con la metodología establecida para los casos de escrutinio estricto, la Corte examina si la norma tiene un objetivo imperioso y si los medios utilizados son adecuados y necesarios para su consecución o existen alternativas menos gravosas. A su entender, uno de los objetivos de la norma (“la perpetuación de la especie”) es abiertamente incompatible con la carta magna y no puede servir de apoyo a su constitucionalidad.⁶⁷ Por tanto, el objetivo de la norma debe vincularse con la protección de la familia (art. 4) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 1), que son finalidades expresamente acogidas por la Constitución y por consiguiente imperiosas.⁶⁸

63 AR 581/2012, p. 11.

64 AR 581/2012, p. 12

65 AR 581/2012, p. 32; AR 457/2012, §§ 94-95; AR 567/2012, pp. 21-23.

66 AR 581/2012, pp. 32-33; AR 457/2012, §§ 98-99; AR 567/2012, p. 24.

67 AR 581/2012, pp. 37-38; AR 457/2012, §§ 112-114; AR 567/2012, pp. 33-35.

68 AR 457/2012, § 123; AR 567/2012, p. 41. El AR 581/2012 no incluye el análisis considerando el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte no aprecia, sin embargo, que exista conexión directa entre esas finalidades y la limitación del matrimonio a las parejas formadas por personas de distinto sexo: no existe relación de adecuación, subraya la Corte, y en el camino se excluye a las parejas homosexuales de un importante conjunto de beneficios expresivos, económicos y sociales de variado tipo, asociados al matrimonio.⁶⁹ La argumentación de la Corte sobre estos puntos se refiere a las dinámicas de prejuicio y apunta la analogía entre el régimen matrimonial analizado y el régimen de segregación racial que estuvo vigente durante tantas décadas en Estados Unidos, señalando que la creación de figuras legales distintas al matrimonio para dar cobijo a las uniones entre personas homosexuales equivale a una especie de régimen de “separados pero iguales” que resulta intrínsecamente discriminatorio. En un movimiento forzado y extremadamente minimalista, sin embargo, la Corte declara inconstitucional la parte que se refiere a que el fin del matrimonio es la perpetuación de la especie, pero decide emitir un resolutive de “interpretación conforme” del artículo 143, para el efecto de que la referencia a la unión entre un hombre y una mujer se lea como una referencia a una unión entre dos personas.⁷⁰

En Oaxaca IV, la novedad era que el amparo había sido interpuesto por parejas del mismo sexo que *no querían casarse*. Ello abrió una primera discusión relacionada con si era posible reconocerles legitimación en juicio. La Corte la resolvió explicándose, en los términos desarrollados en muchos criterios anteriores, respecto del tipo de afectación requerida por el concepto de “interés legítimo”, adicionado por la reforma constitucional de 2011 al tradicional “interés jurídico” con la idea de ampliar el abanico de pretensiones accionables, y recuperando una distinción clásica del amparo contra leyes mexicanas: la distinción entre normas autoaplicativas, que afectan la esfera de las personas y violan derechos por su sola vigencia, y heteroaplicativas, que necesitan un acto de aplicación para operar esa afectación.⁷¹ La Sala entonces elabora con detalle el argumento en relación con el mensaje estigmatizante proyectado por el artículo 143 del Código de Oaxaca, que genera una violación a la Constitución, la cual se da por

69 AR 581/2012, pp. 37-42; AR 457/2012, §§ 123-128; AR 567/2012, pp. 41-45.

70 AR 581/2012, p. 54; AR 457/2012, §§ 142-144; AR 567/2012, p. 51.

71 AR 152/2013, §§ 63-70.

la mera vigencia de la norma, con independencia de si las ciertas personas solicitan o no casarse ante un registro civil.⁷²

En su análisis sobre no discriminación, Oaxaca IV contiene los mismos desarrollos sobre las implicaciones del derecho a la igualdad que había utilizado en los amparos anteriores, de nuevo se refiere a los muchos beneficios de que se ven privadas las personas que no pueden acceder al matrimonio y acaba con una mención final a la ciudadanía de segunda clase.⁷³ La Corte señala, además, que por la propia naturaleza de los argumentos que sustentan la sentencia (basados en los mensajes estigmatizantes y excluyentes que divulga la mera vigencia de las normas) no es posible arribar a una solución de “interpretación conforme” y declara el artículo inválido e inaplicable.⁷⁴

Las tesis del 2015 sobre inconstitucionalidad de legislación análoga

Con posterioridad a los amparos de la saga Oaxaca, la Corte siguió resolviendo asuntos y declarando la inconstitucionalidad de normas de los estados de Sinaloa, México, Colima o Baja California que definían el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, a veces denunciadas como autoaplicativas, y otras como heteroaplicativas, después de que el Registro Civil rechazara a los peticionarios sobre su base.

72 AR 152/2013, §§ 110-120. La Corte cita como antecedentes: sus criterios sobre el establecimiento de impuestos especiales para vehicular un mensaje orientado a cumplir el mandato constitucional de combatir el alcoholismo [Tesis: 1a./J. 57/2006 (9a.); un criterio antiguo que no consideró problemática la legislación de Sonora que prohibía el matrimonio entre mexicanxs y chinxs (Amp. adm. en rev. 1848/29, de 6 de diciembre de 1932, 5a. Época. Tesis Reg 362659)]; criterios sobre impugnabilidad por autoaplicatividad, desde su entrada en vigor, de legislación de protección de no fumadores [Tesis: P. LXIV/2011 (9a.) o de sanidad fitopecuaria (AR 8426/63, 18 de junio de 1968, 6a. Época. Tesis Reg. 257529)]; un criterio sobre la estigmatización generada por el discurso homófobo, calificado en su momento de daño jurídicamente relevante que es actual y real (AR 2806/2012); dos casos de organismos internacionales (María Eugenia Morales de Sierra *vs.* Guatemala, de la CIDH, y Toonen *v.* Australia, del Comité de Derechos Humanos de la ONU), y Trasavaal Coal Owners Association *v.* Board of Control; Gool *v.* Minister of Justice de la Corte Constituconal de Sudáfrica). Sobre la discriminación asociada a mensajes estigmatizantes en México, véanse: Ana Micaela Alterio. “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*, pp. 131-162; Francisca Pou Giménez. “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”. *Discusiones*, vol. 16, núm. 1 (2015): 147-188.

73 AR 152/2013, § 187.

74 AR 152/2013, §§ 206-209.

Siguiendo una regla que existe en el país desde que se creó la institución de la jurisprudencia,⁷⁵ la Sala emitió algunas tesis “aisladas” (sin fuerza vinculante para los tribunales inferiores) tras el dictado de los primeros amparos y, cuando hubo cinco precedentes ininterrumpidos, emitió un conjunto de tesis de jurisprudencia (vinculantes). Las tesis son la 1a./J. 43/2015: “Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”; la 1a./J. 45/2015: “Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal”; la 1a./J. 46/2015 (10a.): “Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo”; y la 1a./J. (10a) 47/2015 “Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar”.⁷⁶

Las tesis, que citan de precedente casos sobre la legislación de Oaxaca, Baja California, Colima, Sinaloa y Estado de México, tienen de particular que están redactadas en términos abstractos y con alcance nacional. En especial la 43, que dispone que cualquier normativa que defina el matrimonio entre un hombre y una mujer o con el fin de perpetuar la especie es inconstitucional, y la 47, que refleja una tesis muy amplia sobre discriminación (la de que nunca que puede ser remediada mediante interpretación conforme), que sin duda hay que proyectar en el contexto de los casos decididos, donde el mensaje normativo era estigmatizante, pues no se puede descartar que existan casos en que ciertas discriminaciones sí puedan ser remediadas mediante una interpretación conforme. Para dar cuenta de ellas es necesario traer a colación una práctica que ha sido muy poco estudiada: la práctica de la Suprema Corte de emitir jurisprudencia “genérica” o “temática”, que es la que alberga criterios sobre contenidos

75 Las primeras reglas sobre obligatoriedad para los tribunales inferiores respecto de los criterios reiterados en “cinco ejecutorias uniformes” se encuentran en la Ley de Amparo de 1882, fruto del trabajo del influyente jurista Ignacio Vallarta, aunque desde 1869 se había dispuesto que las sentencias de la Suprema Corte tenían que publicarse (lo cual llevó a la creación del Semanario Judicial de la Federación). Véase Mijangos, *Historia mínima de la Suprema Corte*, *supra*, pp. 88-89.

76 De los mismos precedentes se extrae meses después la Tesis 1a./J. 86/2015 (10a.), “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que impiden esta posibilidad, provocan una doble discriminación, al privar a las parejas homosexuales de los beneficios materiales y expresivos que se obtienen con dicha institución”.

constitucionales cuya fuerza normativa no necesita ajuste en el caso concreto —que rigen siempre—.⁷⁷ Es claro que se trata de una herramienta con muchas aristas. Por un lado, en un país marcado por un mínimo grado de acceso a la justicia, la limitación de los efectos del amparo a las partes y la relativa escasez de impugnaciones en la vía abstracta en defensa de los derechos pueden hacer mucho en términos de multiplicación de la eficacia social de los criterios de la Corte. Pero, por otro lado, casan mal con los presupuestos analíticos y procesales de los que emergen los criterios de la Corte y se prestan a errores: sobre la base de lo decidido en algunos casos se extraen tesis generales que se aplican siempre que surja cierto tema. En cualquier caso, en una práctica que surgió en el contexto de la resolución de casos fiscales, pero se ha extendido a otros ámbitos, tanto la Primera como la Segunda Sala recurren a ella y, como apuntaré más adelante, se articulan con un debate enormemente importante y actual acerca del papel y el lugar que deben ocupar los derechos fundamentales en México.

La Acción de Inconstitucionalidad 28/2015 sobre el matrimonio en Jalisco

El 26 de enero de 2016 el Pleno de la Corte resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra el artículo 260 del Código Civil de Jalisco, que definía el matrimonio

77 Aunque la práctica de emitir jurisprudencia temática se remonta largos años atrás, las tesis que mejor precisan su naturaleza y funcionamiento son más recientes: Tesis 2a. CXVI-II/2016 (10a) “Jurisprudencia temática. Los artículos 94 de la constitución política de los estados unidos mexicanos y 215 al 226 de la ley de amparo no la prohíben”, derivada de la CT 174/2016, según la cual “la jurisprudencia es temática cuando se advierte que el tema interpretado es previsible que esté presente en otras disposiciones estatales o federales diversas, por lo cual, en acatamiento al artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Federal, es conveniente que para brindar seguridad jurídica en forma inmediata al resto del orden jurídico, se genere un criterio que abarque el mayor número de casos que en un futuro se presenten, tomando en cuenta, además, que los artículos 94, párrafo décimo, constitucional y 215 al 226 de la Ley de Amparo, no prohíben la emisión de criterios de mayor cobertura respecto de los casos que los originaron”. También la Tesis 2a./J. 98/2019 (10a.): “Revisión en amparo indirecto. Los tribunales colegiados de circuito están facultados para determinar la aplicación analógica de una jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación o si tiene el carácter de temática o genérica en uso de su competencia delegada (abandono de las tesis 2a. CIII/2009, 2a. CXCVI/2007 y 2a. CLXX/2007)” y la Tesis 2a./J. 112/2019 (10a.): “Revisión en amparo indirecto. Los tribunales colegiados de circuito deben verificar si existe jurisprudencia aplicable que resuelva la materia de constitucionalidad que actualice su competencia delegada, previo a declararse legalmente incompetentes (derivada de los mismos precedentes que la anterior)”.

como la unión entre un hombre y una mujer.⁷⁸ La Comisión lo impugnó en ocasión de una reforma que alteraba la edad mínima para casarse. A su juicio, al reformar la legislación estatal el artículo citado, dejando intocada la parte que definía el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, estaba certificando la vigencia de una normativa contraria al artículo 1 (dignidad, libre desarrollo de la personalidad y no discriminación) y al artículo 4 (protección igualitaria de las familias), en contradirección de lo marcado por las obligaciones estatales respecto de los derechos enunciadas en varios de los párrafos del artículo 1.⁷⁹

El caso era importante, porque fue la primera vez que el Pleno se pronunciaba sobre el tipo de norma que la Primera Sala había declarado inconstitucional una y otra vez (de hecho, existía ya un amparo concedido en Sala contra la normativa de Jalisco impugnada en el caso). El Pleno estuvo fundamentalmente de acuerdo con los argumentos de la comisión accionante. En primer lugar, consideró que se cumplía con la condición de procedibilidad, consistente en que existiera un “acto legislativo nuevo”, pues la reforma había alternado la sustancia normativa del precepto, así que no era meramente formal.⁸⁰ En cuanto a la argumentación de fondo, la sentencia se fundamentó nuevamente en la posición de la dignidad en el artículo 1, de la que emerge el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que a su vez protege “el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre concepción sexual”.⁸¹ En lo dispuesto por el artículo 4, determinó tres previsiones principales: igualdad ante la

78 Datos completos AI 28/2015. Pleno, 26 de enero de 2016. Unanimidad de 11 votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

79 AI 28/2015, § 3.

80 AI 28/2015, §§ 27-36.

81 AI 28/2015, §§ 47-48. Asimismo, este Tribunal Pleno reconoció que es un hecho indiscutible que la naturaleza humana es sumamente compleja, lo cual, en la especie, se representa con uno de los aspectos que la conforman, que es la preferencia sexual de cada individuo la que indudablemente orienta también su proyección de vida, sobre todo, en este caso, la que desee o no tener en común con otra persona, ya sea de diferente o de su mismo sexo. Es, por tanto, la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que como cualquier persona incluye el deseo de tener una

ley, protección de la familia, derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de los hijos. Aunque cita las tesis 43/2015 y 46/2015 de la Primera Sala, la mayor parte de la argumentación está apoyada en lo dicho en sede plenaria en la AI 2/2010, con una extensa referencia a las implicaciones del libre desarrollo y al argumento que vincula igualdad con protección de la familia. La argumentación queda de algún modo sintetizada en el párrafo 66:

De este modo, la porción impugnada del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco es inconstitucional ya que atenta contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homoparentales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo.

La sentencia viene acompañada de cinco votos concurrentes y uno aclaratorio. El voto aclaratorio y uno de los concurrentes discuten el estándar aplicable para determinar si hay un acto legislativo nuevo. Pero el resto de votos van todos en la misma dirección: denuncian que la argumentación de la sentencia es demasiado minimalista y que no se hace eco de los avances experimentados por la jurisprudencia sobre igualdad de la Corte después del año 2011. Los ministros Gutiérrez Ortiz-Mena, Zaldívar Lelo de Larrea, Aguilar Morales y Medina Mora se duelen en particular de que en la sentencia no se refiera ni aplique el escrutinio estricto que tanto la Primera Sala como el Pleno, en una acción de inconstitucionalidad sobre la ley de sociedades de convivencia de Campeche, había declarado preceptivo para los casos en que existe un impacto en términos de orientación sexual,⁸² y de que en la violación a la igualdad se considere en algunos pasajes simplemente implícita. El ministro Gutiérrez también recrimina que la sentencia no haga indicación alguna del modo en que debe leerse la norma para evitar crear un vacío legal.⁸³ El ministro Zaldívar cita un pre-

vida en común con otra persona de igual o distinto sexo o no y que, en modo alguno, deberá limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad.

82 Voto concurrente: Gutiérrez Ortiz Mena, §§ 3 y 8-10. Se trata de la AI 8/2014, de 11 de agosto de 2015. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

83 Voto concurrente: Gutiérrez Ortiz Mena, § 13.

cedente elaborado a partir de la ponencia del mismo ministro que había sido ponente en el caso donde se desarrolla la familia en términos todavía más horizontales e igualitarios⁸⁴ y echa de menos un desarrollo más denso del libre desarrollo de la personalidad en la línea desarrollada por la Primera Sala en una sentencia sobre divorcio sin causa.⁸⁵

Como podemos observar, la principal resolución de Pleno sobre el tema que nos ocupa es, por consiguiente, marcadamente minimalista.⁸⁶ En el voto del ministro Ortiz Mena se hacen unas referencias a la voluntad del ponente de presentar un proyecto en ese estilo para asegurar un voto unánime del Pleno (algo que efectivamente se consiguió). Fueran cuales fueran las motivaciones, se trata de una resolución que confirma en sus términos las tesis básicas de inconstitucionalidad y está apoyada en una argumentación suficiente, pero en modo alguno exuberante.

Con posterioridad, el Pleno ha resuelto cuatro acciones de inconstitucionalidad más y la Primera Sala (y algunxs colegiadxs) ha seguido otorgando amparos frente a legislaciones estatales, y en algunos casos existen precedentes acumulados que permitirían a la Corte hacer declaraciones de invalidez con efectos generales.⁸⁷ Dentro de ese universo, el 28 de septiembre de 2016 resolvió tres amparos que eran distintivos, porque solicitaban el dictado de medidas de reparación como las que suele decretar la Corte IDH: una disculpa pública, revisión de la legislación para eliminar normas discriminatorias para para las personas LGBTI+, cursos de sensibilización para funcionarios, publicación de la sentencia, atención psicológica para los peticionarios y una indemnización económica. La Primera Sala, sin embargo, consideró que estas medidas de reparación no pueden

84 El asunto es el ADR 1905/2012, donde la Primera Sala afirmó que el orden jurídico mexicano ha evolucionado “hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable” (Voto concurrente: Zaldívar, p. 6).

85 Voto concurrente: Zaldívar, pp. 12-13, refiriéndose a la Contradicción de Tesis 73/2014, 25 de febrero de 2015.

86 Las acciones de inconstitucionalidad son la AI 32/2016 (Chiapas), AI 29/2016 (Puebla), AI 29/2018 (Nuevo León) y AI 40/2018 (Aguascalientes) (datos completos en los Anexos I y II).

87 En octubre de 2018 existían ya cinco precedentes del 3^{er} Tribunal Colegiado en Materia Civil de Nuevo León sobre inconstitucionalidad del Código, lo cual llevó a la Corte a abrir un expediente de Declaratoria General de Inconstitucionalidad (3/2017), pero, como primero se resolvió la AI 29/2018, la Declaratoria quedó sin materia.

acordarse por vía de amparo y dejó a salvo el derecho de los quejosos de solicitar algunas de ellas por otras vías.⁸⁸

Por qué no son sentencias activistas

En el ámbito de la *argumentación-interpretación*, la Suprema Corte decide los casos de matrimonio igualitario sobre la base de un trípede constitucional básico: libre desarrollo de la personalidad, en conexión con la dignidad humana mencionada en el párrafo quinto del artículo 1; el principio de igualdad y no discriminación, también proclamado en el citado párrafo; y el mandato de protección a la organización y desarrollo de la familia del artículo 4. Ninguno de estos fundamentos da pie a señalar que la Corte va más allá de lo que razonablemente se puede extraer del derecho positivo vigente.

Empezando por el tercer componente del trípede (mandato de *protección estatal a la familia* del artículo 4), cabe destacar que la Constitución mexicana no menciona el matrimonio ni lo define como unión entre hombre y mujer, de manera que no hay en México ninguna barrera del calibre de la que existe donde ello ocurre. La noción de “protección de la familia” es una base mucho más flexible y –en el contexto de una Constitución generosa en derechos que se fundamenta además en la separación entre la iglesia y el Estado naturalmente– habilita el tipo de interpretación responsable a la diversidad que la Corte desarrolla.⁸⁹ En cuanto al segundo componente, la *no discriminación por identidad y orientación sexual*, tampoco se detectan atisbos de “hipercreación”, habida cuenta de que la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1 incluye una referencia a las “preferencias sexuales” y de que son innumerables los tribunales del mundo que, sobre bases textuales o por analogía, han equiparado a las personas LGBTI+ con los grupos tradicionalmente desaventajados protegidos por los mandatos constitucionales de igualdad –entre ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas resoluciones son vinculantes en México, según los criterios de la Corte, la cual en la sentencia Attala Riffo, meses antes de que se decidiera Oaxaca I, incluyó desarrollos extensos al respecto–.

⁸⁸ Amparo en Revisión 1266/2015, Amparo Indirecto 582/2016 y Amparo Indirecto 207/2016.

⁸⁹ Así lo destaca la tesis P. XXI/2011, de rubro: “La constitución política de los estados unidos mexicanos no alude a dicha institución civil ni refiere un tipo específico de familia, con base en el cual pueda afirmarse que ésta se constituye exclusivamente por el matrimonio entre un hombre y una mujer”, derivada de lo sostenido en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

El primer componente –*libre desarrollo de la personalidad*– podría parecer de entrada el más atrevido, porque no existe una mención específica a esa noción en la Constitución mexicana. Pero el examen de la jurisprudencia de estos años demuestra que no es en modo alguno un desarrollo que la Corte utilice *ad hoc* en los casos de matrimonio igualitario para eventualmente llegar a la conclusión que “le interesa”. La decantación de este derecho, sobre la base de la mención expresa a la dignidad del artículo 1, respecto de la cual es perfectamente legítimo que la Corte trate de señalar consecuencias, va mucho más allá del tema del matrimonio entre personas del mismo sexo y ha dado base a una rica línea jurisprudencial que incluye desde casos sobre consumo lúdico de drogas hasta casos de divorcio incausado o apariencia personal.⁹⁰ La construcción del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre la base textual del artículo 1 le ha permitido a la Corte ordenar y dotar de coherencia un conjunto de protecciones que, debido a la configuración caótica en la que el hiperreformismo ha dejado la Constitución, no hubieran sido fáciles de aplicar de otro modo.

¿Podrían ser las sentencias de matrimonio igualitario consideradas activistas en el plano interpretativo, no por el modo como tratan las bases jurídicas que apoyan la legitimidad de esta institución, sino por olvidar o marginar contenidos constitucionales que apunten en sentido contrario? Tampoco me lo parece. En la acción de inconstitucionalidad contra la legislación de la Ciudad de México, la demanda no obligaba en sentido estricto a ponderar, porque se limitaba a afirmar que la reforma no tenía “motivo” o “razón de ser objetiva”, pero de todos modos la Corte la somete a un escrutinio leve de razonabilidad, en cuyo contexto solo la protección a la familia y los derechos de los niños estaban en condiciones de operar como eventual contrapeso. La Corte no los esquiva, sino que argumenta y expone por qué no alcanza a ver relación instrumental alguna entre esos objetivos y la reducción del matrimonio a las uniones entre hombre y mujer.

En la saga Oaxaca ocurre algo similar: la Corte descarta la “perpetuación de la especie” como fin constitucionalmente válido, porque no tiene anclaje posible en el texto básico, y acto seguido efectúa el escrutinio de las normas tomando como potenciales contrapesos la protección a la familia y los derechos de los niños, y de nuevo concluye que con esas bases jurídicas

90 Para un inventario de casos sobre libre desarrollo de la personalidad en México, véase Arturo Bárcena Zubieta. “Proportionality and Human Rights in Mexico” (manuscrito no publicado en poder de la autora).

no es posible justificar la norma. Todo lo que los amparos de la Primera Sala añaden en cuanto a los efectos de los mensajes discriminatorios, la estigmatización y los daños expresivos o los estereotipos es perfectamente derivable de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1 de la Constitución y encuentra antecedentes en sentencias anteriores.⁹¹

En conclusión, la Corte no conceptúa sobre nada que no tenga base en las normas positivas, y además puede hablarse –algo que no ocurre en todos los temas– de la presencia de una línea jurisprudencial articulada, donde las sentencias mencionan a las anteriores. La sentencia de Pleno que resuelve la AI 26/2015 (Jalisco) es, como vimos, sumamente medida en términos argumentales, y varios ministros denuncian que peca de minimalismo;⁹² con todo, es una sentencia que da cuenta tanto de los precedentes de Pleno relevantes como de los de la Primera Sala, incluidas las potentes tesis del 2015.

¿Qué ocurre a nivel de activismo en *sentido institucional*, el que se centra en evaluar el grado y la manera en que la Corte impacta en la labor de las otras ramas del poder?, ¿hay en las sentencias que nos ocupan referencias a las responsabilidades del legislador y del poder judicial en desarrollo y garantía de los derechos?, ¿hay comunicación explícita con el legislador, sea para denunciar inacción, sea para promover cooperación dialógica? La respuesta es negativa: estas sentencias no están en esta tesitura. En el prólogo de un libro sobre el tema, el actual presidente de la Corte no menciona la relación Corte-legislador, sino que evoca el contraste entre un mundo donde las leyes están sujetas a la Constitución y un mundo en el que no lo están.⁹³ Y esa es también la perspectiva que parecen adoptar las sentencias, que no incluyen referencias al papel del legislador democrático o a la necesidad de reglamentar el tema, como ha hecho la Corte, aunque excepcionalmente, en sentencias como la del régimen de seguridad social

91 Me parece particularmente importante lo dicho por la Primera Sala en un amparo sobre lenguaje homofóbico (el AR 2806/2012, resuelto el 6 de marzo de 2013), así como algunos de los casos de discriminación que se venían fallando desde 2005, como los amparos de los militares con VIH, donde, si bien la Corte no utiliza todavía un lenguaje explícito en esos términos, la argumentación se fundamenta claramente en esas líneas de análisis. Véase, Pou, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad”.

92 Véase *Supra*, p. 309.

93 Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. “Prefacio”. En Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*, p. IX.

de las empleadas domésticas.⁹⁴ La Corte no ve en el matrimonio igualitario un tema que toque cuestiones complejas de política pública y que en esa condición amerite una aproximación “dialógica” a la jurisdicción,⁹⁵ sino una cuestión de derechos individuales que se decide en un sentido o en otro en un momento determinado en el tiempo. Que tuviera delante unas normas anticuadas que seguían hablando de la “perpetuación de la especie” puede haber influido, y que el derecho a casarse sin discriminación haya sido reconocido en estos años en tantos lugares del mundo seguro no fue irrelevante tampoco. En cualquier caso, me parece que la Corte está en lo correcto: se trata de un problema de definición de derechos que no demanda el tipo de colaboración interinstitucional compleja o extendida en el tiempo que resulta aconsejable en otros casos.

En cualquier caso, como ya he señalado, la Corte mexicana sigue sus pautas característicamente moderadas y, aun con haber declarado la inconstitucionalidad del matrimonio excluyente tanto en vía de control concreto como en vía de control abstracto, es poco disruptiva del quehacer de las otras ramas del poder y parece huir de cualquier gesto activista en este sentido. En las tres primeras sentencias de la saga Oaxaca, por ejemplo, la Sala emite un pronunciamiento de “interpretación conforme” que permite casarse a quienes se amparen, pero que ni siquiera incluye un calificativo de inconstitucionalidad de la normativa que define al matrimonio entre hombre y mujer. Además, la Corte no se anima a cambiar un criterio que coarta estructuralmente el impacto de sus resoluciones y que en realidad es impropio de un Estado constitucional: la tesis de que la administración no está vinculada por la jurisprudencia.⁹⁶ Tampoco se anima en estos casos, como vimos, a confeccionar el tipo de resolutivo innovador que ha ensayado en algunos casos⁹⁷ y que en tres de los amparos los peticionarios habían

94 Amparo Directo 9/2018. Segunda Sala, 5 de diciembre de 2018, pp. 12 y 32-36.

95 Véanse Roberto Gargarella. *Por una justicia dialógica*. México: Siglo XXI, 2014; Roberto Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Barcelona: Marcial Pons, 2019.

96 La regla está vigente desde la creación de la institución de la jurisprudencia vinculante en el siglo XIX (vid. *supra*, n. 75). Para un respaldo reciente, véanse, por ejemplo, las Tesis 2a./J. 38/2002 y 2a./J. 89/2004.

97 Véase Karla Quintana Osuna y Alfonso Herrera García (eds.). *Reparaciones a derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, interamericano y en el derecho comparado*. México: Tirant lo Blanch (en prensa). Algunos de los casos de innovación remedial de referencia serían: el Amparo en Revisión 554/2013. Primera Sala, 25 de marzo de 2015 (Mariana Lima Buendía); el Amparo Directo en Revisión 992/2014. Primera Sala, 12 de noviembre de 2014 (anuncios sextistas); o el

solicitado expresamente con el propósito de lograr que personas distintas a ellos se beneficiaran de los efectos de la resolución.⁹⁸

El único punto de discusión es si el tenor de las tesis de jurisprudencia del 2015 de la Primera Sala puede considerarse una instancia de activismo en el tercer sentido de Afonso da Silva, el *competencial*. Y parece haber razones preliminares para decir que sí: una tesis de jurisprudencia en su tenor literal es vinculante para todos los tribunales inferiores; por lo tanto, las tesis que indican que cualquier norma que defina el matrimonio civil como unión entre un hombre y una mujer o como unión destinada a asegurar la perpetuación de la especie, o que estipule que las normas discriminatorias no admiten interpretación conforme, obliga a los tribunales inferiores de un modo que no parece estar previsto por el sistema, que está basado en la inaplicación de las normas estudiadas en los casos concretos. Existen dos maneras de dar efectos generales o semigenerales a los pronunciamientos en amparo: la primera es la que se incorporó a la Constitución y a la Ley de Amparo con la reforma del 2011 y que permite que la Corte efectúe una declaración de invalidez general, *ad hoc*, por votación calificada, cuando existen cinco precedentes ininterrumpidos de inconstitucionalidad sobre una determinada norma.⁹⁹

La otra es el tradicional efecto “multiplicador” que tiene el sistema de jurisprudencia vinculante, que obliga a los jueces inferiores a conceder o negar el amparo contra actos y normas en los términos establecidos en los criterios que gozan de ese estatus. La jurisprudencia temática lo que hace es permitir a los jueces inaplicar, en los casos concretos, normas (o actos) análogos a los que fueron objeto de discusión y análisis por los tribunales

Amparo Directo 9/2018. Segunda Sala, 5 de diciembre de 2018 (seguridad social de trabajadoras domésticas).

98 México Igualitario. “Inconstitucional la definición del matrimonio en Nuevo León, Hidalgo y Chiapas”. 28 de septiembre 2016.

99 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 105, fracción II, párrafo 3: “Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria”.

superiores, al enunciar razones que emanan de las disposiciones constitucionales que resultarán aplicables en esos casos análogos.¹⁰⁰

Es importante, sin embargo, contextualizar cuidadosamente el recurso a la emisión de criterios genéricos sobre el tema que nos ocupa. En primer lugar, se trata de una manera de proceder que la Corte no inaugura para el caso del matrimonio igualitario, pues, como hemos mencionado con anterioridad, se ha recurrido a ella en otros ámbitos, como en el fiscal y, de manera relevante, en el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁰¹ En segundo lugar, la Corte sigue “respondiendo” personalmente a los legisladores estatales al continuar resolviendo amparos contra normativa estatal que en teoría –al amparo de lo que sostienen las tesis– podría ser sencillamente inaplicable por los tribunales inferiores. Y, en tercer lugar, y de modo crucial, esta práctica se debe poner en relación con el debate sobre la eficacia “transversal” de los derechos humanos o fundamentales en México y sobre las vías por las que la Suprema Corte puede hacerla efectiva.

En sus interpretaciones de referencia de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, la Suprema Corte ha destacado que la declaración de derechos constituye un parámetro de regularidad del resto de normas del ordenamiento,¹⁰² y las obligaciones estatales respecto de los derechos expresamente listadas en el artículo 1 hacen obligado concluir que, en México, los derechos fundamentales de la Constitución y los tratados se erigen en límite de lo que los estados pueden hacer en ejercicio de sus competencias dentro del arreglo federal. Sería extraño que la Corte no pudiera reflejar de alguna manera esta premisa fundamental en la jurisprudencia que emite vía amparo (dada la escasez de decisiones sobre derechos fundamentales en la vía de la acción de inconstitucionalidad y dado que el amparo es la vía de protección de derechos por excelencia). No es de extrañar que la Corte vaya poco a poco haciendo valer esta perspectiva cuando

100 *Véase supra*, n. 77.

101 Al resolver la CT 73/2014, el 25 de febrero de 2015, la Primera Sala apuntó que los derechos fundamentales son un límite a las legislaciones estatales y emitió una jurisprudencia temática aplicable a legislaciones civiles o familiares que regulen el divorcio bajo un régimen de causales, de manera análoga a las normativas estatales examinadas en el caso. *Véase* la Tesis 1a./J. 28/2015 (10a.), de rubro: “Divorcio necesario. El régimen de disolución del matrimonio que exige la acreditación de causales, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Códigos de Morelos, Veracruz y legislaciones análogas)”.

102 *Véase* la CT 293/2011, resuelta el 3 de septiembre de 2013.

aborda temas de enorme relevancia desde la perspectiva de la libertad y la igualdad de las personas, como el derecho a la salud o, en esta ocasión, el derecho a la no discriminación.¹⁰³

El peso de la sociedad civil y las reacciones legislativas después de la sentencia

La Suprema Corte pudo pronunciarse sobre matrimonio igualitario porque existió un intenso esfuerzo de litigio sostenido en el tiempo y extendido en el espacio. En México el litigio de interés público no ha sido potente; la movilización social ha estado mediatizada durante décadas por dinámicas políticas en cuyo contexto la protesta social trataba de desarticularse preventivamente mediante estructuras de cooptación y/o era sofocada por partidos políticos y sindicatos, según conviniera para las negociaciones con el ejecutivo y el legislativo —no estaba enfocada en el poder judicial—. En los pasados quince años, el litigio sobre temas propiamente constitucionales adquirió dinamismo, pero el complicadísimo diseño procesal del amparo hace que siga exigiendo la movilización de una enorme cantidad de recursos humanos y materiales, con una perspectiva limitada de “ganancias”, dados los efectos *inter partes* de las resoluciones. Estos amparos representan, por consiguiente, una experiencia que todavía resulta bastante excepcional.

El artífice principal de la judicialización del matrimonio igualitario en México ha sido Alex Alí Méndez Díaz, un abogado originario de Oaxaca con experiencia previa en el litigio constitucional. En un artículo sobre el tema, Méndez Díaz conceptualiza la experiencia como un litigio entablado por “la ciudadanía que, sin otra herramienta que el lenguaje de los derechos y la vocación por la defensa de las libertades, emprendió una cruzada, ahora nacional, por el reconocimiento del matrimonio igualitario”.¹⁰⁴ Como en tantos otros casos, impulsar el litigio hasta conseguir pronunciamientos de la Corte revestidos de autoridad exigió invertir muchísimo tiempo y esfuerzo, incluida la presentación de “solicitudes de ejercicio de la facultad de atracción” que la Corte resolvió favorablemente, para que los amparos no se fallaran en Tribunales

103 Sobre las consecuencias normativas del derecho a la salud garantizado en la Constitución federal sobre la legislación de los estados, véase el AR 1388/2015, resuelto el 15 de mayo de 2019.

104 Alex Alí Méndez Díaz. “Matrimonio igualitario. La visión desde el litigio”. En Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*, p. 79.

Colegiados.¹⁰⁵ Tras las victorias de Oaxaca, se impulsó la formación de pequeños equipos de litigio en varias partes del país como manera de extender y consolidar los criterios y de conseguir la reiteración necesaria para la formación de jurisprudencia vinculante (algo obstaculizado al inicio por la emisión de sentencias de interpretación conforme, dado que las reglas sobre formación de jurisprudencia exigen reiteración de pronunciamientos de inconstitucionalidad, no de constitucionalidad condicionada).¹⁰⁶ Méndez Díaz subraya cómo se convirtió la campaña de litigio en un logro ciudadano frente a Congresos estatales reacios al debate y refiere que fue una lucha “que no vino del centro ni como producto de una concesión del sistema de partidos”, sino que fue “librada y ganada por las propias personas”.¹⁰⁷ La naturaleza local-federal de la campaña de litigio aseguró además una vinculación con los movimientos sociales, que es siempre importante en el litigio constitucional de derechos.

Las sentencias sobre matrimonio igualitario no obligaban a los legisladores estatales a cambiar la legislación: solo anunciaban que, si esta era cuestionada ante un tribunal de amparo, sería inaplicable en el caso concreto. La Corte dio un mensaje más fuerte con las tesis de 2015, y, por supuesto, en los casos en los que ella ha invalidado con efectos generales normas de códigos locales en vía de acción de inconstitucionalidad, la actuación legislativa ha resultado necesaria para evitar un vacío legal. En estos momentos, la mitad de los estados han reformado sus códigos, unilateralmente o interpelados por sentencias de la Suprema Corte (y esporádicamente de otros tribunales federales), mientras que en la otra mitad la legislación sigue siendo excluyente, con la salvedad que las parejas pueden casarse si consiguen un amparo, sea porque hay pronunciamiento específico de inconstitucionalidad o porque los tribunales aplican la jurisprudencia temática (véase Anexo II).

Sofía Treviño señala que las sentencias han generado poca resistencia conservadora y religiosa¹⁰⁸ y sugiere que ello puede tener que ver con el

105 Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*, p. 79.

106 Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*.

107 Alterio y Niembro, *El matrimonio igualitario*, p. 80.

108 Sofía Treviño. “The Mexican Supreme Court and change: A look through the lens of legal mobilization” [manuscrito no publicado en poder de la autora], p. 16, n. 44, con cita a BBC News. “Why did the judicial decision to legalize gay marriage in Mexico go unnoticed?”. 24 de junio de 2015 [¿Por qué pasó desapercibida la decisión judicial que legaliza el matrimonio gay en

diseño institucional del amparo, que obliga a las parejas a interponer juicios de amparo, vivan o no vivan en un estado con normativa declarada inconstitucional.¹⁰⁹ Esta autora considera que las disfunciones operativas de la Corte la convierten en una institución débil, en comparación con otros poderes, y explican que una parte importante de su acervo decisorio no se detecte o no cause controversia –se trataría de una modalidad no intencional de minimalismo–.¹¹⁰

En 2016, el entonces presidente Peña Nieto propuso reformar la Constitución para incorporar en ella el matrimonio igualitario. La propuesta consistía en añadir un párrafo al artículo 4 que estableciera que el derecho a contraer matrimonio no puede negarse a ninguna persona de más de dieciocho años por motivos origen étnico o nacional, género, discapacidad, condiciones sociales o de salud, religión, preferencias sexuales o cualquier otro contra la dignidad humana.¹¹¹ Dicha propuesta no llegó a puerto, no tanto por las manifestaciones sociales en contra –que hubo algunas–, sino porque el presidente estaba en una posición política débil que se fue precarizando todavía más hasta desembocar en la clamorosa derrota electoral del 2018.

En marzo de 2020, cuando se cumplían diez años de la celebración de los primeros matrimonios igualitarios colectivos en la Ciudad de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos hizo un llamado a los Congresos estatales para que promovieran una armonización legislativa mutua en garantía del matrimonio igualitario.¹¹² Las encuestas disponibles muestran que en los últimos años se ha avanzado hacia una aceptación mayoritaria de matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque sigue habiendo una diferencia entre lo que la gente responde cuando le preguntan por su

México]. Treviño destaca que en junio de 2015 el periódico *Reforma* dedicó un editorial a la decisión de la Corte de EE. UU. sobre matrimonio igualitario (“Las historias detrás de la decisión en EU”), de 26 de junio de 2015, al tiempo que una búsqueda en el acervo de la misma publicación no arroja comentarios de cobertura a la jurisprudencia mexicana sobre el mismo tema.

109 Treviño. “The Mexican Supreme Court and change”, p. 17.

110 Treviño. “The Mexican Supreme Court and change”.

111 “Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada Lorenia Iveth Valles Sampedor, del grupo parlamentario de Morena”. Oficio No. SELAP/300/1175/16, 17 de mayo de 2016.

112 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. “Llama la CNDH a Congresos locales de diversas Entidades Federativas a promover la armonización normativa que garantice el matrimonio igualitario”. Comunicado de Prensa DGC/075/2020, 11 de marzo.

entorno inmediato y cuando le preguntan por las políticas y regulaciones que aprueba que existan, de modo que todavía hay un porcentaje grande de gente que declara “preferir” que sus personas cercanas no se vinculen con personas homosexuales, pero ello no los lleva a respaldar prohibiciones generales de tipo normativo.¹¹³

Por gradual y moderada que haya sido la evolución, no hay duda de que las sentencias han representado en su contexto un paso importante y positivo. Aunque los efectos directos de cada uno de los amparos son modestos y las parejas del mismo sexo han tenido que enfrentar dificultades grandes para hacer efectivos sus derechos ante la administración, el registro civil o las autoridades responsables de los procesos de adopción. Los efectos indirectos, tanto simbólicos como materiales, en términos de disminución de estigma, legitimación social y política y posición jurídica, han sido muy relevantes.¹¹⁴

Conclusiones y lecciones aprendidas

La historia de la judicialización del matrimonio igualitario en México ha tenido un éxito razonable. Hay varios factores que parecen haber resultado clave en el proceso, y que apuntan a condiciones que en muchas ocasiones –respecto de otros temas, personas o colectivos históricamente discriminados– no se presentan en relación con otros temas, personas o colectivos históricamente discriminados.

113 La Encuesta Nacional sobre Discriminación (Enadis) refleja que el 57,9% frente al 39,3% están de acuerdo en que las parejas del mismo sexo puedan casarse (Pregunta 4.1. Cuestionario de opinión y experiencias; cálculo propio a partir de los datos del cuadro 10.11), pero también refleja un 40% de mujeres y un 46% de hombres que manifiestan no estar de acuerdo con que sus hijos o hijas se casen con una persona del mismo sexo (Pregunta 1.2.7; principales resultados, p. 15) y un 64,4% considera no justificado que dos personas del mismo sexo vivan juntas (Pregunta 1.4.6; principales resultados, p. 16). Sin duda, este último dato sorprendente se debe a la formulación de la pregunta, la cual, dentro de un apartado sobre “actitudes y valores”, pregunta, no si ciertas situaciones o prácticas se aprueban, sino si las mismas están “justificadas”. Por su parte, los datos de la Encuesta Mundial de Valores de 2018 reflejan una disminución sostenida desde los años ochenta del porcentaje de personas que no querría tener a una persona homosexual como vecina (Q22), y un crecimiento del índice de aceptación media y alta de la homosexualidad, con un decrecimiento claro del índice de aceptación baja, aunque a partir del 2005 las cifras se estabilizan. World Values Survey Wave 7 (2017-2020) [Encuesta Mundial de Valores] - México 2018.

114 Para una teorización y ejemplificación de los distintos tipos de efectos que pueden tener las sentencias, véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales en los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI / Dejusticia, 2015.

El primer factor que parece haber pesado es el grado o intensidad de la judicialización misma: en el caso del matrimonio igualitario, ha existido un litigante o un conjunto coordinado de litigantes con la capacidad logística de interponer muchos amparos, fuera de la Ciudad de México, y de manejar técnicamente el litigio estratégico en la medida necesaria para llegar sin problemas a la Suprema Corte. En un tema que cae en la competencia de los estados, la interposición de amparos en su sede natural parece haber sido una estrategia acertada, en contraste con los riesgos que encierra con frecuencia el armado de estrategias de litigio de alto impacto centradas en un gran caso que busca tener impacto en todo el país, apuntando a una irradiación “desde arriba”. La multiplicación y reiteración de litigios sobre el mismo tema ha creado muchas oportunidades de decisión judicial y dentro de la Suprema Corte ha permitido fortificar los criterios jurisprudenciales. En un país con un grado fuertemente restringido de acceso a la justicia para la ciudadanía común y con un juicio de amparo que en muchas ocasiones dificulta, más que ayuda, la protección de los derechos, estas condiciones no se dan con frecuencia.

El segundo factor que sin duda ha pesado en el desempeño de la Corte mexicana ha sido el hecho de que el tema ya no es particularmente anti-mayoritario. En el transcurso de los diez años que ha abarcado el litigio, 29 países han reconocido legislativamente el matrimonio igualitario, 43 ofrecen matrimonio o unión civil igualitaria¹¹⁵ y en otros las altas cortes han considerado el matrimonio igualitario una exigencia derivada de los postulados constitucionales o convencionales básicos en materia de libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad y/o en materia de igualdad y no discriminación. Pensemos en el Caso *Obergefell v. Hodges* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que adopta un enfoque de libertad/autonomía, o en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana, que adopta un enfoque de no discriminación.¹¹⁶ Igualmente crucial parece

115 Tomo las cifras del reporte de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA) de 2019 y añado Costa Rica, que aprobó el matrimonio igualitario en 2020. Véase ILGA Mundo. *Informe sobre homofobia de Estado 2019. Panorama Global de la Legislación*. Por Lucas Ramón Mendos. Ginebra, diciembre de 2019.

116 La Opinión Consultiva trata de las obligaciones de los estados con relación a identidad de género y cambios de nombre y parejas del mismo sexo. El encuadre macro es el 1(1) y 24 de la CADH, igualdad y no discriminación. De manera particular, la identidad de género y procedimientos de cambio de nombre los encuadra a partir del derecho a la identidad sexual que se desprende de los derechos a la vida privada (art. 11.2), al libre desarrollo de la personalidad

haber sido el hecho de que la Ciudad de México hubiera dado el primer paso por la vía legislativa en el año 2010: ello permitió a la Corte tener un primer precedente de Pleno en el que se comprobó que no había obstáculos textuales para el reconocimiento del matrimonio igualitario, y ello confrontó a la Corte con un desarrollo surgido en una entidad con un peso demográfico, político y sociológico enorme dentro del país. También me parece una feliz circunstancia que los litigantes de estos casos tuvieran una conexión fluida con los movimientos de base. Todo esto creo que ha dado pertinencia y densidad social y potencial transformativo a estos episodios de litigio.

El tercer factor, también importante para una Corte que, más allá de la división entre formalistas e interpretativistas, no está acostumbrada al activismo en ninguna de las tres acepciones exploradas (interpretativa, institucional o competencial), se relaciona con el contenido del derecho positivo aplicable, que claramente no le ponía las cosas difíciles. La Constitución federal mexicana no menciona el matrimonio (menos lo define como la unión entre un hombre y una mujer) y contiene un mandato de protección “a la familia” que, en el contexto de una Constitución densa en derechos, que además fue pensada para quedar completamente al margen de lo religioso, no ha sido difícil interpretar en clave diversa. Además, a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones que tienen cláusulas antidiscriminatorias genéricas o con listas cerradas que no se refieren a la orientación y identidad sexual, en México el párrafo quinto del artículo 1 de la Constitución menciona las “preferencias sexuales” y contiene una flexible cláusula residual: “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Sobre esa base, la Corte pudo trabajar sin problemas en una sentencia temprana los vínculos entre identidad y orientación sexual, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, y desarrollarlos sin mucho esfuerzo en las sentencias posteriores. Finalmente, la jurisprudencia interamericana, que tiene una posición poderosa en México desde la reforma constitucional de junio de 2011, proporciona bases claras en la materia, derivado de lo

(arts. 7 y 11.2), a la privacidad (art. 11.2), al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3) y al nombre (art. 18) (§§ 115 y 116). La protección a las parejas homosexuales la encuadra en la protección de la vida privada y familiar (art. 11.2) y de la familia (17.1) (§ 199). Utiliza, aunque solo auxiliariamente, la identidad (7.1) y el proyecto de vida (11.2) (§ 225).

determinado por la Corte Interamericana en casos como *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012) o, más recientemente, en la OC-24/17.¹¹⁷

Por todo ello, es claro, en mi opinión, que en México, en el ámbito del matrimonio igualitario, ha habido protección de derechos sin activismo judicial. Ha sido una protección de derechos gradual y sin duda con imperfecciones, pues la Corte se hubiera podido preocupar mucho más por la eficacia cotidiana de sus determinaciones y hubiera podido adoptar previsiones adecuadas al respecto en sus resolutivos. En contraste con ello, y a pesar de que existen sólidos argumentos para defender que no hay obstáculos de derecho positivo que lo impidan, la Corte se ha ceñido en estas sentencias a una práctica remedial extremadamente contenida (exceptuada en contadas ocasiones, al abordar otras materias¹¹⁸), no obstante ser consciente de que algunas legislaturas estatales no moverían un dedo ante declaraciones de inconstitucionalidad con efectos de mera inaplicación, de que los Registros Civiles se resistirían a celebrar los nuevos matrimonios o de que el sistema de adopciones dejaría a muchas parejas del mismo sexo en la estacada.

La ventaja del gradualismo y del bajo perfil aplicativo ha sido que las sentencias no han generado rebote (*backlash*). Los Estados mexicanos han mostrado un grado variable de entusiasmo y resistencia; los intentos de legislar sobre el tema a nivel federal han fracasado de momento, pero tampoco se ha dado nada parecido a lo que asociaciones como el Frente Nacional para la Familia y análogas están intentando para frenar el acceso a la interrupción legal del embarazo. Las personas y parejas del mismo sexo están mejor que hace diez años, y si no podemos afirmar causalmente que ello se debe al esfuerzo de algunos de sus miembros en diálogo con la Suprema Corte, lo que es claro es que, definitivamente, la Corte no les ha jugado en contra.

Referencias

Afonso da Silva, Virgilio. *The Constitution of Brazil*. Oxford-Chicago: Hart, 2019.

Alterio, Ana Micaela. “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”. En Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro

117 Corte IDH. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.

118 Véase *supra*, n. 98.

- (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México: IJJ-UNAM, 2017, pp. 131-162.
- Ansolabehere, Karina. "More power, more rights? The Supreme Court and society in Mexico". En Rachel Sieder, Alejandra Hunneus y Javier Couso (eds.), *Cultures of Legality: Judicialization and judicial activism in Latin America*. Cambridge University Press, 2010.
- Astudillo Reyes, César. *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional*. México: Tirant lo Blanch, 2018.
- Astudillo Reyes, César. "La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 39, núm. 115 (2006).
- BBC News. "Why did the judicial decision to legalize gay marriage in Mexico go unnoticed?". 24 de junio de 2015. http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150623_mexico_matrimonio_homosexual_suprema_corte_silencio_jp
- Bustillos, Julio. *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*. México: UNAM / Porrúa, 2008.
- Cabrera Acevedo, Lucio. *La Suprema Corte de Justicia en el siglo XIX*. T. I. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1997.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (eds.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: IJJ-UNAM, 2011.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. "Llama la CNDH a Congresos locales de diversas Entidades Federativas a promover la armonización normativa que garantice el matrimonio igualitario". Comunicado de Prensa DGC/075/2020, 11 de marzo 2020. <https://www.cndh.org.mx/documento/llama-la-cndh-congresos-locales-de-diversas-entidades-federativas-promover-la>
- Cortez Salinas, Josafat. *Ideas, innovación y cambio organizacional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pendiente). México: IJJ-UNAM, 2020.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Sistemas y modelos de control de constitucionalidad en México*. México: IJJ-UNAM. 2013.
- Cossío Díaz, José Ramón. *La controversia constitucional*. México: Porrúa, 2008.
- Cossío Díaz, José Ramón. *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México: Fontamara, 2002.
- Cossío Díaz, José Ramón. *Dogmática constitucional y régimen autoritario*. México: Fontamara, 1998.

- Ferreres Comella, Víctor. *Constitutional courts and democratic values: A European perspective*. Yale University Press, 2009 [*Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Barcelona: Marcial Pons, 2011].
- Fiss, Owen. “Contra el minimalismo”. *Una guerra sin igual*. Barcelona: Marcial Pons, 2015.
- Fix-Fierro, Héctor. *El poder del poder judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. México: IIJ-UNAM, 2020.
- Fix-Fierro, Héctor. “El amparo judicial y la ‘imposible tarea’ del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el Centenario de la Constitución de Querétaro”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (eds.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*. México: IIJ-UNAM, 2017.
- Fix-Fierro, Héctor y Diego Valadés. “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio introductorio”. En *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*. México: IIJ-UNAM, 2016.
- García Velasco, Laura. “La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Acción de inconstitucionalidad 2/2010)”. En Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México: IIJ-UNAM, 2017.
- Gargarella, Roberto Ortega. *Por una justicia dialógica*. México: Siglo XXI, 2014.
- González Oropeza, Manuel (coord.). *La justicia constitucional en las Entidades Federativas. Memoria de la Cuarta Mesa Redonda*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- González Oropeza, Manuel y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). *La justicia constitucional en las entidades federativas*. México: Porrúa, 2006.
- Herrera García, Alfonso. “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en el 2020”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, núm. 2 (2021): 607-620.
- Hübner Mendes, Conrado. “The Supreme Federal Tribunal of Brazil”. En Andrés Jakab, Arthur Dyevre y Giulio Itzcovich (eds.), *Comparative constitutional reasoning*. Cambridge University Press, 2017.
- Ibarra Olguín, Ana María y Nicolás Espejo Yatzik (eds.). *La constitucionalización del derecho de familia*. México: SCJN-CEC, 2019.

- ILGA Mundo. *Informe sobre homofobia de Estado 2019. Panorama Global de la Legislación*. Por Lucas Ramón Mendos. Ginebra, diciembre de 2019. https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Homofobia_de_Estado_Actualizacion_Panorama_global_Legislacion_diciembre_2019.pdf
- Julio, Ríos Figueroa y Andrea Pozas-Loyo. “Las transformaciones del rol de la Suprema Corte”. En Andrea Castagnola y Saúl López Noriega (eds.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*. México: Tirant lo Blanch, 2016.
- López Noriega, Saúl y Andrea Castagnola (eds.). *Judicial politics in Mexico: The Supreme Court and the transition to democracy*. Nueva York: Routledge, 2017.
- Madrazo Lajous, Alejandro y Estefanía Vela Barba. “The Mexican Supreme Court (Sexual) Revolution?”. *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7 (2012).
- Magaloni, Ana Laura. “¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*. México: IJ-UNAM / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- México Igualitario. “Inconstitucional la definición del matrimonio en Nuevo León, Hidalgo y Chiapas”. 28 de septiembre 2016. <https://mexicoigualitario.wordpress.com/2016/09/28/inconstitucional-la-definicion-de-matrimonio-en-nuevo-leon-chiapas-e-hidalgo/>
- Mijangos y González, Pablo. *Historia mínima de la Suprema Corte*. México: El Colegio de México, 2019.
- Niembro, Roberto Ortega. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Barcelona: Marcial Pons, 2019.
- Pou Giménez, Francisca. “Veinte años de jurisprudencia constitucional sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte”. En Ana María Ibarra Olguín, *Discriminación. Piezas para armar*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.
- Pou Giménez, Francisca. “Cambio constitucional y la arquitectura institucional de la Suprema Corte”. En Andrea Castagnola y Saúl López Noriega (eds.), *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*. México: Tirant lo Blanch, 2016.

- Pou Giménez, Francisca. “Constitucionalismo nuevo, viejo y desatado: el caso de México”. En Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *El constitucionalismo en el continente americano*. México: Siglo del Hombre, 2016.
- Pou Giménez, Francisca. “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”. *Discusiones*, vol. 16, núm. 1 (2015): 147-188.
- Pou Giménez, Francisca. “El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos ¿ni tan nuevo ni tan protector?”. En *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2014, pp. 91-103.
- Pou Giménez, Francisca y Alejandro Rodiles. “Mexico”. En Fulvio Maria Palombino (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*. Cambridge University Press, 2019, pp. 234-254.
- Pou Giménez, Francisca y Andrea Pozas-Loyo. “The paradox of Mexican hyper-reformism: Enabling peaceful transition while blocking democratic consolidation”. En Richard Albert, Carlos Bernal Pulido y Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional change and transformation in Latin America*. Oxford-Chicago: Hart, 2019.
- Quintana Osuna, Karla y Alfonso Herrera García (eds.). *Reparaciones a derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, interamericano y en el derecho comparado*. México: Tirant lo Blanch. En prensa.
- Rabasa, Emilio. *El artículo 14. Estudio constitucional* [1906]. México: Porrúa, 1993.
- Ríos-Figueroa, Julio. “Socio-legal studies on Mexico”. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, núm. 1 (2012): 307-321.
- Ríos-Figueroa, Julio y Gretchen Helmke (eds.). *Los tribunales constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.
- Roberto Barroso, Luis. “Contramayoritario, representativo e iluminista: Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas”. En Sergio Verdugo y Roberto Niembro (coords.), *Las Cortes latinoamericanas en tiempos de cambio*. México: SCJN / ICON-S, 2019.
- Rodríguez, César Garavito y Diana Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales en los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI / Dejusticia, 2015.

- Saba, Roberto. “La elusiva frontera entre la justicia y la política”. En Sergio Verdugo y Roberto Niembro (coords.), *Las Cortes latinoamericanas en tiempos de cambio*. México: SCJN / ICON-S, 2019, pp. 277-371
- Sánchez Gil, Rubén y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva ley de amparo*. 3 ed. México: IJJ-UNAM / Porrúa / IMDPC, 2013.
- Sánchez, Arianna, Beatriz Magaloni y Erik Magar. “Legalistas vs interpretivistas: la Suprema Corte y la transición democrática en México”. En Julio Ríos-Figueroa y Gretchen Helmke (eds.), *Los tribunales constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, pp. 317-370.
- Sieder, Rachel, Alejandra Hunneus y Javier Couso (eds.). *Cultures of legality: Judicialization and judicial activism in Latin America*. Cambridge University Press, 2010.
- Silva García, Fernando. “Derechos humanos y restricciones constitucionales, ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la CT 293/2011 del Pleno de la SCJN)”. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 30 (2014): 251-272.
- Treviño, Sofia. “The Mexican Supreme Court and change: A look through the lens of legal mobilization”. Manuscrito sin publicar.
- Valles Sampedro, Lorenia Iveth. “Iniciativa de decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Oficio No. SELAP/300/1175/16, 17 de mayo de 2016. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/04/asun_4169705_20210414_1618382374.pdf
- World Values Survey Wave 7 (2017-2020). “México 2018”. <https://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV7.jsp>
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. “Prefacio”. En Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*. México: IJJ-UNAM, 2017.

Anexo I.

Sentencias de la Suprema Corte de México sobre matrimonio igualitario en orden cronológico (hasta agosto 2020)

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (Ciudad de México), Pleno, 16 de agosto de 2010.

AR 581/2012 (Oaxaca), Primera Sala, 5 de diciembre de 2012.

AR 457/2012 (Oaxaca), Primera Sala, 5 de diciembre de 2012.

AR 567/2012 (Oaxaca), Primera Sala, 5 de diciembre de 2012.

AR 152/2013 (Oaxaca), Primera Sala, 23 de abril de 2014.

AR 263/2014 (Sinaloa), Primera Sala, 24 de septiembre de 2014.

AR 615/2013 (Colima), Primera Sala, 4 de junio de 2014.

AR 122/2014 (Baja California), Primera Sala, 25 de junio de 2014.

AR 591/2014 (Estado de México), Primera Sala, 25 de febrero de 2015.

AR 704/2014 (Colima), Primera Sala, 18 de marzo de 2015.

AR 735/2014 (Colima), Primera Sala el 18 de marzo de 2015.

AR 483/2014 (Sinaloa) Primera Sala, 15 de abril de 2015.

AR 155/2015 (Nuevo León), Primera Sala, 27 de mayo de 2015.

AR 823/2014 (Colima), Primera Sala, 17 de junio de 2015.

Tesis de la Primera Sala 43/2015, 45/2015, 46/2015 y 47/2015, de 3 de junio de 2015 (*vid infra*).

Acción de inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche), Pleno, 11 de agosto de 2015.

AR 411/2015 (Jalisco), Primera Sala, 23 de septiembre de 2015.

AR 376/2015 (Jalisco), Primera Sala, 25 de noviembre de 2015.

AR 420/2015 (Jalisco), Primera Sala, 25 de noviembre de 2015.

Tesis de la Primera Sala 86/2015, de 26 de noviembre de 2015 (*vid. infra*).

Acción de inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco), Pleno, 26 de enero de 2016.

AR 706/2015 (Chihuahua), Primera Sala, 1 de junio de 2016.

AR 48/2016 (Puebla), Primera Sala, 1 de junio de 2016.

AR 1184/2015 (Jalisco), Primera Sala, 29 de junio de 2016.

AR 582/2016 (Chiapas) Primera Sala, 28 de septiembre 2016.

AR 1266/2015 (Nuevo León) Primera Sala, 28 de septiembre de 2016.

AR 207/2016 (Hidalgo). Primera Sala, 28 de septiembre de 2016.
AR 420/2015 (Jalisco) 18 de noviembre de 2016.
AR 568/2016 (Baja California Sur) 18 de enero de 2017.
AR 482/2016 (Tamaulipas) 22 de febrero de 2017.
AR 630/2016 (Nuevo León) 1 de marzo de 2017.
AR 1052/2016 (Chihuahua) 15 de noviembre de 2017.
AR 377/2017 (Aguascalientes) 6 de diciembre de 2017.
Acción de inconstitucionalidad 32/2016 (Chiapas), Pleno, 11 de julio de 2017.
Acción de inconstitucionalidad 29/2016 (Puebla). Pleno, 1 de agosto de 2017.
AR 1068/2016 (Chihuahua) 11 de abril de 2018.
Acción de inconstitucionalidad 29/2018 (Nuevo León), Pleno, 19 de febrero de 2019.
Acción de inconstitucionalidad 40/2018 (Aguascalientes), Pleno, 2 de abril de 2019.

Jurisprudencia de la Primera Sala

TESIS 1A./J. 43/2015 (10A):

“Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”. Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que

está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

Precedentes: Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Aprobada por la Primera Sala el 3 de junio de 2015, publicada el viernes 19 de junio de 2015, obligatoria a partir del lunes 22 de junio de 2015. Registro: 2009407 Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 536.

TESIS 1A./J. 45/2015 (10A):

“Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal”. Si bien los Congresos estatales poseen libertad de configuración para regular el estado civil de las personas, dicha facultad se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México. El principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguna de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado. La discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada. La mera vigencia de una ley puede discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, puede discriminar indirectamente debido a un impacto diferenciado.

Precedentes: Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Aprobada por la Primera Sala el 3 de junio de 2015, publicada el viernes 19 de junio de 2015, obligatoria desde el lunes 22 de junio de 2015. No. Registro: 2009405 Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 533.

TESIS 1A./J. 46/2015 (10A.):

“Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo”. Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica. El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran “ciudadanos de segunda clase”, lo cual esta Primera Sala no comparte. No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos

cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.”

Precedentes: Amparo en revisión 581/2012. 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Amparo en revisión 263/2014. Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Aprobada por la Primera Sala. Aprobada por la Primera Sala el 3 de junio de 2015, publicada el viernes 19 de junio de 2015, obligatoria desde el lunes 22 de junio de 2015. No. Registro: 2009405 Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 534.

Se republicó el viernes 11 de septiembre de 2015 a las 11:00 horas en el Semanario Judicial de la Federación. No. Registro: 2009922. Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I, p. 253.

TESIS 1A./J. 47/2015 (10A):

“Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar”. // Cuando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por dichas personas. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos y ciudadanas. Si se considera

que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. Así pues, el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo.

Precedentes: Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Amparo en revisión 735/2014. 18 de marzo de 2015. Aprobada por la Primera Sala el 3 de junio de 2015, publicada el 14 de agosto de 2015, obligatoria desde el lunes 17 de agosto de 2015. Registro: 2009726 Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 394.

TESIS 1A./J. 86/2015:

“Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que impiden esta posibilidad, provocan una doble discriminación, al privar a las parejas homosexuales de los beneficios materiales y expresivos que se obtienen con dicha institución”. El matrimonio comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, las normas civiles que impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no sólo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales. Precedentes: Amparo en revisión 581/2012. 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 457/2012. 5 de diciembre de 2012. Amparo

567/2012. 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 263/2014. Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Aprobada por la Primera Sala el 25 de noviembre de 2015, publicada el 11 de diciembre de 2015, obligatoria desde el lunes 14 de diciembre de 2015. No. Registro: 2010677
Localización: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, diciembre de 2015, Tomo I, p. 187.

Anexo II.

Panorama legislativo en materia de matrimonio igualitario

A. Matrimonio igualitario en la legislación

Aguascalientes (2019)

Código Civil del Estado de Aguascalientes, art. 143, reformado 19 de noviembre de 2007.

Artículo 143. El matrimonio es la unión legal de *un solo hombre y una sola mujer*, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.

La Acción de Inconstitucionalidad 40/2018, resuelta el 2 de abril de 2019, declaró la inconstitucionalidad del párrafo subrayado.

Baja California Sur (2019)

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, art. 150, reforma publicada el 28 de junio de 2019).

Artículo 150. El Matrimonio es la unión libre de *dos personas* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, mediante la cohabitación doméstica y sexual. Debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código, bajo estos principios:

Campeche (2016)

Código Civil del Estado de Campeche, reforma publicada el 16 de mayo de 2016.

Artículo 157. El matrimonio es la unión de *dos personas* para llevar una vida en común, en donde ambas se deben procurar respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante las autoridades del Registro Civil, tal como establece este Código y con las formalidades que éste exige.

Chiapas (2016)

Código Civil para el Estado de Chiapas, arts. 144 y 145, reformados 9 de noviembre de 2004 y 6 de abril de 2016.

Artículo 144. Cualquiera condición contraria a *la perpetuación de la especie* o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta.

Artículo 145. para contraer matrimonio, *el hombre y la mujer* necesitan haber cumplido dieciocho años.

La acción de inconstitucionalidad 32/2016, fallada el 11 de julio de 2017, declaró la invalidez de las porciones normativas subrayadas.

Ciudad de México (2009)

Código Civil del Distrito Federal, reforma publicada el 29 de diciembre de 2009, en vigor 45 días después.

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de *dos personas* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Coahuila (2014)

Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, art. 139, reformado 26 de junio de 2020.

Artículo 139. El matrimonio es la unión de *dos personas* que consienten en realizar una comunidad de vida basada en el afecto, respeto, igualdad de trato y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar; los cónyuges deberán gozar de la protección debida para garantizar el libre desarrollo de la personalidad.

Desde la reforma de 16 de septiembre de 2014, art 253 del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, ahora derogado:

Artículo 253. El matrimonio es la unión libre y con el pleno consentimiento de *dos personas*, que tiene como objeto realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar.

Colima (2016)

Código Civil para el Estado de Colima, art. 145, reformado 11 de junio de 2016.

Artículo 145. El matrimonio se establece por medio de un contrato civil celebrado entre *dos personas*, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida marital.

A quienes celebren el acto jurídico del matrimonio se les denominará indistintamente, cónyuges.

Durango (2017)

Código Civil del Estado de Durango, art. 143, reforma publicada el 26 de febrero de 2017.

Artículo 143. Para contraer matrimonio, los contrayentes deben acreditar haber cumplido 18 años.

La reforma no eliminó el artículo 142, según el cual “Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá, por no puesta” pero esta disposición debe ser interpretada a la luz de la reforma del 143 y de la jurisprudencia de la Corte.

Hidalgo (2019)

Ley para la Familia de Estado de Hidalgo, art. 8, reformado 10 de junio de 2019.

Artículo 8. El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica entre *dos personas*, que, con igualdad de derechos y obligaciones, procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable.

Jalisco (2015)

Código Civil para el Estado de Jalisco.

Artículo 258. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual *un hombre y una mujer* deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.

Acción de inconstitucionalidad 28/2015, de 26 de enero de 2016, declara la invalidez de la porción normativa subrayada.

Michoacán (2016)

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, art. 127, reformado 22 de junio de 2016.

Artículo 127. El matrimonio es la unión legítima de dos personas para realizar una comunidad de vida permanente, en la que se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua.

Morelos (2016)

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, art. 120, reformado 29 de marzo de 2016.

Artículo 120. El matrimonio es la unión voluntaria de *dos personas*, con igualdad de derechos y obligaciones, con el propósito de desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente. La celebración, registro y certificación de los hechos y actos constitutivos, modificativos o extintivos del estado civil de las personas, son de exclusiva competencia del Registro Civil en los términos que establezcan las leyes de la materia y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. El Estado garantizará el derecho a la identidad de las personas, con el registro inmediato a su nacimiento sin costo alguno. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, reformado 7 de abril de 2016.

Artículo 68. Naturaleza del matrimonio. El matrimonio es la unión voluntaria y libre de *dos personas*, con igualdad de derechos y obligaciones, con el propósito de desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente. Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta. El vínculo matrimonial se extingue por la muerte o presunción de ésta de uno de los cónyuges, por divorcio o por declaración de nulidad.

Nayarit (2015)

Código Civil para el Estado de Nayarit, art. 135, reformado 22 de diciembre de 2015.

Artículo 135. El matrimonio es un contrato civil, por el cual *dos personas*, se unen en sociedad para realizar vida en común, procurando entre ambos respeto, igualdad y ayuda mutua.

Nuevo León (2019)

Código Civil para el Estado de Nuevo León, art. 147, reformado 5 de febrero de 1997.

Artículo 147. El matrimonio es la unión legítima de *un solo hombre y una sola mujer*, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, *perpetuar la especie* y crear entre ellos una comunidad de vida permanente. Cualquiera condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta.

La Acción de Inconstitucionalidad 29/2018, de 19 de febrero de 2019, declaró inconstitucionales esas expresiones.

Oaxaca (2019)

Código Civil para el Estado de Oaxaca, art. 143, reforma publicada el 5 de octubre de 2019.

Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre *dos personas*, que se unen para realizar una vida en común y proporcionarse respeto, igualdad y ayuda mutua.

Puebla (2018)

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, art. 294, reformado el 6 de diciembre de 2019.

Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual *un sólo hombre y una sola mujer*, se unen en sociedad para ayudarse en la lucha por la existencia.

La Acción de Inconstitucionalidad 29/2016, de 1 de agosto de 2017, declara inválida la porción normativa “un solo hombre y una sola mujer”; así como las porciones normativas referidas a tales sujetos, contenidas en diversos preceptos del Código y otros ordenamientos estatales vinculados tanto con el matrimonio como con el concubinato y dispone que deberá entenderse que estas instituciones involucran a dos personas del mismo o de diferente sexo. A pesar de que con posterioridad se reformó, se mantuvieron las expresiones discriminatorias.

Quintana Roo (1980)

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, publicado el 8 de octubre de 1980.

Artículo 680. *Las personas* que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al oficial del Registro Civil, ante el cual celebrarán el contrato respectivo [...].

San Luis Potosí (2019)

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, art. 15, reforma publicada el 20 de mayo de 2019.

Artículo 15. El matrimonio es la unión legal entre *dos personas*, libremente contraída, basada en el respeto, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, que hacen vida en común, con la finalidad de proporcionarse ayuda mutua, formando una familia.

B. Matrimonio igualitario vía amparo con legislación inconstitucional

Baja California

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

Artículo 7. [...]. El Estado reconoce y protege la Institución del Matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de *un hombre con una mujer*.

Código Civil para el Estado de Baja California.

Artículo 143. El matrimonio es la unión de *un hombre y una mujer* para convivir y realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil.

Chihuahua

Código Civil del Estado de Chihuahua.

Artículo 134. El matrimonio es el acuerdo de voluntades entre *un hombre y una mujer* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Este acto debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.

Estado de México

Código Civil del Estado de México.

Artículo 4.1 Bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual *un hombre y una mujer* voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.

Guanajuato

Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Artículo 144. Cualquiera condición contraria a la *perpetuación de la especie* o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.
Artículo 164. El *marido y la mujer* tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

Guerrero

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero.

Artículo 412. Podrán contraer matrimonio *el hombre y la mujer*, que hayan cumplido dieciocho años edad.

Querétaro

Código Civil del Estado de Querétaro.

Artículo 137. El matrimonio es una institución en la que se establece un vínculo jurídico por la unión de *un hombre y una mujer*, que, con igualdad de derechos y obligaciones, son la base del nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable.

Sonora

Código de Familia para el Estado de Sonora.

Artículo 11. El matrimonio es la unión legítima de *un hombre y una mujer*, con el propósito expreso de integrar una familia, el respeto recíproco y la protección mutua, así como la eventual perpetuación de la especie. Cualquier disposición contraria a estos fines, acordada por los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Artículo 102. Es jurídicamente imposible el matrimonio contraído entre sujetos del mismo sexo.

Sinaloa

Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Artículo 40. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de *un hombre y una mujer*, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.

Tabasco

Código Civil para el Estado de Tabasco.

Artículo 154. Pueden contraer matrimonio: *el hombre y la mujer* que hayan cumplido dieciocho años de edad.

Tamaulipas

Ley para el Desarrollo Familiar del Estado de Tamaulipas.

Artículo 3. 1. Los principios rectores de la familia son: a) todo varón y mujer en edad núbil, tienen derecho a contraer matrimonio, célula básica de la familia. *El matrimonio es el acuerdo de voluntades libremente*

expresadas por un hombre y una mujer, con objeto de unir sus vidas en forma permanente a fin de procurarse ayuda mutua y la preservación de la especie, que se celebra ante la autoridad competente y con los requisitos y formalidades que la ley dispone.

Tlaxcala

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Artículo 46. Podrán contraer matrimonio *el hombre y la mujer* que hayan cumplido dieciocho años de edad. Los presidentes municipales podrán conceder la dispensa del impedimento de parentesco por consanguinidad en la línea colateral desigual.

Veracruz

Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Artículo 75. El matrimonio es la unión de *un solo hombre y de una sola mujer* que conviven para realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil.

Yucatán

Código de Familia para el Estado de Yucatán.

Artículo 49. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un *hombre y una mujer*, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.

Constitución Política del Estado de Yucatán

Artículo 94, pár. 2. El matrimonio es una institución por medio del cual se establece la unión jurídica de *un hombre y una mujer*, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada. El Estado reconoce que es de vital interés para la sociedad que en la unión de hombre y mujer para la procreación, se establezcan límites en cuanto a la edad y salud física y psíquica.

Zacatecas

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Artículo 100. El matrimonio es la unión jurídica de *un hombre y una mujer* donde ambos, mediante una comunidad de vida, y procurándose respeto, igualdad y ayuda mutua, constituyan una familia, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

Mucho ruido por (casi) nada*

PERÚ

Carlos J. Zelada**

Para Gianfranco, por nuestros sueños adolescentes del verano de 1993.

[Q]ue otros sean lo normal.

Susy Shock, *Poemario Trans Pirado*

No se trata de negarle el derecho a nadie, sino de simplemente respetar los derechos de la mayoría heterosexual, que por ningún motivo quiere que sus hijos crezcan con la sucia idea de que es normal o natural relacionarse emocional y físicamente con una persona del mismo sexo. El activismo pro Sodoma ha llegado a límites inaceptables, es urgente su extinción.

Opinión de usuaria anónima en redes sociales sobre el proyecto de ley de unión civil (2013)

* La redacción de este texto culminó en diciembre de 2020. No quisiera empezar estos párrafos sin antes agradecer el oportuno socorro académico que me prestó Diego Quesada Nicoli, bachiller en Derecho y asistente del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, para la búsqueda y el análisis de la información que han conducido a este texto. Gracias también, querido Diego, por ser mi atento interlocutor a propósito de la soledad que supuso el confinamiento de estos meses de otoño e invierno del 2020. Este trabajo también se ha enriquecido de la fina y paciente mirada editorial de Carolina Neyra Sevilla, bachillera en Derecho y asistente del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. No está de más decir que los errores que encuentre aquí son de mi más exclusiva responsabilidad.

** Vicedecano y profesor asociado de la Facultad 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. Miembro del Consejo del Global Campus of Human Rights. Correo electrónico: zelada_cj@up.edu.pe

Está bien que quieran los mismos derechos, pero mejor váyanse a vivir a otro país. Con este rollo de la discriminación lo único que están logrando es dar un mal ejemplo a la juventud. Que quede claro, aquí nadie los persigue, pero es mejor que su felicidad sea privada. Bien privada. Dios perdona el pecado pero no el escándalo.

Opinión de usuario anónimo en redes sociales sobre la demanda presentada por Oscar Ugarteche para el reconocimiento de su matrimonio igualitario (2020)

El sistema jurídico peruano, heteronormativo por costumbre, carece todavía de una ley que permita celebrar un matrimonio igualitario en su territorio. El Perú es, en realidad, uno de cinco países en Sudamérica que no reconoce fórmula jurídica alguna para que las parejas no heterosexuales puedan ser reconocidas como familia.¹ En este capítulo, dividido en cinco secciones, presento los esfuerzos legislativos y jurisdiccionales llevados a cabo en el Perú con el objetivo de lograr el matrimonio igualitario. Luego de esta primera parte introductoria, el segundo acápite del texto presenta la legislación vigente sobre el matrimonio y narra la crónica de los intentos legislativos presentados en el Congreso peruano para reconocer jurídicamente el afecto no heterosexual. La tercera sección analiza la historia judicial de los procesos de amparo presentados contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) para la inscripción de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. En este segmento me aproximo además a la cuestión del “activismo judicial” que se habría puesto de manifiesto en tales expedientes. En la cuarta parte destaco algunos episodios recientes fuera del ámbito conyugal, pero relevantes para el reconocimiento jurídico de las disidencias afectivas en el Perú. Por último, en el quinto apartado presento algunas conclusiones y reflexiones a propósito de las posibilidades del matrimonio igualitario en el país. Y es que aquí ha ocurrido bastante, pero se ha logrado poco: mucho ruido por (casi) nada.

1 Los otros cuatro países son Guyana, Paraguay, Surinam y Venezuela.

La búsqueda del reconocimiento de los afectos entre personas LGB² en el Congreso peruano

El panorama legislativo del matrimonio en el Perú

Son dos las normas jurídicas relevantes sobre el matrimonio en el Perú. La primera es el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, que dispone lo siguiente:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

La segunda es el artículo 234 del Código Civil de 1984, disposición que apuesta claramente por una fórmula heterosexual de los afectos: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

El sistema jurídico doméstico también incluye la fórmula no conyugal de la “unión de hecho”. Los términos y alcances de esta figura están definidos en el artículo 5 del texto constitucional: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. La unión de hecho está prevista en términos similares en el artículo 326 del Código Civil:

2 Utilizo la sigla LGB para referirme a la población de lesbianas, gays y bisexuales. Es decir, cuando hablo desde la clave de la orientación sexual. Si uso LGBT es porque estoy incluyendo a las personas trans. Y si la fórmula elegida es LGBTI, es porque allí sumo a las personas intersexuales. En este texto sobre matrimonio igualitario prefiero utilizar la combinación LGB, en lugar de otras posibilidades dentro de la sigla de la diversidad. Esto por una razón didáctica, pero también política: me parece un error homogenizar las aspiraciones detrás (y delante) de cada una de estas letras. El matrimonio igualitario es parte de la agenda que prohíbe discriminar a las personas por su orientación sexual. En sencillo, no tiene que ver con las aspiraciones de la T. Mucho menos con las de la I. Y si bien este no es el espacio para profundizar en tales cuestiones, unx nunca debe olvidar que la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales son todos conceptos muy, pero muy distintos. Sobre la diferencia entre estas categorías, conviene revisar: Carlos J. Zelada, “Cuerpxs indisciplina dxs. Hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes”, en Ronnie Farfán, Santiago Mariani y Cecilia O’Neill (eds.), *Repensando las reglas de juego. Caminos para evitar el colapso institucional y social*. Lima: Universidad del Pacífico, 2018, pp. 153-190.

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Los proyectos de ley para el reconocimiento de los afectos entre personas LGB

La población LGB peruana nunca ha contado con una fórmula legislativa explícita para la protección de sus afectos. Sin embargo, en las dos últimas décadas, las curules del siempre controversial Parlamento peruano han visto ir y venir varias iniciativas para dar o quitar impulso a tal objetivo. La primera vez que la protección jurídica de las parejas no heterosexuales fue materia de debate parlamentario fue durante el Congreso Constituyente Democrático (CCD) instalado tras el autogolpe de Alberto Fujimori para elaborar la actual Constitución.³ En la sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del 31 de mayo de 1993, el entonces congresista Julio Castro propuso que el artículo de la nueva Constitución sobre la unión de hecho incluyera a las parejas “sin mención de sexo”. La propuesta fue rápidamente descartada de la discusión.⁴ Algunas semanas después, en la sesión del pleno del CCD del 6 de julio de 1993, Castro y la parlamentaria Lourdes Flores Nano propusieron mantener el texto del artículo de la Constitución anterior, que hablaba, en plural, de “las formas de matrimonio”,⁵ para buscar reconocer jurídicamente ciertas prácticas como el *servinacuy*.⁶ Aunque la motivación de Castro y Flores Nano no era incluir en modo alguno a las parejas LGB en la fórmula matrimonial, su sola posibilidad

3 Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe final (Perú: 1980-2000)*. T. III. Lima: CVR, 2003, pp. 59-159.

4 Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional-1993. Comisión de Constitución y Reglamento*. T. V. Lima: Congreso de la República, 2001, p. 2639.

5 El artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1979 señalaba lo siguiente: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

6 Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional Pleno-1993*. T. I. Lima: Congreso de la República, 1998, pp. 357-359. El *servinacuy* ha sido traducido al castellano como “matrimonio de prueba”.

despertó el temor de algunos congresistas, como Enrique Chirinos Soto, que afirmó lo siguiente:

Se nos ha pedido –aunque no se ha planteado todavía formalmente– que autoricemos el matrimonio de los homosexuales. Pero, si los homosexuales en el Perú, con tal de que sean mayores de edad, tienen todo el derecho del mundo de comprarse una casa, vivir juntos, y celebrar cualquier tipo de contrato que les permita tener una sociedad de gananciales, ¿cuál sería el objeto de poner en la Constitución: “los homosexuales en el Perú están habilitados para vivir juntos”, [...], señor Presidente?⁷

La discusión parlamentaria sobre los afectos LGB asomaría de nuevo ya iniciado el siglo XXI. Así, desde el año 2003, fueron presentados 14 proyectos de ley sobre la temática en el Congreso (Tabla 1). Un dato no menor es que, con excepción de la última, todas eran propuestas no conyugales. El matrimonio igualitario recién aparecerá como posibilidad en un proyecto de ley del año 2017.

Pero no nos adelantemos. Los 13 proyectos no matrimoniales comparcieron una estrategia de socialización que hacía explícitas las dificultades patrimoniales generadas por el silencio jurídico en torno a las parejas LGB. El discurso imperante para entonces dejaba entrever que el reconocimiento jurídico de lo no heterosexual podría ser menos complicado de lograr con un enfoque de injusticia económica. De estas 13 iniciativas, cuatro proponían la creación de una figura jurídica nueva y exclusiva para las personas LGB denominada “unión civil”. Esta fórmula no modificaba el estado civil de los contrayentes, aunque sí otorgaba la casi totalidad de deberes y derechos derivados del matrimonio o de la unión de hecho. Las restricciones de la unión civil, como puede intuir, se vinculaban a la adopción y las paterno-maternidades. Para entonces, eso era todavía mucho pedir.

Las otras nueve propuestas –cuatro con el rótulo de i) “patrimonio compartido”, el resto bajo las denominaciones individuales de ii) “atención mutua”, iii) “sociedad solidaria”, iv) “asociación patrimonial solidaria”, v) “unión contractual” y vi) “cooperación patrimonial”– planteaban regímenes patrimoniales abiertos que podían ser utilizados por todx ciudadanx al margen de su orientación sexual.⁸ Los cuatro proyectos sobre

7 Congreso Constituyente Democrático, *Debate Constitucional Pleno-1993*, p. 380.

8 En los cuatro proyectos legislativos de patrimonio compartido se proponía la suscripción de un contrato mediante el cual la pareja constituía un patrimonio autónomo similar a la sociedad

2801/2013-CR	Atención mutua	21/10/2013	Julio Rosas, José Luis Elías, Ángel Neyra, Carlos Tubino, Freddy Sarmiento, Martha Chávez, Humberto Lay, Víctor Grandez, María López, Aurelia Tan, Antonio Medina, Octavio Salazar, Ramón Kobashigawa, Karla Schaefer, Rofilio Neyra, Jesús Hurtado, Reber Ramírez, Agustín Molina	Fuerza Popular	Favorable (9/6/2015) Texto sustitutorio (Régimen de unión solidaria)*	Archivo automático
3273/2013-CR	Régimen de sociedad solidaria	14/3/14	Martha Chávez, Luz Salgado, José Luis Elías, Cecilia Chacón, Leyla Chihuán, Julio Rosas, Julio Gagó	Fuerza Popular		
3594/2013-CR	Asociación patrimonial solidaria	11/6/2014	Humberto Lay, Gabriela Pérez del Solar, Marco Tulio Falconí, Ramón Kobashigawa, Norman Lewis, Wuilian Monterola, Eduardo Nayap, Mariano Portugal (Adherentes: Richard Acuña, Jesús Hurtado)	Unión Regional		
3649/2013-CR	Unión contractual	25/6/14	Martín Belaunde, Esther Capuñay, Gustavo Rondón, José Luna, Vicente Zeballos, Enrique Wong	Solidaridad Nacional		
4495/2014-CR	Régimen de cooperación patrimonial entre personas	13/5/15	Rubén Condori, Johnny Cárdenas, Leonidas Huayama, Agustín Molina, Gladys Oseda, Wilder Ruiz, Rubén Coa	Nacionalista Gana Perú		

* Como se explica posteriormente, cinco proyectos (“atención mutua”, “sociedad solidaria”, “asociación patrimonial solidaria”, “unión contractual” y “cooperación patrimonial”) fueron analizados de forma conjunta y, como resultado, fueron fusionados en un texto sustitutorio con el nombre de “unión solidaria”. Sin embargo, pese a recibir un dictamen favorable, esta no alcanzó a ser agendada para su debate en el pleno del Congreso.

Tabla I. Proyectos de ley sobre reconocimiento de parejas no heterosexuales en el Perú (2003-2017) (Continuación)

PERÍODO CONGRESAL	NÚMERO	NOMBRE	FECHA DE PRESENTACIÓN	CONGRESISTAS FIRMANTES	GRUPO PARLAMENTARIO	DICTAMEN	DESTINO
2016-2021	718/2016-CR	Unión civil	30/11/2016	Alberto de Belaunde, Guido Lombardi, Vicente Zeballos, Mercedes Aráoz, Ana María Choquehuanca (retiró firma), Gino Costa, Sergio Dávila, Janet Sánchez (retiró firma), Juan Sheput, Carlos Bruce	Peruanos por el Cambio	Sin dictamen	En comisión
	961/2016-CR	Matrimonio civil igualitario	14/2/2017	Indira Huilca, Carlos Bruce, Guido Lombardi, Alberto de Belaunde, Marisa Glave, Édgar Ochoa, Tania Pariona, Alberto Quintanilla, Horacio Zeballos, Manuel Dammert	Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad	Sin dictamen	En comisión

Fuente: Elaboración propia con la información del sitio web del Congreso (<http://www.congreso.gob.pe>).

patrimonio compartido se concibieron desde el minimalismo jurídico. Se creía que una iniciativa modesta y tímida (casi “de clóset”) podría ser adoptada sin mayores dificultades por la conservadora clase parlamentaria de la época. Todavía era un riesgo hablar de unión civil o de matrimonio igualitario. Las otras cinco iniciativas no matrimoniales nacieron en realidad de la oposición a los proyectos de unión civil que comenzaban el recorrido procedimental del laberinto congresal. La consigna conservadora detrás de los cinco proyectos era clara: evitar a toda costa la aprobación de alguna fórmula legislativa de protección explícita para las parejas no heterosexuales.

Si algo revela la ruta de estas propuestas es que, hasta hace muy poco, el matrimonio igualitario era visto como una posibilidad jurídica muy remota: la unión civil era la aspiración tope del reconocimiento de la sexualidad no convencional. Esto a diferencia de otros países de la región donde la unión civil era *de facto* el piso mínimo de discusión para la protección de los afectos LGB.⁹

El panorama hoy es distinto. La Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),¹⁰ de la mano con la rápida expansión del matrimonio igualitario en las Américas, ha fijado la fórmula conyugal como el nuevo punto de partida para la discusión jurídica sobre el reconocimiento de las parejas no heterosexuales. Pero esa es otra historia. Lo cierto es que en el Perú, pese a la cantidad de iniciativas legislativas presentadas, ninguna llegó a buen puerto. Incluso, en algunos casos, el barco encalló apenas empezaba a zarpar.

Al momento de escribir estas líneas, ninguna de las 14 propuestas presentadas entre el 2003 y el 2017 ha sido discutida todavía en el pleno del Congreso. Siguiendo el trámite estándar, los proyectos fueron enviados a la

conyugal de gananciales, pero sin llamarlo como tal. Los otros cinco proyectos (ii-vi) planteaban, con ciertas diferencias, un régimen de protección que, además del patrimonio conjunto, incluía aspectos sucesorios así como de seguridad social, pensiones y salud. Si bien la regulación de estas cinco iniciativas se asemejaba más a la unión civil, irónicamente ninguna estuvo pensada desde la afectividad LGB. Sus fórmulas alcanzaban a cualquier modo de convivencia entre personas.

9 Carlos J. Zelada. “¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Juris Dictio*, núm. 22 (2018): 164.

10 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento buscando obtener un dictamen favorable que permita su votación ante el pleno. Como se aprecia en la Tabla 1, la mayor parte de estas iniciativas fue archivada al final de su período parlamentario. El detalle de dichas historias se encuentra en los párrafos siguientes.

El frustrado reconocimiento parlamentario de las parejas no heterosexuales en el Perú ha transitado por etapas que me gustaría explicar atendiendo a cuatro hitos congresales claves: i) el primer proyecto de ley de unión civil, ii) la era Bruce: del patrimonio compartido a la unión civil, iii) la reacción conservadora, y iv) los proyectos de ley que quedaron en el olvido.

El primer proyecto de ley de unión civil (período parlamentario 2001-2006)

El primer proyecto legislativo para proteger a las parejas LGB en el Perú fue la unión civil presentada al final del año 2003 por la entonces congresista Martha Moyano.¹¹ Esta iniciativa planteó un reconocimiento explícito de lo no heterosexual que, a diferencia de otras propuestas que serían presentadas en años posteriores, no invisibilizaba los afectos no convencionales. En aquel contexto, el proyecto de unión civil tuvo poca acogida: no fue discutido en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y fue archivado automáticamente al final del ciclo parlamentario 2001-2006. Y si bien Moyano fue reelegida como congresista para el período 2006-2011, nunca más insistió con la propuesta ni participó de las iniciativas de ley que surgirían en dicho período con similar finalidad.

La era Bruce: del patrimonio compartido a la unión civil (períodos parlamentarios 2006-2011 y 2011-2016)

Transcurrieron más de seis años para que volviera a presentarse un intento de regulación jurídica de los afectos LGB. Con dicho objetivo en mente, entre 2010 y 2013, ingresaron seis nuevos proyectos de ley en los cuales el entonces congresista Carlos Bruce tuvo un rol visible. Quienes respaldaron estas iniciativas fueron, por lo general, de la misma agrupación

11 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 9317/2003-CR. Ley que establece las uniones civiles entre parejas del mismo sexo, de 10 de diciembre de 2003. <https://bit.ly/3IEoSer>.

política de Bruce o de fuerzas políticas aliadas que solían trabajar de forma conjunta en aquel Parlamento.¹²

El proyecto de ley de patrimonio compartido presentado por Bruce en 2010 fue el primero en su tipo que logró ser debatido en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.¹³ Pero la iniciativa recibió dictamen desfavorable y fue enviada al archivo.¹⁴ Un mes después, Bruce introdujo un segundo proyecto de patrimonio compartido.¹⁵ Casi de inmediato, el Partido Aprista Peruano presentó una segunda iniciativa de unión civil.¹⁶ Sin embargo, ninguna fue agendada para debate en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y, con la culminación del período parlamentario 2006-2011, fueron archivadas automáticamente.

Con el inicio del nuevo período parlamentario 2011-2016, Bruce presentó un tercer¹⁷ y cuarto¹⁸ proyectos de patrimonio compartido, que luego retiraría. Y así llegó el 2013, cuando el congresista propuso una tercera iniciativa de unión civil.¹⁹ Esta última recibió una inesperada visibilidad fuera del Parlamento y representó un punto de quiebre en la percepción ciudadana de la población LGBT. Paso a contar la historia.

12 Por ejemplo, resalta el constante apoyo de los entonces congresistas del Partido Aprista Peruano.

13 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3814/2009-CR. Ley de Patrimonio Compartido, de 4 de febrero de 2010. <https://bit.ly/33EcEIB>.

14 Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley No. 3814/2009-CR, que propone crear el Contrato de Patrimonio Compartido, de 1 de junio de 2010. <https://bit.ly/37zseu9>. Si bien del dictamen se advierte que nueve congresistas votaron a favor de la desaprobación del proyecto, no es posible determinar con certeza si los demás miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos votaron y, si lo hicieron, si votaron en contra o se abstuvieron.

15 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4176/2010-CR. Ley de Patrimonio Compartido, de 27 de julio de 2010. <https://bit.ly/2IcBGv2>.

16 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4181/2010-CR. Ley que establece la unión civil entre personas del mismo sexo, de 2 de agosto de 2010. <https://bit.ly/2JImAOB>.

17 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 108/2011-CR. Ley del Patrimonio Compartido, de 25 de agosto de 2011. <https://bit.ly/2VAnJdo>.

18 Congreso de la República del Perú, Proyecto de Ley No. 1393/2012-CR. Ley del Patrimonio Compartido, de 8 de agosto de 2012. <https://bit.ly/31Dvmud>.

19 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR. Ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, de 12 de septiembre de 2013. <https://bit.ly/3mS2AYl>.

Si bien el tercer proyecto de unión civil fue introducido en septiembre de 2013, este recién fue evaluado en 2015 en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que para entonces presidía el parlamentario Juan Carlos Eguren del Partido Popular Cristiano.²⁰ El contenido del dictamen elaborado era a todas luces positivo: hacía visible la situación de desprotección histórica de las personas LGB en el Perú y enfatizaba el carácter indispensable de la iniciativa para garantizar los derechos de las parejas no heterosexuales.²¹ El texto destacaba también que la propuesta había recibido opinión favorable del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Poder Judicial, todas instituciones consultadas por el Congreso con ocasión de la iniciativa. Pese a ello, el 10 de marzo de 2015, los miembros de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos votaron en mayoría por desaprobala.²² Ante el resultado desfavorable, el congresista aprista Mauricio Mulder planteó una solicitud de reconsideración de la votación que, un mes después, fue rechazada y el proyecto recibió archivo definitivo.

El derrotero legislativo del tercer proyecto de unión civil durante 2015 representa a la fecha el hito más importante en la visibilización de las necesidades de las personas sexualmente diversas en la política peruana.²³ La propuesta tuvo un impacto social sin precedentes, pues por primera vez llevó al imaginario ciudadano a pensar lo LGBT con un enfoque de igualdad y de prohibición de la discriminación. Con ocasión del debate legislativo hubo manifestaciones de respaldo en las calles con un alcance hasta entonces nunca visto en el país, como, por ejemplo, la II Marcha por

20 El Partido Popular Cristiano (PPC) es uno de los movimientos “tradicionales” del espectro político nacional junto a Acción Popular y el Partido Aprista Peruano. Por lo general, el PPC se ha situado en lo que se entiende es –si cabe el término– la derecha o la centro derecha ideológica peruana.

21 Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR, mediante el cual se propone la ley que regula los derechos de la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, de 10 de marzo de 2015. <https://bit.ly/2L73Okk>.

22 El dictamen recibió siete votos en contra, cuatro votos a favor y dos abstenciones.

23 En el recorrido parlamentario de esta iniciativa, Bruce reconoció públicamente su orientación homosexual. Con ello, Bruce se convertiría en el primer congresista abiertamente gay de la historia del Perú. *El Comercio*. “Sí, soy gay y estoy orgulloso de serlo”, admite Carlos Bruce”. Lima, 18 de mayo de 2014 (<https://bit.ly/37EIj22>); Red Peruana TLGB y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Lima, 2016, p. 88.

la Igualdad, de abril del 2015, convocada por la organización ¡Unión Civil Ya!²⁴ y la XIV Marcha del Orgullo LGBTI de Lima, de junio del 2015, convocada por el colectivo Marcha del Orgullo.²⁵

La reacción conservadora (período parlamentario 2011-2016)

A la par del trámite de la tercera encarnación de la unión civil, otros grupos parlamentarios presentaron iniciativas con el objetivo de borrar la posibilidad de un reconocimiento explícito de los afectos de las parejas LGB en el plano legislativo.²⁶ Entre octubre de 2013 y mayo de 2015, se conocieron así cinco nuevos proyectos, liderados cada uno por distintas bancadas. Las iniciativas legislativas sobre “atención mutua”²⁷, “sociedad solidaria”²⁸, “asociación patrimonial solidaria”,²⁹ “unión contractual”³⁰ y “cooperación patrimonial”³¹ tenían como base común la protección jurídica del patrimonio. Pero cualquier ciudadanx tenía garantizadx el acceso a ellas: no era requerido ser pareja, mucho menos ser una pareja LGB.

24 La organización lleva hoy el nombre de “Matrimonio Igualitario Perú”.

25 Red Peruana TLGB y Promsex, *Informe anual*, pp. 95-96; Gabriela Zavaleta Vera. “Matrimonio igualitario e igualdad de derechos para familias del mismo sexo: una mirada desde el activismo al camino por recorrer”, en Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género*. Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, pp. 205-242.

26 El entonces congresista y pastor evangélico Julio Rosas tuvo un papel clave en estas iniciativas de oposición. Perú21. “Julio Rosas: ‘No permitiremos que la ideología gay avance’”. Lima, 20 de marzo de 2014 (<https://bit.ly/37WwjZw>); El Comercio. “Julio Rosas: Archivar la unión civil defiende a la familia”. Lima, 10 de marzo de 2015. <https://bit.ly/3m3gDsN>.

27 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 2801/2013-CR. Ley de Atención Mutua. Presentado el 21 de octubre de 2013. <https://bit.ly/3g6HmmN>.

28 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3273/2013-CR. Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria. Presentado el 14 de marzo de 2014. <https://bit.ly/2JHXbEu>.

29 Congreso de la República del Perú, Proyecto de Ley No. 3594/2013-CR. Ley que crea la Asociación Patrimonial Solidaria. Presentado el 11 de junio de 2014. <https://bit.ly/3IDPgp0>.

30 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3649/2013-CR. Ley de la Unión Contractual. Presentado el 25 de junio de 2014. <https://bit.ly/39Ctuj3>.

31 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4495/2014-CR. Ley que crea el Régimen de Cooperación Patrimonial entre Personas. Presentado el 13 de mayo de 2015. <https://bit.ly/37ypFbV>.

Tras rechazar la unión civil, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos decidió tramitar estos cinco proyectos de forma conjunta. Para ello, elaboró un texto sustitutorio que condensaba las propuestas en una nueva iniciativa legislativa denominada régimen de “unión solidaria”.³² El 9 de junio de 2015, la propuesta recibió dictamen positivo, quedando todo listo para su discusión definitiva con todos los parlamentarios. Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de Eguren por convencer a la Junta de Portavoces del Congreso, el texto nunca fue agendado para su debate ante el pleno. Otro período parlamentario llegaba a su fin.

*Los proyectos de ley que quedaron en el olvido
(período parlamentario 2016-2021)*

En lo que va del período parlamentario 2016-2021, han sido presentadas dos propuestas de ley: una que retoma la vieja unión civil y, por primera y única vez en la historia peruana, una iniciativa sobre matrimonio igualitario.

En noviembre de 2016, Alberto de Belaunde³³ y Bruce, para entonces congresistas de la bancada oficialista Peruanos por el Cambio, presentaron un cuarto proyecto de unión civil.³⁴ Un año después, en noviembre de 2017, congresistas del Frente Amplio, liderados por Marisa Glave e Indira Huilca –en articulación con De Belaunde y Bruce–, presentaron un proyecto sobre matrimonio igualitario.³⁵

Lamentablemente, tras años de espera, ninguna de las iniciativas ha sido discutida (y, como vamos, probablemente ni se llegará a discutir) en la Comisión de Justicia. Tomando en cuenta que el período parlamentario

32 Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 2801/2013-CR, 3273/2013-CR, 3594/2013-CR, 3649/2013-CR y 4495/2014-CR con un Texto Sustitutorio que propone regular el Régimen de Unión Solidaria. 9 de junio de 2015. <https://bit.ly/2VNqxEh>.

33 Alberto de Belaunde hizo pública su orientación sexual durante su campaña al Congreso en 2016 y, al ser elegido, se convirtió en el segundo parlamentario abiertamente gay de la historia peruana. Luego de la disolución del Congreso llevada a cabo por el presidente Martín Vizcarra en 2019, De Belaunde fue nuevamente elegido para completar el período congresal interrumpido, pero esta vez como miembro invitado de otra agrupación: el Partido Morado. Para entonces, la bancada de Peruanos por el Cambio había desaparecido por completo.

34 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 718/2016-CR. Ley que establece la unión civil, de 30 de noviembre de 2016. <https://bit.ly/3g7DkKN>.

35 Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 961/2016-CR. Ley de matrimonio civil igualitario, de 14 de febrero de 2017. <https://bit.ly/33K777k>.

actual vence a mediados del año 2021, parece ser que el destino inexorable de ambas iniciativas será su archivo automático.

Así, ante las incertidumbres de la vía legislativa, algunas parejas LGB comenzaron a buscar respuestas alternativas en los tribunales de justicia, para proteger sus uniones.

La historia judicial del matrimonio igualitario en el Perú

Se conocen al menos cuatro procesos judiciales sobre matrimonio igualitario en el Perú. Todos ellos son iniciativas de amparo:³⁶ tres involucran a parejas no heterosexuales casadas en el extranjero que solicitaron al Reniec que su condición conyugal fuera registrada en el país (Tabla 2). En otras palabras, piden que se les reconozca en el Perú como lo que son: cónyuges.

¿Cómo se originan estos tres litigios? En los dos primeros, las partes optaron por solicitar inicialmente al Reniec la inscripción de sus uniones. Es decir, los amparos fueron presentados luego del rechazo administrativo de los pedidos. En cambio, los demandantes del tercer caso acudieron de manera directa a la vía constitucional.³⁷ Lxs jueces de primera instancia favorecieron las pretensiones de lxs demandantes y ordenaron al Reniec inscribir los matrimonios igualitarios celebrados en el exterior. El Reniec apeló las decisiones en cada uno de estos procesos, por lo que los expedientes subieron a una sala de la Corte Superior de Justicia de Lima para su revisión.

El expediente Ugarteche es el único de los tres amparos que ha culminado.³⁸ En enero de 2018, la sala que conoció la apelación del Reniec revocó la sentencia de primera instancia y declaró improcedente el pedido de Ugarteche con argumentos procesales.³⁹ Frente al resultado desfavorable, Ugarteche se presentó entonces ante el Tribunal Constitucional. En noviembre de 2020, los magistrados constitucionales decidieron –por

36 En el Perú, el proceso de amparo es tramitado inicialmente ante el Poder Judicial (primero en un juzgado y luego ante una sala) y sólo en una eventual última instancia es revisado por el Tribunal Constitucional.

37 En el tercer caso, los demandantes señalaron que obviaban el paso administrativo porque era previsible, dados los antecedentes, que el Reniec les respondiera negativamente.

38 Los otros dos procesos reseñados en este capítulo siguen a la espera de una sentencia en segunda instancia.

39 La sala estableció que el amparo fue presentado por la defensa del demandante fuera de plazo de ley.

Tabla 2. Procesos judiciales de amparo sobre reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados fuera del Perú

EXPEDIENTE	DEMANDANTES	DEMANDADOS	ÓRGANO	FECHA DE LA SENTENCIA	RESULTADO
22863-2012	Oscar Ugarteche	Reniec	Séptimo Juzgado Constitucional de Lima	21/12/2016	Fundada
			Cuarta Sala Civil de Lima	19/1/2018	Improcedente
			Tribunal Constitucional	3/11/2020	Improcedente
10776 -2017	Susel Paredes y Gracia María Aljovín	Reniec y Procuraduría Pública (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)	Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima	22/3/2019	Fundada
			Segunda Sala Constitucional de Lima	Pendiente	Pendiente
20900-2015	A.A.M.S. y D.A.U.F.	Reniec y Procuraduría Pública (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)	Sexto Juzgado Constitucional de Lima	1/8/2019	Fundada
			Segunda Sala Constitucional de Lima	Pendiente	Pendiente

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3. Procesos judiciales de amparo sobre la celebración de matrimonios igualitarios en el Perú

EXPEDIENTE	DEMANDANTES	DEMANDADOS	ÓRGANO	FECHA DE LA SENTENCIA	RESULTADO
4263-2017	R.V.T.P.	Municipalidad del Rímac, Reniec, Procuraduría Pública (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)	Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima	6/11/2019	Improcedente

Fuente: Elaboración propia.

cuatro votos a favor y tres en contra— declarar improcedente la demanda.⁴⁰ Y si bien el resultado procesal fue idéntico a la segunda instancia, las razones de los miembros del Tribunal Constitucional para justificar la improcedencia fueron distintas.

Para el magistrado Miranda, el amparo era improcedente porque Ugarteche debió cuestionar la decisión del Reniec por la vía contencioso-administrativa.⁴¹ En cambio, los magistrados Blume, Ferrero y Sardón sostuvieron la improcedencia argumentando que la controversia del caso no estaba relacionada con un derecho constitucionalmente protegido.⁴² En opinión del magistrado Espinosa-Saldaña, sus tres colegas sí analizaron el fondo de la controversia, pero presentaron sus argumentos aduciendo la improcedencia, para lograr una mayoría de votos junto a Miranda.⁴³ Pero de esto hablaré más adelante.

Además de estos tres procesos, existe una cuarta demanda de amparo que, a diferencia de las anteriores, sí buscaba celebrar un matrimonio igualitario en territorio peruano (Tabla 3). Esta solicitud fue declarada improcedente en primera instancia, porque el demandante del caso se presentó solo y, a criterio del juez, se requería también la participación del otro potencial contrayente en el proceso.⁴⁴ La sentencia no fue apelada y quedó firme.⁴⁵

En los párrafos que siguen estudiaré las decisiones sobre el fondo i) de lxs jueces de primera instancia en los tres procesos de reconocimiento de

40 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC. Caso Oscar Ugarteche. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. Votaron a favor de la improcedencia los magistrados Blume, Ferrero, Miranda y Sardón. Lxs magistrados que votaron por declarar fundada la demanda fueron Espinosa-Saldaña, Ramos y Ledesma, la presidenta del tribunal.

41 El artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

42 El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

43 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 51.

44 Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 4263-2017. Sentencia de 6 de noviembre de 2019.

45 Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 4263-2017. Resolución No. 13 de 16 de julio de 2020.

matrimonios igualitarios celebrados en el exterior y ii) de lxs magistradxs del Tribunal Constitucional en el caso Ugarteche.

Los argumentos de lxs jueces de primera instancia en los casos de reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el exterior

Las sentencias de primera instancia en los tres expedientes de reconocimiento declararon fundadas las pretensiones de lxs demandantes y ordenaron al Reniec la inscripción de sus matrimonios. Para lxs jueces de estas causas, la controversia consistía en determinar si, a consecuencia de la negativa del Reniec, se vulneraba algún derecho fundamental de lxs solicitantes. Esta precisión no es menor: para estxs jueces era claro que su respuesta no debía estar enfocada en determinar la posibilidad del matrimonio igualitario en el Perú. ¿Era esta una suerte de precaución para evitar señalamientos futuros de activismo judicial? Por ejemplo, la jueza del caso Ugarteche señaló:

Esta Judicatura tiene presente que no es adecuado pronunciarse sobre si se debe o no regular el matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro país, limitándose a la labor jurisdiccional de verificar si es que se han vulnerado o no los derechos constitucionales del señor Ugarteche Galarza Oscar, al no permitírsele que se le reconozca su matrimonio celebrado en la ciudad de México.⁴⁶

Por su parte, la jueza en el caso de A.A.M.S. y D.A.U.F. sostuvo:

Que es importante aclarar que, la celebración del matrimonio como acto, ya sea en el Perú o en el extranjero, es diferente al acto de inscripción del matrimonio en el Registro, que dicha inscripción no constituye una celebración, ni es requisito para que el matrimonio sea válido, sino sólo para su eficacia ante terceros, es el acto por el que se publicita que el ciudadano tiene estatus civil de casado.⁴⁷

Pero lo anterior no significó que lxs jueces dejaran de lado en sus sentencias la presentación de discursos en torno a la importancia de garantizar el acceso al matrimonio para todas las parejas en el Perú. Así, para la jueza del caso Ugarteche:

⁴⁶ Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 22863-2012. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, considerando vigésimo. Énfasis agregado.

⁴⁷ Sexto Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando quinto. Énfasis agregado.

Esta Judicatura considera que no es factible que se sigan produciendo vulneraciones a los derechos de las parejas homosexuales, en el transcurso de tiempo que se apruebe una ley la cual reconozca derecho alguno de dichas personas; [...]

No es acorde a derecho que a la fecha no exist[a] institución alguna la cual reconozca algún derecho a favor de dichas parejas homosexuales.⁴⁸

De hecho, las decisiones de lxs jueces de primera instancia pueden ser leídas como una suerte de narrativa de la disconformidad jurisdiccional frente al silencio legislativo. Y es que, a pesar del cuidado que se percibe en el uso de sus palabras, lxs jueces no dejan de expresar una sutil molestia por el hecho que lxs demandantes hayan tenido que salir del país para materializar su proyecto de vida.

Ahora bien, siendo honesto, ninguna de las tres decisiones es particularmente fina en el análisis de las eventuales vulneraciones de derechos humanos sufridas por cada demandante como resultado de la denegatoria del Reniec. Por ejemplo, los nexos entre los hechos y el derecho tejidos en las sentencias son bastante ligeros. Si bien las tres decisiones mencionan conceptos jurídicos claves, como el libre desarrollo de la personalidad, la protección de la familia y la no discriminación, poco se habla de su contenido y vinculación concreta con los casos.⁴⁹ En resumen: no estuvo mal, pero pudo decirse más y mejor. En especial, en las sentencias posteriores a la decisión en primera instancia del expediente Ugarteche, para entonces, lxs jueces ya tenían a su disposición un acervo analítico maduro que explorar sobre el impacto personal que genera la discriminación por orientación sexual.

Otro punto de crítica es que las resoluciones judiciales no conversan, al menos explícitamente, entre sí. Las sentencias de los casos de Susel Paredes y Gracia María Aljovín, así como de A.A.M.S. y D.A.U.F., no hacen referencia alguna al tan mediático expediente Ugarteche. Eso sí, las tres decisiones estuvieron basadas en una ruta argumentativa guiada por dos premisas: i) que la Constitución Política peruana no restringe el matrimonio

48 Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 22863-2012. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, considerandos vigésimo séptimo y vigésimo octavo.

49 En el caso Ugarteche se declararon violados los derechos constitucionales a la igualdad, la no discriminación y el libre desarrollo y bienestar. En el caso de Susel Paredes y Gracia María Aljovín, el juez se centró en la vulneración del derecho al matrimonio y a la familia. Finalmente, la decisión del caso de A.A.M.S. y D.A.U.F. consideró vulnerados el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la autodeterminación individual.

a la fórmula heterosexual y ii) que esta debe ser interpretada a partir de los estándares internacionales que exigen reconocer las uniones de las parejas LGB sin discriminación. Paso a describirlas.

El matrimonio en la Constitución Política peruana

Para lxs tres jueces de primera instancia, el texto del artículo 4 de la Constitución peruana no restringe “explícita o implícitamente”⁵⁰ el matrimonio a las parejas heterosexuales: para ellxs, la regulación constitucional no supone la imposición de restricciones basadas en la orientación sexual de lxs contrayentes.

Bajo esta mirada, si el matrimonio igualitario no es todavía una posibilidad para el Perú, no es porque la Constitución así lo ordene, sino porque el Código Civil hasta ahora solo ha otorgado tal posibilidad a la heterosexualidad. Tal como menciona la jueza del caso de A.A.M.F. y D.A.U.F., “los fines legales no son necesariamente los fines constitucionales”.⁵¹ Es más, para estxs jueces, las disposiciones sobre el matrimonio del Código Civil fueron elaboradas en un contexto social previo a la Constitución actual, que ya no está vigente y “no se ha adaptado a [los] cambios que se han presentado en el mundo”⁵² sobre el reconocimiento social y jurídico de las parejas LGB. Estamos pues ante una interpretación judicial dinámica y pro persona. Aunque, si somos estrictos, no era necesario decir todo ello para resolver afirmativamente las controversias.

Partiendo de este eje hermenéutico, las decisiones pasaron a analizar la presunta incompatibilidad convencional de la negativa de inscripción del Reniec.

El control de convencionalidad pre y pos Opinión Consultiva OC-24/17

En las tres sentencias de primera instancia, lxs jueces realizaron un control de la convencionalidad de las acciones de Reniec para verificar

50 La frase fue utilizada en la decisión sobre el caso de Susel Paredes y Gracia María Aljovín. Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776-2017. Sentencia de 22 de marzo de 2019, párr. 34.

51 Sexto Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando octavo.

52 Séptimo Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 22863-2012. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, considerando décimo noveno.

si fueron compatibles con los estándares interamericanos sobre la materia.⁵³ La sentencia de primera instancia del caso Ugarteche fue publicada cuando la Corte Interamericana aún no emitía la Opinión Consultiva OC-24/17. Ante la ausencia de un estándar interamericano explícito sobre el matrimonio igualitario para entonces, la jueza construyó un discurso basado en la prohibición de la discriminación por orientación sexual. Para ello, acudió a las decisiones de la Corte Interamericana que ya establecían que la orientación sexual es una categoría protegida por la cláusula general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁵⁴ En particular, hizo referencia a los precedentes interamericanos de los casos *Atala Riffo*⁵⁵ y *Duque*.⁵⁶ Y, anticipando alguna crítica futura de su decisión, la jueza de la causa también enfatizó, parafraseando a la Corte Interamericana, que la falta de consenso sobre los derechos de las personas sexualmente diversas no podía ser utilizada como argumento para restringir sus derechos o para reproducir la discriminación histórica y estructural que han padecido.⁵⁷

La Opinión Consultiva OC-24/17 ya estaba vigente al momento de emisión de las sentencias de primera instancia en los otros dos casos. En lugar de explorar el deber estatal de no discriminación, los jueces de estas causas optaron por llevar a cabo, vía control de convencionalidad, una aplicación directa de los estándares interamericanos sobre matrimonio

53 El Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 28 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de enero de 1981.

54 La decisión también hizo referencia a la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en 2009 sostuvo que la orientación sexual también se encontraba protegida por el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

55 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

56 Corte IDH. Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104.

57 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 92-93.

igualitario. Por ello, ambas sentencias insisten en afirmar el carácter vinculante de la función consultiva de la Corte Interamericana para el Perú.⁵⁸

En el caso de A.A.M.S. y D.A.U.F., la jueza también argumentó que la figura del matrimonio igualitario no es contraria al orden público internacional, requisito exigido por el libro de Derecho Internacional Privado del Código Civil peruano para el reconocimiento de los actos civiles celebrados en el extranjero.⁵⁹ La sentencia advirtió que tanto la Constitución como los tratados en los que el Perú es parte no solo protegen el derecho a contraer matrimonio, sino también la libertad de elegir con quien hacerlo.⁶⁰ En virtud del control de convencionalidad, en las tres sentencias se concluyó que las obligaciones internacionales vigentes para el Estado peruano en materia de no discriminación por orientación sexual exigían al Reniec inscribir los matrimonios igualitarios celebrados por lxs demandantes fuera del Perú.

A partir de ello, ¿quedaba en pie el artículo 234 del Código Civil? En el caso de Susel Paredes y Gracia María Aljovín, el juez consideró que dicho artículo debía inaplicarse al caso concreto por cuanto la restricción que imponía la norma era claramente incompatible con los estándares interamericanos:

La norma invocada resulta aplicable y no es compatible con el Código Civil Peruano que sólo reconoce como matrimonio a aquel celebrado por varón y mujer, por lo que esta es una norma a inaplicarse, en el extremo en que fija como contrayentes, necesariamente a personas de distinto sexo, prevaleciendo las normas convencionales que de manera expresa “protege[n] el vínculo

58 Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776 -2017. Sentencia de 22 de marzo de 2019, párr. 44; Sexto Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando octavo. Sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas en el Derecho Internacional, conviene revisar: Carlos J. Zelada. ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Lima: Promsex, 2020, pp. 84-106.

59 El artículo 2050 del Código Civil peruano señala: “todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”. Al respecto, conviene revisar: Carlos J. Zelada y Alonso Gurmendi. “Entre el escudo y la espada: El matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Thēmis*, núm. 69 (2016): 251-274.

60 Sexto Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando octavo.

familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo”, así como la Constitución Política que promueve el matrimonio, sin que se observe en su texto restricción al respecto [...] donde no hay colisión con la norma convencional de la OC-24/17.⁶¹

En cambio, para el caso de A.A.M.S. y D.A.U.F., la jueza consideró que no era necesario inaplicar dicha norma por cuanto esta permitiría, vía interpretación sistemática guiada por la Opinión Consultiva OC-24/17, el registro de un matrimonio no heterosexual. Para ella, el artículo 234 del Código Civil quedaba a salvo:

... hay una omisión del legislador de completar el desarrollo de la norma establecida en la OC-24/2017 [...]; pues sólo ha desarrollado el legislador en forma parcial el acceso al matrimonio, y si bien no prohíbe en forma expresa que pueda ser entre personas del mismo sexo, sólo se limita a describir el supuesto entre hombre y mujer; vulnerando por omisión en forma parcial el bloque de convencionalidad [...]. Dicho ello, no se hace necesari[a] la inaplicación del artículo 234 del Código Civil para inscribir el matrimonio igualitario de los amparistas; pues dicha omisión se complementa interpretando dicha norma en forma favorable a los derechos humanos, esto es, aplicando el bloque de constitucionalidad de nuestra Carta Magna, así como la OC-24/2017 [...] entonces, el derecho a contraer matrimonio reconocido a las parejas heterosexuales se complementa con el derecho de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo.⁶²

Independientemente de la opción de cada juez o jueza al aplicar el estándar de la Opinión Consultiva OC-24/17, el resultado hermenéutico en primera instancia fue el mismo: las obligaciones internacionales vigentes obligaban al Reniec a reconocer en el Perú los matrimonios igualitarios celebrados por lxs demandantes en el extranjero.

Los argumentos de lxs magistradxs del Tribunal Constitucional

Como indiqué párrafos arriba, el Tribunal Constitucional declaró improcedente, por escaso margen, el pedido de Oscar Ugarteche para que el

61 Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776 -2017. Sentencia de 22 de marzo de 2019, párr. 52.

62 Sexto Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019, considerando décimo.

Reniec inscriba su matrimonio celebrado en el extranjero. Veamos el detalle de sus argumentos.

Tres de los cuatro magistrados que votaron por la improcedencia (Blume, Ferrero y Sardón) sostuvieron que la Constitución peruana restringe el matrimonio a la fórmula heterosexual.⁶³ Pero también señalaron que, de acuerdo con la Convención Americana, lo conyugal es exclusivamente heterosexual.⁶⁴

Valgan verdades, la Corte Interamericana ya ha dejado establecido en su Opinión Consultiva OC-24/17 que la Convención Americana no protege únicamente el matrimonio heterosexual:

Con respecto al artículo 17.2 de la Convención [Americana], la Corte [Interamericana] considera que si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia”, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. [...] el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.⁶⁵

Pese a ello, los tres magistrados optaron por interpretar el tratado de manera contraria a lo establecido explícitamente en la jurisprudencia interamericana.⁶⁶ Inclusive, el magistrado Ferrero llegó a cuestionar la validez de la Opinión Consultiva OC-24/17 al afirmar que esta iba “frontalmente contra la Convención Americana [...], [que] de modo expreso señala, en su artículo 17.2, que el matrimonio sólo puede darse entre un hombre y

63 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, p. 5; voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini, párr. 1; voto singular del magistrado Sardón de Taboada, p. 14.

64 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, pp. 4-5; voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini, párrs. 5-6; voto singular del magistrado Sardón de Taboada, p. 15. El magistrado Ferrero sostuvo además que la misma conclusión se deriva de la lectura de las partes pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

65 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 182.

66 Los tres magistrados también habrían olvidado que las reglas contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana prohíben interpretar el tratado para suprimir o limitar los derechos allí reconocidos.

una mujer”.⁶⁷ El magistrado Sardón añadió que el sistema interamericano y, en particular, su tribunal estaban ideologizados.⁶⁸

¿Cuál es entonces el valor jurídico de la función consultiva interamericana para Blume, Ferrero y Sardón? Haciendo eco del voto individual del juez Vio Grossi en la Opinión Consultiva OC-24/17, los magistrados peruanos afirmaron que carece de fuerza vinculante.⁶⁹ En palabras del magistrado Sardón, la “opinión consultiva de la Corte Interamericana, lanzada *urbi et orbi*, constituyó un exceso evidente de los seis jueces que la suscribieron”, por lo que “el Perú no tiene, pues, por qué sentirse obligado por una opinión consultiva que jamás solicitó”.⁷⁰

En virtud de esta particular lectura constitucional y convencional, los tres magistrados consideraron que el reconocimiento del matrimonio de Ugarteche violaría el orden público internacional peruano y que, en consecuencia, no podía ser inscrito por el Reniec.⁷¹ Finalmente, los magistrados Blume y Sardón afirmaron que, para permitir la inscripción de un matrimonio igualitario celebrado en el exterior sería necesario llevar a cabo antes una reforma constitucional.⁷²

A diferencia de la improcedencia planteada por el magistrado Miranda, estas consideraciones presentan en realidad argumentos sobre el fondo

67 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, p. 8.

68 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Sardón de Taboada, pp. 16-17.

69 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, p. 7; voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini, párr. 9; voto singular del magistrado Sardón de Taboada, pp. 15-16. En su voto individual en la Opinión Consultiva OC-24/17, el juez Vio Grossi señaló que, “dado que el control de convencionalidad que se ejerce lo es en el ámbito de una opinión consultiva, él tiene el carácter de preventivo y no es vinculante para los Estados, como sí lo sería si fuese expedido en relación a un caso contencioso”. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 61.

70 Tribunal Constitucional del Perú. EExpediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Sardón de Taboada, p. 16.

71 Tribunal Constitucional del Perú. EExpediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, p. 6; voto singular del magistrado Sardón de Taboada, p. 15.

72 Tribunal Constitucional del Perú. EExpediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ernesto Blume Fortini, párr. 20; voto singular del magistrado Sardón de Taboada, pp. 17-18.

de la controversia del caso, por lo que hubiera correspondido calificarlos como votos para declarar infundada la solicitud de Ugarteche.⁷³

Por otra parte, tres magistradxs (Espinosa-Saldaña, Ramos y Ledesma) votaron por declarar fundada la demanda. Para ellxs, la Constitución no contiene una fórmula nupcial exclusivamente heterosexual.⁷⁴ Por el contrario, señalaron que una lectura de la Constitución, en conjunto con las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos, exige que el matrimonio sea una institución abierta para todxs lxs ciudadanxs sin discriminación. En su opinión, el matrimonio igualitario no viola el orden público internacional peruano.⁷⁵

Asimismo, estxs jueces recordaron que, de acuerdo con los parámetros convencionales, está prohibido discriminar por orientación sexual.⁷⁶ Señalaron además que la Corte Interamericana ha establecido en la Opinión Consultiva OC-24/17 que la Convención Americana no protege un único modelo de familia y que, a partir de ello, los Estados deben garantizar el acceso al matrimonio a todas las personas.⁷⁷ Al respecto, lxs magistradxs argumentaron que la Opinión Consultiva OC-24/17 sí es vinculante para el Perú y que, por lo tanto, es una pauta que necesariamente debía ser revisada por el tribunal para resolver la causa.⁷⁸ Por ello, lxs tres consideraron que el Reniec, al negar la inscripción del matrimonio de Oscar

73 De este modo, los votos hubieran quedado así: tres fundados, tres infundados y uno improcedente. Frente a un escenario de empate de posiciones, el voto decisivo hubiera recaído sobre la presidenta del Tribunal Constitucional.

74 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párrs. 100-108; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párrs. 44-51.

75 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párr. 131; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 42.

76 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párrs. 40 y 42; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párrs. 31 y 34.

77 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párr. 93; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párrs. 60 y 62.

78 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párrs. 118-119; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 63.

Ugarteche, actuó de forma discriminatoria.⁷⁹ Hablando del posible envío del caso al sistema interamericano, el magistrado Espinosa-Saldaña apuntaba lo siguiente:

El pronunciamiento de la Corte Interamericana, luego de lo resuelto en la Opinión Consultiva 24, es a todas luces previsible: Condena al Estado Peruano, la cual no va a implicar solamente el reconocimiento del matrimonio igualitario del señor Ugarteche en el Perú, sino también la exigencia de que el Estado peruano regule el matrimonio igualitario, para que así no se produzcan supuestos de discriminación y perjuicios al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como se ha producido en este caso en particular.⁸⁰

Soy de los que cree que los votos de Espinosa-Saldaña, Ramos y Ledesma, aunque insuficientes para generar efectos jurídicos inmediatos, poseen una importante carga hermenéutica. Además de otorgar pleno reconocimiento a los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero, estxs tres magistrados han dejado sentado que la Constitución de 1993 –interpretada de acuerdo con los estándares interamericanos– sí permite el matrimonio igualitario.⁸¹ Lamentablemente, este no fue el razonamiento que siguió la mayoría de lxs magistradxs en el caso. Será, ojalá, para la próxima.

¿Activismo judicial?

En ninguna de las tres decisiones de reconocimiento de primera instancia se advierte que lxs jueces procuren aprobar el matrimonio igualitario en el Perú por vía no legislativa. Como apunté antes, fueron muy cuidadosos al señalar que su deber era en realidad evaluar si en los casos concretos se habían afectado los derechos fundamentales de lxs demandantes.

La única referencia a un eventual activismo judicial en estos amparos vino de la mano del Reniec, cuando en algunos de sus escritos de descargo

79 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párr. 132; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 68.

80 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 67.

81 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular de la magistrada Ledesma Narváez y del magistrado Ramos Núñez, párr. 127; voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, párr. 65.

de apelación de sentencia⁸² advertía lo dicho por el Tribunal Constitucional en una sentencia del año 2014:

Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, *como prohibirle contraer matrimonio con varón*, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo [...].

*De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contraveniría el principio constitucional de separación de poderes [...] y el principio de corrección funcional [...], pues tal matrimonio –en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil– debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes [...], por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa [...], pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional.*⁸³

82 Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 22863-2012. Escrito de apelación de sentencia del Reniec de 24 de enero de 2017, párrs. 17-22; Cuarta Sala Civil de Lima, Expediente No. 22863-2012. Escrito del Reniec de 29 de septiembre de 2017, párrs. 9-10; Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 10776-2017. Escrito de contestación de demanda del Reniec de 4 de septiembre de 2017, párrs. 22-26; Escrito de apelación de sentencia del Reniec de 11 de abril de 2019, párrs. 7-16.

83 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 00139-2013-PA/TC. Caso P.E.M.M. Sentencia de 18 de marzo de 2014, párrs. 35-36 (énfasis agregado). La sentencia en P.E.M.M. es considerada en la doctrina como una de las peores decisiones del Tribunal Constitucional en materia de diversidad sexual. Al poco tiempo, en 2016, el propio Tribunal Constitucional revirtió dicha resolución en el caso Romero Saldarriaga, un nuevo expediente sobre reconocimiento de la identidad de una mujer trans. Para una crítica de P.E.M.M., conviene revisar: Beatriz Ramírez Huaroto y Vanessa Tassara Zevallos. “Identidad negada. Una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 79 (2014): 71-85. Precisamente, en el caso Romero Saldarriaga, tres magistrados emitieron un voto singular para reiterar lo dicho por el Tribunal Constitucional en P.E.M.M. en torno al “activismo judicial” y el matrimonio igualitario. A continuación, la cita: “Algunos de tales efectos que la sentencia en mayoría no toma en cuenta son los siguientes: a) *Una persona que legalmente ha cambiado de sexo podría contraer matrimonio civil. De esta forma, se estaría introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (algo que corresponde al legislador, por las razones ya anotadas), pues aun cuando legalistamente se trate de un matrimonio heterosexual, biológicamente será un matrimonio homosexual.* Negar el matrimonio en estos casos podría entenderse como una discriminación”. Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 06040-2015-PA/TC. Caso Romero Saldarriaga. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Voto Singular de los magistrados

El dato curioso es que –como ya seguro intuye– la decisión a la que hace referencia el Reniec en sus escritos nada tiene que ver con el matrimonio igualitario, sino con el reconocimiento judicial de la identidad de una mujer trans. Para aquella composición del Tribunal Constitucional, la afirmación jurídica de la identidad de género de una persona trans podría conducir peligrosa e inexorablemente al matrimonio igualitario. Una suerte de histeria colectiva preventiva, casi de terror, frente a cualquier posible avance de lo LGBT en lo jurídico.

En la sentencia del caso de Susel Paredes y Gracia María Aljovín, el juez de primera instancia respondió al Reniec afirmando que el criterio que advertía de un posible “activismo judicial pro LGBT” había sido superado en una sentencia posterior del mismo Tribunal Constitucional.⁸⁴

Si bien los magistrados Blume, Ferrero y Sardón no mencionan el término “activismo judicial” en sus votos de aparente improcedencia en el Tribunal Constitucional, considero que su redacción revela algunos de sus temores a avanzar “en algo” la causa del matrimonio igualitario en el Perú.⁸⁵ Por ejemplo, el magistrado Ferrero indicó lo siguiente:

Por cierto, esta sería la consecuencia de accederse al pedido del demandante: en adelante, tendría que ser inscrito en el Reniec todo matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pues lo contrario sería discriminatorio. De esta forma, en la práctica, la ponencia estaría implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución. [...] Antes de cerrar este punto, quisiera decir que he visto con asombro que el ponente, pretendiendo hacer las veces de “legislador” y yendo en contra de

Urviola Hani, Blume Fortini y Sardón de Taboada pronunciándose en el sentido que debe declararse improcedente la demanda en todos sus extremos y mantenerse la sólida doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC, párr. 34 (énfasis agregado). Sobre los procesos judiciales llevados a cabo por la población trans en el Perú para el reconocimiento de su identidad, conviene revisar: Carlos J. Zelada y Carolina Neyra Sevilla. “Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú”. *Ius et Veritas*, núm. 59 (2017): 90-111.

84 Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776-2017. Sentencia de 22 de marzo de 2019, párr. 55.

85 Precisamente, dos de estos tres magistrados (Blume y Sardón) redactaron en 2016 el voto singular ya reseñado del caso Romero Saldarriaga.

la heterosexualidad del matrimonio consagrada en la Constitución, da una nueva definición de matrimonio.⁸⁶

En sentido similar, el magistrado Sardón apuntó:

Introducirlo por la ventana, a través de una resolución del Tribunal Constitucional, implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos. Nosotros no estamos aquí para establecer lo que nos parece bueno o conveniente [...]. Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino sólo para hacer cumplir la Constitución.⁸⁷

Soy de los que cree que los tribunales peruanos están todavía bastante lejos de promover un activismo judicial en favor del matrimonio igualitario. Lo primero que tendría que ocurrir —para, al menos, soslayarlo— es que alguna de las dos demandas pendientes y descritas en esta sección tenga por fin éxito. Porque el caso Ugarteche, lamentablemente, ya fracasó.

En resumen, en el Perú (todavía) no existen resultados a favor del matrimonio igualitario en lo legislativo. Tampoco en lo jurisdiccional.⁸⁸

86 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Ferrero Costa, pp. 6-7.

87 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC, voto singular del magistrado Sardón de Taboada, p. 18.

88 Aunque no es materia de análisis de este capítulo, es importante señalar que la doctrina peruana viene transitando hacia una mayor receptividad del matrimonio igualitario. En la última década, en especial por la constitucionalización del Derecho de Familia, diversos autorxs advierten que el matrimonio igualitario, a pesar de la letra del Código Civil, no tiene ya impedimento constitucional. Al respecto, recomiendo revisar: Enrique Varsi Rospigliosi. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables*. T. II. Lima: *Gaceta Jurídica y Universidad de Lima*, 2011, pp. 121-123; Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves. “Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”. *Gaceta Constitucional*, núm. 32 (2011): 27-40; Álex Fernando Plácido Vilcachagua. “El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo”. *Vox Juris*, vol. 25, núm. 1 (2013): 45-80; Álex Fernando Plácido Vilcachagua. “El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse”. *Themis*, núm. 66 (2014): 107-132; María Soledad Fernández Revoredo. “Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano”. *Foro Jurídico*, núm. 14 (2015): 113-125; Paula Siverino Bavio. “Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano”.

El reconocimiento jurídico del afecto no heterosexual en el Perú más allá del matrimonio

¿Y qué ha sucedido con el reconocimiento jurídico del afecto LGB, más allá de la estrategia matrimonial? Aquí hay al menos cuatro episodios para contar. Curiosamente, los dos eventos que pueden narrarse con mayor optimismo no involucran en modo alguno al poder judicial. Empiezo por lo positivo.

Desde 2016, el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) ha reconocido en, por lo menos, dos oportunidades que la inscripción de actos relativos a la propiedad inmueble que suponga la existencia de matrimonios igualitarios celebrados en otro país no atenta contra el orden público internacional peruano.⁸⁹ Asimismo, en agosto de 2020, el poder ejecutivo aprobó el Decreto Supremo No. 220-2020-EF, que incluyó a lxs convivientes de parejas no heterosexuales, además de los herederos legales y forzosos, como beneficiarios de un bono económico para los deudos del personal de salud fallecido durante la pandemia de covid-19.⁹⁰ Para acceder a dicho beneficio, los lineamientos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos exigen la presentación de requisitos similares a los de la unión de hecho (heterosexual). Se ha advertido, sin embargo, que tales exigencias podrían crear barreras de acceso en la probanza de los vínculos afectivos y de convivencia de las personas LGBT.⁹¹

Por otro lado, existen también dos demandas claves presentadas al poder judicial a las que no se les debe perder la atención. En 2015, el

Foro Jurídico, núm. 14 (2015): 100-111; Omar Sar Suárez. “La regulación constitucional del matrimonio y las opciones del legislador”. *Vox Juris*, vol. 37, núm. 2 (2019): 95-106.

89 Tribunal Registral de Sunarp, Primera Sala. Óscar Eduardo González Uría. Resolución No. 1868-2016-Sunarp-TR-L de 16 de septiembre de 2016; Segunda Sala. Úrsula Paulina Uriarte Espejo. Resolución No. 971-2019-Sunarp-TR-L de 12 de abril de 2019.

90 *Diario Oficial El Peruano*. Decreto Supremo No. 220-2020-EF, Aprueban Normas Complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia No. 063-2020, Decreto de Urgencia que dispone el apoyo solidario de los funcionarios y servidores públicos del poder ejecutivo para la entrega económica a favor de los deudos del personal de la salud, fallecidos a consecuencia del Covid-19, 8 de agosto de 2020.

91 Por ejemplo, la norma exige presentar: i) la declaración jurada de dos testigos, ii) recibos de luz o agua, iii) contratos de arrendamiento y/o documentos sobre bienes inmuebles o muebles adquiridos en copropiedad, y iv) otros documentos que demuestren una convivencia durante por lo menos dos años. *Diario Oficial El Peruano*. Resolución Ministerial No. 220-2020-JUS. Aprueban Lineamientos para el reconocimiento de convivientes del mismo sexo del personal de la salud fallecido a consecuencia del covid-19, para el acceso a la entrega económica regulada por el D.U. No. 063-2020 y el D.S. No. 220-2020-EF, 22 de agosto de 2020.

ciudadano peruano Armando Zorrilla solicitó el reconocimiento de la unión de hecho igualitaria que mantuvo durante casi tres décadas con su difunta pareja, a fin de ser considerado como heredero en la sucesión de su patrimonio. Tras un par de rechazos iniciales, la demanda fue finalmente admitida a trámite en 2018, aunque todavía está pendiente de sentencia de fondo de primera instancia.⁹² Asimismo, en 2017, una pareja de madres peruanas casadas en México interpuso una demanda de amparo contra el Reniec para que los apellidos de ambas aparezcan en el documento de identidad de su hijo. En México, ambas son consideradas como madres del niño de manera automática en virtud de su matrimonio. En el Perú, el Reniec solo reconoce como progenitora a una de ellas. La solicitud fue admitida en 2019 por el poder judicial y también está pendiente de sentencia en primera instancia.⁹³

Conclusiones y reflexiones: mucho ruido por (casi) nada

El matrimonio igualitario en el Perú es como un espejismo: cada vez que parece estar cerca, termina por desvanecerse.

Pese a la presentación de 14 proyectos legislativos para proteger, en diferente medida, a las parejas LGB, ninguno logró siquiera ser debatido en el pleno del Congreso. Inclusive, de todas estas iniciativas solo la última propuso el matrimonio igualitario y, a la fecha de cierre este trabajo, sigue sin discutirse en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento.

La vía judicial se concentró en el reconocimiento de tres matrimonios igualitarios celebrados fuera del país. Lxs jueces de primera instancia en estos amparos declararon fundadas las solicitudes, pero Reniec apeló cada sentencia.

El caso Ugarteche es la única de las tres demandas que pudo llegar hasta el Tribunal Constitucional. Pero, en la sentencia, cuatro de sus magistrados rechazaron el pedido por improcedencia. Con esto, no solo estamos impedidos de casarnos en el Perú, sino que, con dicho criterio, nuestras uniones tampoco deberían registrarse, si tienen origen extranjero.

A pesar de ello, me resulta todavía muy problemático que el matrimonio igualitario sea una posibilidad excluyente de lxs peruanxs LGB que no

92 Sobre el caso, conviene revisar: Brenda Álvarez Álvarez y Fiorella Zárate Guerrero. “Caso Armando Zorrilla: una búsqueda judicial de reconocimiento de la unión de hecho igualitaria en el Perú”. *Actualidad Jurídica*, núm. 295 (2018): 156-165.

93 Segundo Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10819-2017.

pueden viajar a otro país para sellar sus uniones: discriminadxs no solo por su orientación sexual, sino también por su condición económica.

Los votos de lxs magistradxs que optaron por fundar la demanda me devuelven la esperanza de que pronto, quizás con una composición de jueces distinta, esta causa llegará a buen puerto. De hecho, la decisión del expediente Ugarteche parece haber reavivado el interés ciudadano en favor del matrimonio igualitario.

Soy también optimista del rol que comienza a jugar la Corte Interamericana en la discusión jurídica de lo LGBT en el país. Quién sabe, acaso en el marco de su Opinión Consultiva OC-24/17 alguno de los dos casos de reconocimiento pendiente de sentencia en segunda instancia podría abrir las puertas que el caso Ugarteche por ahora ha cerrado.

En medio de estas reflexiones, venía a mi mente una y otra vez la frase que Gimeno y Barrientos utilizaron años atrás cuando hablaban de las consecuencias de la aprobación del matrimonio igualitario en España. ¿Será acaso que los opositores del matrimonio igualitario intuyen que la consecución de este derecho no es “una reforma –otra más– de la institución matrimonial destinada a consolidarla, sino [...] un cambio estructural profundo que puede ir, incluso, en contra de su futura supervivencia”?⁹⁴

Por lo pronto, en estos asuntos lxs peruanxs LGB hemos tenido, parafraseando el título de la obra de Shakespeare, mucho ruido por (casi) nada. Habrá que ver.

Beatrice: *Good Lord for alliance!*

*Thus goes everyone to the world
but I, and I am sunburnt. I may sit in a
corner and cry “Heigh-ho for a husband!”*

Prince: *Lady Beatrice, I will get you one.*

William Shakespeare, *Much Ado About Nothing*

Referencias

Álvarez Álvarez, Brenda y Fiorella Zárate Guerrero. “Caso Armando Zorrilla: una búsqueda judicial de reconocimiento de la unión de hecho igualitaria en el Perú”. *Actualidad Jurídica*, núm. 295 (2018): 156-165.

Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe final (Perú: 1980-2000)*. T. III. Lima: CVR, 2003.

94 Beatriz Gimeno y Violeta Barrientos. “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 35 (2009): 20.

- Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional Pleno-1993*. T. I. Lima: Congreso de la República, 1998.
- Congreso Constituyente Democrático. *Debate Constitucional-1993. Comisión de Constitución y Reglamento*. T. V. Lima: Congreso de la República, 2001.
- El Comercio*. “‘Sí, soy gay y estoy orgulloso de serlo’, admite Carlos Bruce”. Lima, 18 de mayo de 2014. <https://bit.ly/37EIJ22>
- El Comercio*. “Julio Rosas: Archivamiento de la unión civil defiende a la familia”. Lima, 10 de marzo de 2015. <https://bit.ly/3m3gDsN>
- Fernández Revoredo, María Soledad. “Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano”. *Foro Jurídico*, núm. 14 (2015): 113-125.
- Perú21*. “Julio Rosas: ‘No permitiremos que la ideología gay avance’”. Lima, 20 de marzo de 2014. <https://bit.ly/37WwjZw>.
- Plácido Vilcachagua, Álex Fernando. “El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo”. *Vox Juris*, vol. 25, núm. 1 (2013): 45-80.
- Plácido Vilcachagua, Álex Fernando. “El modelo de matrimonio constitucionalmente garantizado por el principio de promoción: el matrimonio igualitario y la nulidad del matrimonio por inobservancia de la forma prescrita para casarse”. *Thēmis*, núm. 66 (2014): 107-132.
- Ramírez Huaroto, Beatriz y Vanessa Tassara Zevallos. “Identidad negada. Una decisión de la justicia constitucional que significa un menoscabo en la protección que merecen las personas trans”. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 79 (2014): 71-85.
- Red Peruana TLGB y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex). *Informe anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2015-2016*. Lima, 2016.
- Sar Suárez, Omar. “La regulación constitucional del matrimonio y las opciones del legislador”. *Vox Juris*, vol. 37, núm. 2 (2019): 95-106.
- Shakespeare, William. *Much Ado About Nothing*. Nueva York: The Folger Shakespeare Library, 2018.
- Shock, Susy. *Poemario Trans Pirado* [2011]. Buenos Aires: Nuevos Tiempos, 2013.
- Siverino Bavio, Paula. “Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tutela de la diversidad sexual en el Derecho peruano”. *Foro Jurídico*, núm. 14 (2015): 100-111.

- Varsi Rospigliosi, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. Matrimonio y uniones estables*. T. II. Lima: Gaceta Jurídica y Universidad de Lima, 2011.
- Varsi Rospigliosi, Enrique y Marianna Chaves. “Legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú”. *Gaceta Constitucional*, núm. 32 (2011): 27-40.
- Zavaleta Vera, Gabriela. “Matrimonio igualitario e igualdad de derechos para familias del mismo sexo: una mirada desde el activismo al camino por recorrer”. En Janet Tello Gilardi y Carlos Calderón Puertas (comps.), *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género*. Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad y Fondo Editorial del Poder Judicial, 2019, pp. 205-242.
- Zelada, Carlos J. “Cuerpxs indisciplinadx. Hacia una mirada cuir (*queer*) (cuy-r) de la regulación jurídica de las sexualidades disidentes”. En Ronnie Farfán, Santiago Mariani y Cecilia O’Neill (eds.), *Repensando las reglas de juego. Caminos para evitar el colapso institucional y social*. Lima: Universidad del Pacífico, 2018, pp. 153-190.
- Zelada, Carlos J. “¿Camino al altar?: el matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Iuris Dictio*, núm. 22 (2018): 155-189.
- Zelada, Carlos J. ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño. Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), 2020.
- Zelada, Carlos J. y Alonso Gurmendi. “Entre el escudo y la espada: El matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Thēmis*, núm. 69 (2016): 251-274.
- Zelada, Carlos J. y Carolina Neyra Sevilla. “Trans*legalidades: Estudio preliminar de expedientes sobre reconocimiento de las identidades trans* en el Perú”. *Ius et Veritas*, núm. 59 (2017): 90-111.

Legislación y jurisprudencia

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 9317/2003-CR. Ley que establece las uniones civiles entre parejas del mismo sexo, 10 de diciembre de 2003. <https://bit.ly/31EoSer>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3814/2009-CR. Ley de Patrimonio Compartido, 4 de febrero de 2010. <https://bit.ly/33EcEfB>
- Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley No. 3814/2009-CR, que propone crear el Contrato de Patrimonio Compartido, 1 de junio de 2010. <https://bit.ly/37zseu9>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4176/2010-CR. Ley de Patrimonio Compartido, 27 de julio de 2010. <https://bit.ly/2IcBGv2>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4181/2010-CR. Ley que establece la unión civil entre personas del mismo sexo, 2 de agosto de 2010. <https://bit.ly/2JImAOB>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 108/2011-CR. Ley del Patrimonio Compartido, 25 de agosto de 2011. <https://bit.ly/2VAnJdo>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 1393/2012-CR. Ley del Patrimonio Compartido, 8 de agosto de 2012. <https://bit.ly/3lDvmud>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR. Ley que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, 12 de septiembre de 2013. <https://bit.ly/3mS2AYl>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 2801/2013-CR. Ley de Atención Mutua. Presentado el 21 de octubre de 2013. <https://bit.ly/3g6HmmN>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3273/2013-CR. Ley que propone el Régimen de Sociedad Solidaria. Presentado el 14 de marzo de 2014. <https://bit.ly/2JHXbEu>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 3594/2013-CR. Ley que crea la Asociación Patrimonial Solidaria. Presentado el 11 de junio de 2014. <https://bit.ly/3lDPgp0>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley 3 No. 649/2013-CR. Ley de la Unión Contractual. Presentado el 25 de junio de 2014. <https://bit.ly/39Ctuj3>

- Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR, mediante el cual se propone la ley que regula los derechos de la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, 10 de marzo de 2015. <https://bit.ly/2L73Okk>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 4495/2014-CR. Ley que crea el Régimen de Cooperación Patrimonial entre Personas. Presentado el 13 de mayo de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/37ypFbV>
- Congreso de la República del Perú. Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley Nos. 2801/2013-CR, 3273/2013-CR, 3594/2013-CR, 3649/2013-CR y 4495/2014-CR con un Texto Sustitutorio que propone regular el Régimen de Unión Solidaria. 9 de junio de 2015. <https://bit.ly/2VNqxeh>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 718/2016-CR. Ley que establece la unión civil, 30 de noviembre de 2016. <https://bit.ly/3g7DkKN>
- Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No. 961/2016-CR. Ley de matrimonio civil igualitario, 14 de febrero de 2017. <https://bit.ly/33K777k>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Atala Riffó y niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.
- Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 104.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Cuarta Sala Civil de Lima. Expediente No. 22863-2012. Escrito del Reniec de 29 de septiembre de 2017.
- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776-2017. Escrito de contestación de demanda del Reniec, de 4 de septiembre de 2017.

- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776-2017. Escrito de apelación de sentencia del Reniec, de 11 de abril de 2019.
- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 10776-2017. Sentencia de 22 de marzo de 2019.
- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 4263-2017. Sentencia de 6 de noviembre de 2019.
- Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 4263-2017. Resolución No. 13 de 16 de julio de 2020.
- Diario Oficial El Peruano*. Decreto Supremo No. 220-2020-EF. Aprueban Normas Complementarias para la aplicación del Decreto de Urgencia No. 063-2020, Decreto de Urgencia que dispone el apoyo solidario de los funcionarios y servidores públicos del poder ejecutivo para la entrega económica a favor de los deudos del personal de la salud, fallecidos a consecuencia del Covid-19, 8 de agosto de 2020.
- Diario Oficial El Peruano*. Resolución Ministerial No. 220-2020-JUS. Aprueban Lineamientos para el reconocimiento de convivientes del mismo sexo del personal de la salud fallecido a consecuencia del covid-19, para el acceso a la entrega económica regulada por el D.U. No. 063-2020 y el D.S. No. 220-2020-EF, 22 de agosto de 2020.
- Tribunal Registral de Sunarp. Primera Sala. *Óscar Eduardo González Uría*. Resolución No. 1868-2016-Sunarp-TR-L de 16 de septiembre de 2016.
- Tribunal Registral de Sunarp, Segunda Sala. *Úrsula Paulina Uriarte Espejo*. Resolución No. 971-2019-Sunarp-TR-L de 12 de abril de 2019.
- Séptimo Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 22863-2012. Sentencia de 21 de diciembre de 2016.
- Séptimo Juzgado Constitucional de Lima. Expediente No. 22863-2012. Escrito de apelación de sentencia del Reniec de 24 de enero de 2017.
- Sexto Juzgado Constitucional de Lima, Expediente No. 20900-2015. Sentencia de 1 de agosto de 2019.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 00139-2013-PA/TC. Caso P.E.M.M. Sentencia de 18 de marzo de 2014.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 06040-2015-PA/TC. Caso Romero Saldarriaga. Sentencia de 21 de octubre de 2016.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1739-2018-PA/TC. Caso Oscar Ugarteche. Sentencia de 3 de noviembre de 2020.

El matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

VENEZUELA Y PANAMÁ

Mariana Clemente Fábrega*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció por primera vez sobre el matrimonio igualitario en 2017, en respuesta a una opinión consultiva. La Corte IDH ya se había pronunciado unos años atrás sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual, considerando que era una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, esta fue la primera oportunidad, y hasta ahora la única, en la que la Corte se refirió a los estándares relativos al matrimonio igualitario de manera directa. La Corte opinó que los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos deben permitir el matrimonio igualitario.

La Opinión Consultiva OC-24/17¹ surgió como respuesta a diversas preguntas formuladas por Costa Rica, por medio de las cuales consultó a la Corte sobre sus obligaciones de respeto y garantía del derecho a la identidad de género en el marco de procedimientos de cambio de nombre, así como por las formas de garantizar los derechos patrimoniales de parejas formadas por personas del mismo sexo. En el presente artículo se examina

* Abogada LL.M y MPA, con amplio conocimiento y experiencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual trabajó por casi una década hasta 2018. Correo electrónico: marianaclementef@gmail.com

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

solo el segundo aspecto de esa consulta. Para ello se describirán y expondrán los criterios utilizados por la Corte IDH para alcanzar dicha decisión respecto al matrimonio igualitario, las sentencias contenciosas que la precedieron y sirvieron de antecedentes y la recepción e impacto que dicha decisión consultiva ha tenido en algunos países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en otros sistemas internacionales.

Antecedentes

Previo a esa opinión consultiva, la Corte se había pronunciado sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y *queer* (LGBTIQ+) en los Casos Atala Riffo y niñas *vs.* Chile,² Duque *vs.* Colombia³ y Flor Freire *vs.* Ecuador.⁴ El caso Atala se trató de la problemática de una madre que perdió la custodia de sus tres hijas, en parte, por ser lesbiana. En dicha decisión, la Corte estableció por primera vez que la orientación sexual era una de las categorías protegidas por el concepto de “cualquier otra condición social”, previsto en la prohibición

2 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Si bien este no fue el primer caso sobre los derechos de las personas LGBTIQ+ que se presentó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sí fue el primero presentado ante la Corte IDH. Para conocer algunos casos previos y adicionales que se habían y han presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se puede consultar la página web de la OEA - CIDH. “Informes sobre peticiones y casos”. Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGTBI – Decisiones y Jurisprudencia. De estos, solo uno ha alcanzado la etapa de Fondo, sin ser presentado a la Corte IDH hasta ahora: se trata del caso 11.656 de Marta Lucía Álvarez Giraldo *vs.* Colombia relacionado con la discriminación de la víctima en el sistema penitenciario debido a su orientación sexual. Las demás peticiones relacionadas con derechos de personas LGTBIQ+ presentadas hasta ahora ante el Sistema Interamericano y que se han declarado admisibles tampoco se relacionan con el matrimonio igualitario, sino con algunas otras formas de discriminación de personas LGTBIQ+.

3 Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016.

4 Corte IDH. Caso Flor Freire *vs.* Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

de discriminación del artículo 1.1⁵ de la CADH.⁶ En dicha oportunidad la Corte explicó que los criterios de raza, color, sexo, idioma, religión, nacionalidad, opiniones políticas o posición económica no son una lista taxativa, sino enunciativa de los motivos por los cuales está prohibida la discriminación en la Convención. Resaltó que el propio texto del tratado dejó abierta la posibilidad de incluir otras categorías que pudiesen corresponder a características personales en el sentido de que son innatas o inherentes a la persona.

Esta interpretación de la Corte IDH tuvo consecuencias importantes y específicas respecto de las obligaciones de los Estados parte frente a la Convención. En particular, al considerarse una de las categorías protegidas en esta, la orientación sexual deja de poder ser utilizada como un fundamento válido para restringir o disminuir los derechos de las personas a la luz de la Convención, sea esta real o percibida.⁷

Esto último fue desarrollado, en mayor medida, en el caso *Flor Freire*. Este asunto fue el de un soldado separado de las fuerzas armadas por presuntamente sostener relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo. En dicha decisión, la Corte IDH desarrolló la idea de orientación

5 El artículo 1.1 de la CADH establece: “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”.

6 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párrs. 84 a 93. De manera similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado la orientación sexual como una de las categorías incluidas dentro del concepto de “otra condición” de su artículo 14 (prohibición de discriminación del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Véanse, *inter alia*: TEDH. Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 28. Otros órganos de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Humanos, han interpretado que la “orientación sexual” se encuentra contenida en la categoría de “sexo” usualmente como un motivo prohibido de discriminación. Comité de Derechos Humanos. *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7. Esta aproximación también la tienen algunos ordenamientos nacionales, como en Estados Unidos, donde la Suprema Corte recientemente estableció que la prohibición de discriminación por sexo en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles (Title VII of the Civil Rights Act of 1964) prohíbe la discriminación con base en la orientación sexual o identidad de género. Suprema Corte de los Estados Unidos de América. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, No. 17-1618, Sentencia de 15 de junio de 2020.

7 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párrs. 83 a 91; Caso *Duque vs. Colombia*, 2016, párr. 104; Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, 2016, párr. 118.

sexual percibida, ya que el señor Flor Freire no se identificaba como homosexual y siempre negó el acto del cual se le acusaba. Al respecto, la Corte reafirmó que la orientación sexual depende enteramente de como la persona se autoidentifique. Sin embargo, esa autoidentificación en ocasiones es independiente de la percepción que se tiene de la persona y que podría causar un supuesto de discriminación, con base en una orientación sexual percibida.⁸ En casos previos, no relacionados con la orientación sexual, el tribunal ya había desarrollado la posibilidad de que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima.⁹ En esta decisión, la Corte IDH extendió este supuesto a la orientación sexual percibida.¹⁰

Por otra parte, la Corte IDH ha afirmado, tanto en el caso Atala como en el caso Flor Freire, que la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual de una persona “no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma”, sino que incluye su expresión y las conductas mediante las cuales se ejerce o evidencia esa orientación sexual.¹¹ En el caso Atala, esta consideración se realizó con respecto a la convivencia de la señora Atala con su pareja, mientras que en el caso Flor Freire se refirió al presunto acto sexual.¹²

Considerar la orientación sexual una de las categorías protegidas en la Convención tiene además consecuencias específicas en el análisis que hace la Corte de cualquier diferenciación basada en este criterio. En concreto, una diferencia de trato basada en una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención “exige una fundamentación rigurosa” e invierte la

8 Corte IDH. Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párrs. 103, 120 y 122.

9 Corte IDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380, y Caso Ríos y otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 349.

10 Corte IDH. Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párr. 120

11 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, 2012, párr. 133; Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párr. 119.

12 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, 2012, párrs. 138 y 140. En el caso Flor Freire, la Corte indicó que “los actos sexuales son una manera de expresar la orientación sexual de la persona, por lo que se encuentran protegidos dentro del mismo derecho a la no discriminación por orientación sexual”. Corte IDH. Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párr. 119.

carga de la prueba. Esto significa que, si el Estado hace una diferencia de trato con base en la orientación sexual de una persona, le corresponde demostrar que la medida es necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Las razones que justifiquen esta necesidad deben ser particularmente serias y sustentadas en una argumentación exhaustiva, de forma que puedan superar un escrutinio estricto en cuanto a su necesidad y proporcionalidad.¹³

En el caso Duque, justamente la Corte IDH consideró que el Estado no había brindado una explicación suficientemente rigurosa de la necesidad imperiosa de un trato diferenciado entre parejas del mismo sexo y parejas heterosexuales para acceder a beneficios patrimoniales por viudez.¹⁴ El caso se refería a un viudo a quien se le negó la pensión de sobrevivencia por tratarse de una pareja del mismo sexo. El tribunal estableció que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.¹⁵ Asimismo, estimó que la imposibilidad de acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en las normas internas constituía una diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales que vulneraba los derechos a la igualdad ante la ley y no discriminación en la Convención.¹⁶

En conclusión, previo a la emisión de la OC-24, la Corte ya había establecido, en el marco de su competencia contenciosa, que: i) la orientación sexual es una categoría prohibida de discriminación contemplada en el artículo 1.1 de la Convención Americana; ii) cualquier decisión, acción u omisión del Estado que restrinja los derechos de las personas con base en la orientación sexual es contraria a la Convención, salvo que se ofrezca una justificación con una fundamentación rigurosa; iii) cualquier diferencia de trato con base en la orientación sexual invierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá al Estado demostrar o justificar el carácter no discriminatorio de sus acciones u omisiones; iv) la prohibición de esta forma de discriminación se extiende a las expresiones de esa orientación sexual; v) la discriminación por orientación sexual abarca la orientación sexual

13 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, 2012, párrs. 124 y 125; Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párr. 106, y Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párr. 126.

14 Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párrs. 107 y 124.

15 Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párr. 110.

16 Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párrs. 125, 137 y 138.

real o percibida de la persona;¹⁷ y vi) se debe garantizar igualdad en el acceso a los derechos patrimoniales que contemple la legislación interna, sin distinción por la orientación sexual de las personas.¹⁸

Con posterioridad a la emisión de la OC-24, la Corte solo se ha pronunciado en dos casos adicionales sobre los derechos de las personas LGTBIQ+. En el Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala, reiteró los estándares del caso Atala Riffo respecto a la prohibición de considerar la orientación sexual de las personas al analizar situaciones de custodia de niños,¹⁹ y en el Caso Azul Rojas Marin *vs.* Perú, se pronunció respecto de hechos de violencia cometidos contra una mujer trans debido a su identidad de género.²⁰ Hasta ahora, la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el matrimonio igualitario en el marco de su jurisdicción contenciosa.

Consideraciones y opinión de la Corte en la OC-24

Naturaleza y alcance de la opinión consultiva

El matrimonio igualitario y, en general, los derechos de las personas LGTBIQ+ no son un tema en el que exista un consenso regional. La Corte estaba al tanto de esta situación al momento de emisión de esta opinión consultiva y en la propia decisión resaltó que solo nueve Estados de la región habían contemplado medidas legislativas, administrativas o judiciales para regular y garantizar derechos a las parejas del mismo sexo.²¹ El tribunal indicó que “la situación regional de las personas LGTBIQ+ ‘no es

17 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile; Caso Duque *vs.* Colombia, y Caso Flor Freire *vs.* Ecuador.

18 Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia.

19 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párrs. 300 a 303. La discusión relevante en ese caso concernía a consideraciones hechas por las autoridades internas, quienes separaron a dos niños de su madre biológica por múltiples razones contrarias a la Convención, pero que, además, negaron considerar como una alternativa viable el otorgar la custodia de los niños a su abuela materna, por la presunta homosexualidad de dicha abuela.

20 Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra *vs.* Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

21 Los Estados a los que se refirió la Corte en su opinión consultiva fueron: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Uruguay, Estados Unidos de América y (9) Canadá. Corte IDH. OC-24, párrs. 206 a 217. Véase también al respecto: Ximena Andrea Gauché Marchetti. “Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos

homogénea, sino heterogénea' y que "el grado de reconocimiento y acceso a los derechos fundamentales de estas personas es variable dependiendo del Estado que se trate".²² Sin embargo, hizo énfasis en el contexto de discriminación que históricamente han sufrido estas comunidades, debido a la discriminación estructural, la estigmatización, la violencia basada en prejuicios culturales u otras formas de violaciones de sus derechos fundamentales.²³ En este sentido, la Corte resaltó que su interpretación de las normas relevantes sería de "gran importancia para los países de la región", ya que permitiría precisar las obligaciones concretas que los Estados deben cumplir para respetar y garantizar los derechos de las personas LGTBIQ+.²⁴

Estas consideraciones de la Corte IDH son acordes con el gran interés y expectativa que generó esta opinión consultiva, tanto en la sociedad civil como en los Estados y órganos de la Organización de Estados Americanos (OEA). En este proceso consultivo, la Corte recibió el mayor número de observaciones, escritas y orales, entre las últimas solicitudes de opiniones consultivas que ha considerado desde 2009 a la fecha.²⁵ En concreto, recibió 91 escritos de observaciones previos a la audiencia pública, 40 intervenciones orales y nueve escritos posteriores a la audiencia. De esos 91 escritos de observaciones, nueve fueron remitidos por Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁶ más que para cualquiera de las otras opiniones consultivas desde 2009. Las solicitudes de opiniones consultivas que le siguen en número de observaciones escritas serían las solicitudes para la OC-28 y la OC-27, ambas pendientes de decisión, en cada una de las cuales se han recibido 62 escritos de observaciones. En cuanto a las opiniones consultivas ya emitidas, el proceso consultivo más cercano en número de observaciones sería la OC-25 sobre asilo político, en

Humanos en materia de identidad de género". En *Anuario de Derecho Público 2018*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2018, p. 179.

22 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 44.

23 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 33 a 51.

24 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 21.

25 Estas cifras fueron recogidas por la autora de este artículo a partir de la información públicamente disponible en la página web de la Corte IDH. "Solicitud de Opiniones Consultivas". https://www.corteidh.or.cr/solicitud_opiniones_consultivas.cfm

26 En concreto, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Uruguay. Estos escritos de observaciones se pueden consultar en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=1671

la cual la Corte recibió 55 observaciones escritas, 26 intervenciones orales y seis escritos posteriores a la audiencia.²⁷ Estos números por supuesto no son el único factor que refleja la importancia de una opinión de la Corte. Sin embargo, constituyen un aspecto ilustrativo o un indicador útil del interés de actores relevantes en la región sobre los temas sometidos a interpretación de la Corte IDH en la consulta de Costa Rica.²⁸

La situación de incertidumbre en la región en cuanto a los estándares aplicables sobre los derechos de las personas LGTBIQ+ generó el escenario ideal para una opinión consultiva. El propósito de las opiniones consultivas es justamente fortalecer la protección de derechos humanos en los Estados, con el fin de ofrecer la interpretación de las normas aplicables de la Convención a la temática consultada para, de esta forma, coadyuvar al cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales.²⁹ El tribunal ha indicado que el propósito de su función consultiva es “desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos [y] coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas

27 Esta comparación se realizó con la información disponible con respecto a cada una de las opiniones consultivas o solicitudes en la página web del tribunal (https://corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm). Al momento de escribir este artículo (febrero 2021) existen tres solicitudes de opinión consultiva presentadas en 2019 y pendientes de respuesta por parte de la Corte IDH. En dos de ellas ya se han realizado las audiencias públicas respectivas y publicado las observaciones escritas, por lo cual se está tomando el número de intervenciones de la información publicada en la página web de la Corte IDH hasta la fecha de redacción de este artículo. Estos números podrían variar ligeramente una vez que la Corte emita su opinión e informe y/o publique cualquier escrito adicional que hubiera recibido después de la audiencia.

28 Si bien en este artículo solo se discuten los estándares establecidos en cuanto al matrimonio igualitario, no se puede dejar de mencionar que la segunda parte importante de dicha decisión versaba sobre los derechos de las personas trans y constituyó la primera oportunidad en que la Corte se pronunció al respecto.

29 La jurisdicción consultiva de la Corte está contemplada en el artículo 64 de la Convención, el cual establece que: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

públicas en derechos humanos”.³⁰ Por tanto, las opiniones consultivas de la Corte tienen una naturaleza preventiva.³¹ Es decir, las interpretaciones que el tribunal ofrece a través de sus opiniones consultivas tienen el propósito de advertir a los Estados cuáles son el contenido, alcance y límites de las obligaciones sobre la materia consultada y cómo los entiende el tribunal, de manera que los Estados puedan tenerlos en cuenta en el cumplimiento de sus obligaciones y evitar futuros incumplimientos y declaratorias de responsabilidad internacional por medio de la jurisdicción contenciosa. Es así que la Corte IDH coadyuva “al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos”.³²

La Corte Interamericana ha indicado que ninguna de sus opiniones, en el ejercicio de la función consultiva, “tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso [pero], tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”, por lo cual “es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento”.³³ Al mismo tiempo, ha señalado que sus opiniones consultivas son fuente de las interpretaciones de la Convención que deben ser aplicadas por medio del control de convencionalidad.³⁴ El control de convencionalidad es una doctrina o herramienta de interpretación jurídica por medio de la cual los jueces y otras autoridades estatales, en el marco de sus respectivas competencias y las regulaciones

30 Véanse, *inter alia*: Corte IDH. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 25; Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 28 y 29, y OC-24, párrs. 21 y 22.

31 Corte IDH. OC-21 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, párr. 31; Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23 23, párr. 29, y OC-24, párr. 27.

32 Corte IDH. OC-1 “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, párr. 25.

33 Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, párrs. 25 y 26.

34 Corte IDH. OC-21 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, párr. 31; OC-23 Medio Ambiente y Derechos Humanos, párr. 29, y OC-24, 2017, párr. 26.

procesales correspondientes, tienen la obligación de contrastar y ajustar sus normas internas a la Convención como forma de aplicar y cumplir con las obligaciones internacionales del Estado.³⁵ En este ejercicio, las respectivas autoridades del Estado “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.³⁶

Por tanto, las opiniones consultivas de la Corte no son vinculantes en sí mismas, pero deberían ser consideradas como interpretaciones autorizadas por el máximo intérprete de la Convención, es decir, por el órgano al cual los Estados obligados por dichas normas han otorgado esa competencia.³⁷ La Corte utiliza el término de “último intérprete”,³⁸ pero en este artículo se utilizarán los términos “máximo intérprete” o “intérprete autorizado” (i.e. con autoridad convencional) por estimarlos más exactos. Conforme a las reglas de interpretación específicas de la CADH, consagradas en su artículo 29,³⁹ siempre deberá prevalecer la interpretación de las disposiciones de la Convención que sea más favorable, aun cuando esta se hubiera hecho a nivel interno y solo aplique a un Estado específico. Además, en virtud de las reglas de interpretación y el principio de interpretación evolutiva de

35 Corte IDH. “Control de convencionalidad”. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7 (2009); Miguel Carbonell. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. México: Porrúa/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 72; Pablo González Domínguez. “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 38 (enero-junio 2018), pp. 201-202; *The doctrine of Conventionality Control. Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter American Human Rights System*. Intersentia, 2018.

36 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

37 En el mismo sentido, véase: Gauché Marchetti. “Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 184 y 201.

38 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124.

39 Conforme al artículo 29 de la CADH, “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

los tratados de derechos humanos, las interpretaciones de la Convención pueden variar en el tiempo, y no siempre será la Corte IDH la primera o la última en hacer las interpretaciones válidas de las normas de la Convención. Lo importante es que, como máximo órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus opiniones representan interpretaciones impregnadas de la debida autoridad convencional en cuanto al estado del derecho o el contenido de las obligaciones de derechos humanos en ese determinado momento. Cualquier interpretación posterior solo será válida en la medida en que sea más favorable a los derechos de las personas y no represente un retroceso o restricción indebida de los derechos consagrados en la Convención.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta que i) las opiniones consultivas no son vinculantes en sí mismas, en el sentido de que su incumplimiento genere la responsabilidad internacional del Estado, como ocurre en la jurisdicción contenciosa, y ii) al mismo tiempo las interpretaciones que se realicen por medio de estas opiniones constituyen una guía en cuanto a la interpretación de las normas de la Convención,⁴⁰ que los Estados deben tener en cuenta al momento de aplicarla. Es decir, las opiniones consultivas forman parte del conjunto de estándares que informan el contenido y alcance de las obligaciones contenidas en la Convención que los Estados están llamados a aplicar por medio del control de convencionalidad.⁴¹ Esto, además de ser un deber de los Estados en los términos establecidos por la Corte IDH, contribuye al carácter preventivo de las opiniones consultivas.

En la historia y práctica de la Corte, la mayoría de las interpretaciones o criterios formulados vía su función consultiva se han reiterado y mantenido en el ejercicio de su función contenciosa.⁴² Esto se puede observar en casos recientes, como en el Caso Comunidades Indígenas Miembros

40 Corte IDH. OC-15, párr. 26. Véanse también: Jorge Ernesto Roa. *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 96-100; Pedro Nikken. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. T. I. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 171-176.

41 Véase también Gauché Marchetti. “Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 184.

42 Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana*, pp. 136-141. Gisella Cristina Paredes Erazo y María Dolores Núñez Ávila. “El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019): 76.

de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina, en donde se recogieron y reiteraron criterios relativos al medio ambiente sano que habían sido formulados por primera vez en la OC-23,⁴³ o en el Caso Vélez Loor *vs.* Panamá, donde se reafirmaron varios de los criterios esbozados en la OC-18 sobre los derechos de los migrantes indocumentados.⁴⁴ Pero esto también es cierto respecto de las interpretaciones más antiguas de la Corte en sus primeras opiniones consultivas, tales como los criterios relativos a las restricciones a la pena de muerte, formulados en su tercera opinión consultiva en 1983, que fueron recientemente reafirmados en el Caso Martínez Coronado *vs.* Guatemala en 2019.⁴⁵ En general, los criterios que la Corte establece por vía de sus opiniones consultivas se mantienen en sus decisiones contenciosas. Por supuesto, en el marco de un caso contencioso pueden surgir elementos que sean únicos a la situación individual bajo análisis, pero en general la interpretación del alcance y contenido mínimo de las normas se suele mantener. Es en esto que las opiniones consultivas materializan su carácter preventivo, y cualquier Estado que quisiera evitar incurrir en responsabilidad internacional sería sabio en adaptar sus normas y prácticas a las interpretaciones que la Corte IDH hace de las obligaciones sometidas a consulta.

Adicionalmente, desde 1982 y en múltiples oportunidades posteriores, la Corte IDH ha explicado que su facultad consultiva es amplia, en la medida en que está abierta a todos los Estados miembros de la OEA,⁴⁶ no solo

43 Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400; OC-23 Medio Ambiente y Derechos Humanos, 2017.

44 Corte IDH. Caso Vélez Loor *vs.* Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, y Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

45 Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, y Caso Martínez Coronado *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376.

46 La competencia consultiva de la Corte IDH está consagrada en el artículo 64 de la Convención Americana, el cual establece: “1. Los *Estados miembros de la Organización* podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de *otros tratados* concernientes a la protección de los derechos humanos en los *Estados americanos*. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud

los Estados parte de la Convención,⁴⁷ y, por tanto, pronunciamientos consultivos de las obligaciones de derechos humanos pueden alcanzar a todos los miembros de la OEA. La Corte ha explicado que, en muchos casos, sus interpretaciones del texto de la Convención “trascienden a la Convención y nutren el contenido de la Declaración Americana, los tratados e instrumentos interamericanos, en la medida que existe coincidencia en el ámbito de protección normativa de los derechos y libertades”.⁴⁸ Esto fue reafirmado por el tribunal en la OC-24, cuando indicó:

... todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.⁴⁹

de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales” (énfasis agregados). La Corte ha interpretado esta norma para indicar que “conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, tal expresión alude a todos los Estados que pueden ratificar o adherirse a la Convención, según el artículo 74 de la misma, es decir, a los miembros de la OEA”. Corte IDH. OC-1, 1982, párr. 35.

47 Corte IDH. OC-1, 1982, párr. 35.

48 Recientemente, la Corte IDH enfatizó este punto al interpretar los efectos jurídicos de la denuncia de la CADH, indicando que los criterios jurídicos emanados de la jurisprudencia del tribunal, de su jurisdicción tanto contenciosa como consultiva, constituyen un instrumento en el que se debe apoyar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el desempeño de sus labores, así como para todos los Estados miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones de observancia de los derechos humanos, emanadas de la Carta y la Declaración Americana, inclusive en relación con Estados que hayan denunciado la Convención, pues dichas interpretaciones nutren el contenido y alcance del derecho interamericano. Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26, párrs. 90 a 93.

49 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 27; Corte IDH. OC-21, 2014, párr. 31.

En definitiva, las interpretaciones de la Convención realizadas en el marco de opiniones consultivas: i) no son vinculantes en sí mismas, pero deben considerarse parte de la jurisprudencia de la Corte que los Estados deben tener en cuenta al momento de efectuar el control de convencionalidad para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, ii) tienen una naturaleza preventiva, y iii) alcanzan a todos los Estados miembros de la OEA respecto de sus obligaciones de derechos humanos.

Criterios de interpretación

La interpretación de la Convención por la Corte IDH se realiza con base principalmente en tres criterios: i) las reglas generales de interpretación de tratados, reflejadas en la Convención de Viena, ii) las reglas específicas de interpretación de la Convención contempladas en su artículo 29 y iii) el principio de interpretación evolutiva en la aplicación de los tratados de derechos humanos.⁵⁰ Como es costumbre en sus opiniones consultivas,⁵¹ en la OC-24 la Corte explicó y describió de manera explícita los criterios que utilizó para interpretar las normas sobre las cuales fue consultada: las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵² junto con las reglas especiales de interpretación del artículo 29 de la Convención.⁵³

La Convención de Viena “recoge las reglas generales y consuetudinarias de interpretación de los tratados internacionales, que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél”.⁵⁴ Por su parte, el artículo 29 de la Convención exige considerar que, para cualquier aplicación de estas reglas de interpretación, el objeto y fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”

50 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 55. Véanse, *inter alia*: Corte IDH. OC-21, 2014, párrs. 51 a 56; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245; Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

51 Véanse, *inter alia*: Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 54 a 60; OC-21, 2014, párrs. 51 a 55; OC-23, 2017, párrs. 40 a 45.

52 Artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

53 Artículo 29 de la CADH.

54 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 55.

y que toda interpretación de sus normas debe hacerse siguiendo el principio *pro persona*.⁵⁵ Por ello cualquier interpretación de las normas de la Convención debe buscar el “mejor ángulo” para la protección de la persona,⁵⁶ es decir, ser aquella que mejor sirva para proteger los derechos humanos de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado que se obligó por ella.⁵⁷

Asimismo, la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos exige considerarlos “instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁵⁸ Para esto y como parte del contexto normativo, la OC-24 se refirió a la normativa internacional sobre personas LGTBIQ+ en aras de realizar una interpretación sistemática de las normas relevantes⁵⁹ y para precisar las medidas que deben adoptar los Estados a fin de cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana.⁶⁰ La Corte advirtió, como ha hecho en otros procesos consultivos, que el *corpus juris* internacional en esta materia se compone de fuentes principales de derecho internacional relevantes y también “de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente”, así como de su propia jurisprudencia.⁶¹ Esto último suele ser objeto de frecuentes críticas por parte de quienes consideran que el tribunal acostumbra transformar en *hard law* instrumentos de *soft law*, por vía de su referencia y utilización en sus análisis y ejercicios de interpretación, sin consideración y con

55 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 57.

56 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 56.

57 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 56.

58 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193; El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

59 La Corte ha explicado que la interpretación sistemática, prevista en la Convención de Viena, exige que “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) *vs.* Costa Rica, 2012, párr. 191.

60 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 59.

61 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 60.

independencia de si los instrumentos son aplicables, vinculantes o provenientes de contextos distintos al interamericano.⁶²

Si bien es un asunto mucho más complejo y amplio que la OC-24, es necesario remarcar que el uso de instrumentos internacionales de distinta índole constituye un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho,⁶³ por el cual se busca evidencia del derecho aplicable en estos otros instrumentos normativos. En la mayoría de los casos en donde la Corte hace referencia a estos instrumentos, incluyendo la OC-24 y otras opiniones consultivas, estas normas o instrumentos más específicos sobre los temas sometidos a interpretación del tribunal lo informan e ilustran sobre las medidas o contenido más específico que resulte necesario a efectos de garantizar el respeto y la protección de los derechos consagrados en la Convención. No obstante, esto resulta un punto tan común de crítica de la jurisprudencia del tribunal, tanto contenciosa como consultiva, que valdría la pena que la Corte explore estrategias o métodos para aclarar el valor y alcance que otorga a los distintos instrumentos que informan sus decisiones.

La protección de los vínculos familiares de parejas del mismo sexo bajo la Convención

Opinión de la Corte

La naturaleza y alcance de las opiniones consultivas, así como los criterios interpretativos utilizados por el tribunal generan innumerables debates. En el contexto de estos debates, la Corte IDH emitió la OC-24, en la cual se pronunció a favor del matrimonio igualitario. Como se mencionó al inicio, esa opinión consultiva surgió por una consulta de Costa Rica, en la cual le planteó cinco preguntas. De esas cinco preguntas, dos se relacionaron con el reconocimiento de derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo:

62 Álvaro Paúl. “Cuatro Extendidos Desaciertos de la Corte Interamericana que se Observan en su Opinión Consultiva No. 24”. *Anuario de Derecho Público 2018*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2018, p. 220.

63 Conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, generalmente considerado la autoridad en cuanto a las fuentes de derecho internacional, la doctrina y las decisiones judiciales son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho. En el derecho internacional de los derechos humanos es posible considerar que muchas de las expresiones normativas consideradas *soft law* merecen la misma consideración.

4. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?, y
5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?⁶⁴

Para responder a Costa Rica sobre las formas de garantizar derechos patrimoniales a parejas formadas por personas del mismo sexo, la Corte utilizó los criterios interpretativos referidos *supra*. Al responder esta pregunta, en primer lugar, reafirmó los criterios establecidos en ejercicio de jurisdicción contenciosa (sección 2 sobre antecedentes, *supra*) con respecto a las personas de orientación sexual diversa. En segundo lugar, examinó el concepto de familia de la Convención, la protección que se debe reconocer al vínculo familiar derivado de parejas del mismo sexo y la necesidad de garantizar a las parejas del mismo sexo los mismos derechos y obligaciones que a las heterosexuales. En tercer lugar, examinó los mecanismos por los cuales los Estados pueden garantizar la protección a las parejas del mismo sexo de manera igualitaria con las parejas heterosexuales.

Al final de este ejercicio, la Corte respondió estas preguntas estableciendo que los derechos a la vida privada y familiar, así como el derecho a la protección de la familia y el principio de igualdad ante la ley, exigían a los Estados: i) proteger las familias que surjan de las relaciones de parejas del mismo sexo, ii) reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan del vínculo familiar a las parejas del mismo sexo y, particularmente, iii) garantizar a las familias conformadas por parejas del mismo sexo todas las figuras existentes en los ordenamientos jurídicos internos para familias conformadas por parejas heterosexuales, incluyendo el matrimonio. A continuación, se examina en detalle los criterios formulados y las consideraciones realizadas por la Corte IDH para llegar a estas conclusiones.⁶⁵

64 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 3; Solicitud de Opinión Consultiva sometida a la Corte Interamericana por Costa Rica el 18 de mayo de 2016, p. 8.

65 Corte IDH. OC-24, 2017, puntos conclusivos 6, 7 y 8.

*El derecho a la igualdad y a la no discriminación de personas
LGTBIQ+*

La Corte Interamericana reiteró su jurisprudencia contenciosa, mediante la cual había establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención.⁶⁶ Al ser categorías prohibidas de discriminación, esta proscribió cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género. Asimismo, la Corte reafirmó la necesidad de un examen riguroso de las diferencias de trato basadas en la orientación social de las personas.⁶⁷ En este sentido, indicó que “el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso”, por lo cual la idoneidad de la medida diferenciadora dependerá de que el fin que persigue sea legítimo e imperioso en el marco de la Convención. La medida o acción que hubiera escogido el Estado debe ser adecuada y necesaria, es decir, que su objetivo “no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo”, y ha de obedecer a un principio de proporcionalidad estricta, en el sentido de que “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”.⁶⁸ Por último, el Tribunal reiteró que la ausencia de consenso en las sociedades o Estados no constituye una razón válida para permitir la discriminación por orientación sexual. En esto, la Corte reafirmó su jurisprudencia establecida en los casos *Atala*, *Flor Freire* y *Duque* y enfatizó que

... la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales

66 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 78. Este criterio se reconoció por primera vez en el caso *Atala*, y en la OC-24 la Corte reiteró este criterio y se apoyó en jurisprudencia del Tribunal Europeo, reflejando que esto constituye un estándar en el cual hay acuerdo entre los tribunales regionales, así como en decisiones y resoluciones de organizaciones internacionales.

67 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 81.

68 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 81.

o percibidas, 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. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.⁶⁹

De esta manera, la Corte IDH rechazó cualquier argumento de necesidad de un consenso regional o nacional a efectos de determinar las formas de proteger los derechos las personas LGTBIQ+. Esta consideración del tribunal constituye un criterio fundamental de su interpretación en esta opinión consultiva y se aparta de la práctica fragmentada y relativista que ha caracterizado el reconocimiento de los derechos a las minorías LGTBIQ+ en otras regiones. Este criterio ya había sido sostenido en el caso Atala respecto del derecho de la señora Atala a la custodia de sus hijas. No obstante, es importante resaltar que en esta opinión consultiva la Corte afirma este principio de manera general respecto del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, por lo cual queda establecido que cualquier diferencia o restricción con base en la orientación sexual de las personas no podrá basarse exclusivamente en la ausencia de un consenso nacional o regional para otorgar un tratamiento igualitario.

Este criterio parte de la idea, ya esbozada en otros casos,⁷⁰ de que los derechos de las minorías no deben depender de las decisiones de las mayorías, pues ello en muchos casos agrava la situación de vulnerabilidad del grupo marginado y puede conducir a nuevas formas de discriminación.⁷¹ Como ha explicado la Corte previamente, la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo cual la protección de los derechos humanos

69 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 83, reafirmando Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile, 2012, párrs. 92 y 93; Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, 2016, párr. 124; Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párr. 123.

70 Corte IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

71 Dejusticia. *Amicus curiae* en el proceso No. 0010-18-CN ante la Corte Constitucional del Ecuador. 7 de junio de 2019, pp. 4 y 24.

constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por instancias democráticas.⁷²

Obligación de proteger a las familias formadas por parejas del mismo sexo

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria: i) la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, contemplada en el artículo 11.2,⁷³ y ii) el derecho a la protección de la familia, en el artículo 17.1.⁷⁴ A efectos de contestar la consulta de Costa Rica, la OC-24 comenzó por examinar el concepto de familia a la luz de la Convención. Al respecto, la Corte ha indicado múltiples veces y en múltiples circunstancias, que la Convención no contiene definición taxativa o concepto cerrado de lo que debe entenderse por “familia” ni protege un modelo único de familia.

Una de las primeras manifestaciones ocurrió en 1993 con el caso Aloeboetoe cuando la Corte estableció que los vínculos familiares debían determinarse conforme a la costumbre saramaca, que incluía modalidades de familia poligámica.⁷⁵ También en el caso de los Niños de la Calle, cuando la Corte reconoció los vínculos familiares que pueden existir y persistir entre los niños en situación de calle y sus madres, padres, hermanos u otras personas con relaciones afectivas cercanas, aun cuando estén en situación de calle.⁷⁶ Asimismo, en el caso Fornerón, la Corte reafirmó este concepto amplio del término familia, al considerar que no se debía discriminar en contra de modelos de familia monoparentales, los cuales merecen la misma protección bajo la Convención que un modelo más tradicional.⁷⁷

72 Corte IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay, 2011, párr. 239.

73 El artículo 11.2 de la CADH establece: “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

74 El artículo 17.1 de la CADH establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

75 Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrs. 62 a 66.

76 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, 56.a, párrs. 68 y 69.

77 Corte IDH. Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 98

Igualmente, respecto de familias migrantes, la Corte ha sido explícita en que el concepto de familia conforme con la Convención puede incluir “personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos”,⁷⁸ y ha indicado que:

... la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos.⁷⁹

Específicamente, con respecto al impacto de este concepto para personas LGTBQ+, en el caso *Atala* la Corte reafirmó la amplitud del término familia bajo la Convención y dijo que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio”, sino que “debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.⁸⁰

Con base en esta línea jurisprudencial, en la OC-24 la Corte reafirmó que la Convención no protege un modelo único o determinado de familia, que una familia puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual y que la protección de vínculos familiares bajo la Convención no se limita a relaciones fundadas en el matrimonio.⁸¹ Asimismo, la Corte resaltó que la evolución del concepto de familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades y esto, con frecuencia, ocurre antes de que se hagan las correspondientes adaptaciones legislativas.⁸² Las regulaciones que contemplan las nuevas nociones de familias suelen surgir como respuesta a la evolución ya ocurrida en la sociedad en cuanto al concepto o modelo de familia. Por tanto, en la OC-24 la Corte reiteró y reafirmó que la Convención protege un concepto diverso

78 Corte IDH. OC-21, 2014, párr. 272; OC-24, 2017, párr. 178.

79 Corte IDH. OC-21, 2014, párr. 272; OC-24, párr. 178.

80 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 2012, párr. 142; OC-24, 2017, párr. 179

81 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 179 y 181.

82 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 177.

y flexible de familia en el artículo 17.1. Ahora bien, además de dicha norma, la CADH contiene el artículo 17.2, que “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 en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”, norma en torno de la cual se ha concentrado gran parte del debate sobre el acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Al respecto, en la OC-24 la Corte estableció que dicha disposición reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si cumplen con las condiciones ahí establecidas. No obstante, aclaró que dicha formulación no constituye “una definición restrictiva” del matrimonio o de cómo debe fundarse una familia, sino que “únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio”,⁸³ sin que ello signifique que es la única forma de familia protegida por la Convención.

Además, la Corte consideró que ninguno de los tratados e instrumentos del sistema interamericano, considerados parte del contexto o sistema en el cual se inscribe la Convención, ofrecen una definición o restringen el concepto de familia. De acuerdo con la Corte, por el contrario, los tratados que contienen disposiciones referidas a la familia y formulaciones más amplias, refiriéndose al derecho de “toda persona” a formar una familia o a los “sistemas de familias” de las comunidades indígenas.⁸⁴ La Corte resaltó que “ninguno de esos instrumentos hace alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, ni hace mención específica a una modalidad de familia en particular”.⁸⁵ La Corte opinó que en este tema la interpretación evolutiva confluye con el objeto y fin de la Convención. Una interpretación restrictiva de la noción de “familia” que excluya de protección el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustraría el objeto y fin de la Convención, que, en últimas, es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna.

83 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 182.

84 Artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 15 del Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, y artículo XVII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

85 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 185.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte determinó que no existían motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de “relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo”. Resaltó que no le corresponde “distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro” y que “sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual”,⁸⁶ por lo cual “es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención”.⁸⁷ La Corte explicó que con ello “está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada”.⁸⁸

La protección de los vínculos familiares entre personas del mismo sexo significa la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de obligaciones, derivadas de la Convención, frente a estas familias. Las dos obligaciones principales son: i) la obligación de no discriminación (art. 1.1), de cumplimiento transversal en todas las obligaciones de la Convención, y ii) la obligación de los Estados de ofrecer y garantizar una “igual protección de la ley” a estas modalidades de familia (art. 24).

Respecto de otros derechos y obligaciones, el tribunal retomó su jurisprudencia del caso Duque, en el cual ya había establecido que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.⁸⁹ Ahora bien, la Corte advirtió que la protección a las

86 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 192.

87 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 191.

88 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 192.

89 En particular, “todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”. The Yogyakarta Principles. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. Marzo de 2017, principio 13. Véase también su referencia en: Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia, 2016, párr. 110; OC-24, 2017, párr. 196.

familias diversas no se limita a derechos patrimoniales,⁹⁰ sino que permea otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y otros internacionalmente reconocidos, y también “se extiende a aquellos derechos y obligaciones establecidos por las legislaciones nacionales de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”.⁹¹

Por tanto, la Corte determinó que la Convención exige proteger los vínculos familiares que surgen de las parejas del mismo sexo y/o diversidad en identidad de género; que esta protección exige reconocer todos los derechos patrimoniales que se derivan de ese vínculo familiar, y más allá de las cuestiones meramente patrimoniales, se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales.

Obligación de proveer mecanismos de protección de manera igualitaria

Al principio de este artículo se indicó que, por medio de esta opinión consultiva, la Corte IDH interpretó que los Estados del sistema interamericano deben permitir el matrimonio igualitario a todas las personas bajo su jurisdicción. El argumento principal que utiliza la Corte para arribar a esta determinación es que no hay un argumento válido para prohibirlo. El razonamiento es sencillo, importante y difícil de contradecir. Como se expuso previamente, la Corte ha reconocido que la orientación sexual es uno de los motivos inherentes a la persona por los cuales no se puede discriminar o diferenciar en la aplicación de la ley. Esto tiene consecuencias directas en la rigurosidad con la cual se debe examinar cualquier diferencia de trato fundamentado en la orientación sexual de las personas. Fue en el marco de este examen estricto como determinó que no hay razón válida que justifique diferenciar las modalidades o figuras de protección de los vínculos familiares entre parejas del mismo sexo y entre parejas heterosexuales.

La Corte analizó las distintas maneras que se han implementado para garantizar protección a las parejas del mismo sexo. Al respecto, resaltó las medidas adoptadas por la Ciudad de México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Colombia, Canadá y Estados Unidos para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través de mecanismos como la

90 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 198.

91 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 198.

unión civil, unión de hecho o matrimonio igualitario.⁹² También resaltó pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos.⁹³

Es importante notar que, si bien la Corte se apoyó en su fundamentación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la prohibición de discriminación y la igualdad ante la ley, el estándar de ese tribunal es distinto al que estableció la Corte en la OC-24 respecto al matrimonio igualitario. El TEDH ha indicado en reiteradas oportunidades que, debido a la ausencia de un consenso europeo al respecto, los Estados cuentan con un margen de apreciación restringido que les permite elegir las formas o mecanismos que van a extender o poner a disposición en su derecho interno para proteger los vínculos familiares entre parejas del mismo sexo.⁹⁴ Y si bien ha insistido en que los Estados deben proveer en su derecho interno de mecanismos adecuados para reconocer los vínculos familiares de las parejas del mismo sexo y otorgar los derechos y obligaciones principales que de ello se deriva,⁹⁵ ha sostenido de manera reiterada que los Estados disfrutan de un margen de apreciación⁹⁶ en la

92 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 206 a 213.

93 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 203 a 205.

94 Véanse, *inter alia*: TEDH. Caso Oliari y Otros *vs.* Italia, Aplicaciones Nos. 18766/11 y 36030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015, párrs. 163, 165 y 177; Vallianatos y otros *vs.* Grecia, Aplicación Nos. 29381/09 and 32684/09, Gran Sala, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párrs. 76, 77 y 85; Caso Karner *vs.* Austria, No. 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003, párr. 41. Para mayores referencias del ámbito europeo, tanto del TEDH como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se puede consultar Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Consejo de Europa. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, 2018, pp. 161-168, 204-207.

95 TEDH. Caso Oliari y Otros *vs.* Italia, Aplicaciones Nos. 18766/11 y 36030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015, párr. 177. En dicha decisión el Tribunal Europeo, además, explicó que la amplitud del margen de apreciación dependerá de varios factores y, en casos donde la discusión es sobre el reconocimiento legal y derechos fundamentales (*core rights*) de las personas y parejas del mismo sexo, ese margen es más estricto o estrecho.

96 Sobre la aplicabilidad y experiencias de la doctrina del margen de apreciación en el sistema interamericano de derecho humanos, véase, entre otros: Nash, Claudio. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11 (2018).

determinación exacta de qué estatus conceder o qué medios alternativos habilitar para garantizar esos derechos a las parejas del mismo sexo, por lo cual no están obligados a dar acceso a la figura del matrimonio.⁹⁷

La Corte IDH no coincidió con esta interpretación en la OC-24. De acuerdo con este tribunal, la prohibición de discriminación en contra de las minorías sexuales no permite que se restrinjan sus derechos con base en una falta de consenso nacional en cuanto a la forma de otorgarles o garantizarles esos derechos⁹⁸ ni puede conducir al tribunal a abstenerse de decidir sobre una materia considerada controversial.⁹⁹ La Corte ha reconocido cierta discrecionalidad o espacio a los Estados para el diseño o implementación de las medidas que estimen más adecuadas en ciertas materias, como los derechos políticos, asuntos migratorios o sistemas procesales penales.¹⁰⁰ No obstante, en general, ha rechazado aplicar la doctrina del margen de apreciación en asuntos que considera fundamentales para la protección de derechos humanos,¹⁰¹ tales como la investigación de graves violaciones

97 TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, Aplicación No. 30141/04, Sentencia de 22 de noviembre de 2010, párrs. 108 y 109. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos tiene un criterio similar de no considerar exigible el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo. Comité de Derechos Humanos, *Juliet Joslin et al. vs. Nueva Zelanda*, Comunicación No. 902/1999, UN Doc. A/57/40 at 214 (2002), párr. 8.2.

98 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 219.

99 Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párr. 92.

100 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 39; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161; Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 90; Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 166. Claudio Nash explica que algunas de las situaciones que en la doctrina se han presentado como expresiones del empleo del margen de apreciación por parte de la Corte IDH no son expresiones del margen de apreciación en sentido estricto, sino ejemplos de las facultades normales que tienen los Estados para implementar los derechos en el ámbito nacional. Nash, “La doctrina del margen de apreciación”, pp. 4 y 14.

101 La falta de recepción o adopción de la doctrina del margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) ha sido objeto de críticas y estudios. Distintos autores han explicado los problemas y razones por los cuales la Corte IDH no ha adoptado la doctrina del margen de apreciación tan ampliamente como lo ha hecho su par europeo. Juan C. Herrera, por ejemplo, considera que el margen de apreciación, como lo aplica el TEDH, no es trasplantable al SIDH debido a los muy distintos contextos históricos, culturales, sociales, democráticos y de otra índole en cada continente. Juan C. Herrera. “La idea

de derechos humanos, el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, por considerar que se trata de derechos cuyo cumplimiento no es susceptible de libre determinación por los Estados.¹⁰²

Si bien la Corte IDH reconoció que pueden existir distintos tipos de medidas para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, estimó que permitir un trato diferenciado entre parejas heterosexuales y homosexuales, en cuanto a la forma de fundar una familia y acceder a la protección que les otorga la Convención, no supera un test estricto de igualdad, porque “no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”.¹⁰³ Para la Corte, sea cual sea la forma que se elige, matrimonio, unión civil o unión de hecho, estas deben estar disponibles sin distinción para parejas del mismo sexo, si están disponibles para parejas heterosexuales, pues la Convención no protege una sola modalidad de familia y lo contrario sería discriminatorio y una protección desigual de la ley.¹⁰⁴

El tribunal estimó que crear una institución análoga al matrimonio, que produzca los mismos efectos, pero lleve otro nombre, no hace más que generar una diferencia estigmatizante, basada en estereotipos heteronormativos en cuanto relaciones “normales” o no.¹⁰⁵ Por esto, consideró que sería contrario a la Convención “la existencia de dos clases de uniones solemnes

de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, Research Paper No. 2020-25, 15 de julio de 2020. Por otra parte, Claudio Nash es de la opinión que la poca recepción del margen de apreciación en el SIDH se debe a razones normativas y de efectividad en la protección. Nash, “La doctrina del margen de apreciación”, pp. 3, 24 y 25.

102 Laura Clérico. “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 46 (mayo-agosto 2020): 3; Nash, “La doctrina del margen de apreciación”, p. 20; Héctor Olásolo, Nicolás Eduardo Buitrago-Rey y Vanessa Bonilla-Tovar. “El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de ‘género’ y del estándar ‘otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional’”. *Política Criminal*, vol. 15, núm. 29 (julio 2020): 378 y 379.

103 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 220.

104 La Corte expresamente descartó el argumento de que la finalidad del matrimonio es la procreación por considerarlo incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención de proteger a la familia; descartó los argumentos basados en convicciones religiosas o filosóficas, porque no pueden ser utilizadas para condicionar la interpretación de la Convención, y descartó el argumento etimológico, porque el significado de las palabras “familia” y “matrimonio” no es estático y ha evolucionado con el tiempo. Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 221 a 222.

105 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 224.

para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana”.¹⁰⁶ Adicionalmente, estableció que las personas cuentan con plena autonomía para escoger con quién establecer un vínculo permanente y formar una familia, sea por medio de una unión de hecho o solemne con el matrimonio. Ese vínculo merece igualdad de derechos y protección independiente de la orientación sexual de sus contrayentes. Esto, la Corte estableció, es “necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado”.¹⁰⁷

Ahora bien, la Corte reconoció que ello constituye una interpretación progresiva de la Convención. En esta medida, puede haber un periodo de transición en el cual se garanticen los derechos de las personas LGTBIQ+ por medio de otros mecanismos distintos al matrimonio, pero advirtió que esto debe ser solo una situación transitoria e instó a los Estados a que “impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internas”, de forma que se permita el acceso de las personas del mismo sexo al matrimonio.¹⁰⁸

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó en la OC-24 que los Estados deben: i) garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso a todas las figuras existentes en sus derechos internos para las parejas heterosexuales, que tengan el propósito de proteger los derechos de las familias; ii) adaptar o modificar las figuras existentes de manera que sean extensibles a parejas del mismo sexo; y, mientras tanto, iii) reconocer y garantizar a las parejas del mismo sexo los derechos y protecciones de las parejas heterosexuales, mientras se superan las posibles “dificultades institucionales” para adaptar todas las figuras existentes en el derecho interno, sin discriminación alguna.¹⁰⁹ Con esta jurisprudencia la Corte dejó establecido que el hacer una distinción con la sola finalidad de hacer la diferencia o que se sepa y note esa diferencia no es una justificación válida para un

106 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 224.

107 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 225.

108 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 226 y 227.

109 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 226 y 228.

trato desigual. Cuando esa distinción se basa en una categoría protegida por la Convención, como la orientación sexual, esa “diferencia por la diferencia” constituye un trato discriminatorio.

El criterio de “igual pero distintos” por el que abogan algunos críticos de la interpretación de la OC-24, recuerda un poco al criterio de “igual pero separados” que por años se utilizó para justificar la discriminación racial en Estados Unidos de América y las leyes de segregación. En 1954, cuando se decidió el caso *Brown v. Board of Education*¹¹⁰ que puso fin a la segregación racial en las escuelas, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que las instalaciones educativas separadas eran inherentemente desiguales y, por tanto, violatorias del principio de igualdad ante la ley (la cláusula de protección igualitaria de la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos). Al considerar la cuestión, dicho tribunal tuvo en cuenta los factores intangibles, tales como la estigmatización y la limitación de oportunidades que producía la desigualdad, aun cuando se ofrecieran a ambos grupos raciales condiciones tangibles equivalentes (instalaciones físicas y otros).

De manera similar, en la OC-24 la Corte estimó que “crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación”.¹¹¹ Hay una serie de valores y características intangibles que como sociedad atribuimos a la institución del matrimonio, tales como cierto estatus social, reconocimiento público y visibilidad de la relación familiar, ritos y celebraciones culturales, entre otros, que no son reproducibles por vía de otras figuras o mecanismos jurídicos.¹¹² Limitar el acceso de las parejas del mismo sexo a esta institución, con todo lo que representa legal y socialmente, constituye un trato desigual que no se

110 Supreme Court of the United States. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 17 de mayo de 1954.

111 OC-24, 2017, párr. 224.

112 En el mismo sentido, véanse: Raúl Fernando Núñez Marín. “Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. Interpretación evolutiva en el derecho interamericano”. *Revista Prolegómenos*, vol. 22, núm. 43 (enero-junio 2019): 17; María Inés Orellana. “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019): 115.

justifica más que en el deseo de hacer la diferencia. Esto es lo que la Corte señaló como insuficiente en su OC-24, puesto que como regla general las diferencias basadas en categorías prohibidas por la Convención, como la orientación sexual, son válidas solo en la medida en que superen un examen estricto de legitimidad.

Nuevamente, este criterio fue el mismo que fue utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Loving v. Virginia* para invalidar la prohibición de matrimonios interraciales en 1967. Como en el caso del matrimonio entre las parejas del mismo sexo, esta prohibición se basaba en la raza de las personas y, por tanto, en uno de los motivos “sospechosos” o categorías prohibidas de discriminación. La Suprema Corte consideró que ello requería un examen más estricto o riguroso, por lo cual el Estado debía justificar por qué la desigualdad era necesaria para alcanzar una finalidad permitida o válida, la cual no podía ser la discriminación o diferenciación en sí misma.¹¹³ De manera casi idéntica, el argumento principal de la Corte IDH respecto al acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo es que no hay ninguna justificación válida para prohibirlo.

Hoy en día nadie cuestionaría la validez de los argumentos y lo acertado de las decisiones sobre discriminación racial. En esos momentos, en EE. UU. tampoco había consenso entre los estados de la unión en cuanto al tratamiento de la cuestión. No obstante, ambas decisiones son ampliamente aceptadas y celebradas como propias y justas. Si bien se trata de regímenes distintos, uno constitucional y otro internacional, tanto las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos como la OC-24 en últimas están interpretando el alcance del mismo derecho: la igualdad ante la ley y no discriminación. Queda solo preguntarse si la historia será tan amable con la Corte IDH como lo fue con la Suprema Corte.

Voto disidente del juez Vio Grossi y otras críticas a la opinión consultiva

La OC-24 tuvo un voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi,¹¹⁴ quien estuvo de acuerdo con la mayoría de las respuestas dadas a

113 Supreme Court of the United States. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 de junio de 1967; Johanna L. Grossman. “Rainbow Loving”. *New York University Law Review*, vol. 92 (octubre 2017): 60-74.

114 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24. Adicionalmente, el juez Sierra Porto acompañó un voto concurrente en el cual realizó algunas consideraciones

Costa Rica, aunque no con toda la argumentación, los razonamientos y criterios establecidos para dar estas respuestas.¹¹⁵ Además, manifestó su desacuerdo con la última respuesta del tribunal, en la cual se estableció que la Convención exige extender la figura del matrimonio entre parejas del mismo sexo, en atención al principio de igualdad y no discriminación.¹¹⁶ Para el juez Vio Grossi, la Convención puede proteger el vínculo familiar que surge entre personas del mismo sexo y el Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos patrimoniales que se derivan de ese vínculo.¹¹⁷ Sin embargo, en su opinión, la Convención no exige a los Estados que esto sea por medio de la figura del matrimonio ni por medio de ninguna figura en específico, lo cual consideró corresponde a la esfera de la jurisdicción interna de los Estados.¹¹⁸

Adicionalmente, la OC-24 no ha estado exenta de críticas. En lo que se refiere a sus criterios sobre el matrimonio igualitario y los derechos de las parejas del mismo sexo, las principales observaciones que se han realizado desde su emisión consideran que: i) la Corte en la OC-24 se extralimitó en su respuesta, pues las preguntas de Costa Rica no incluyeron una solicitud de pronunciamiento específico sobre el matrimonio igualitario; ii) la OC-24 no respetó el principio de subsidiariedad que debe caracterizar a un tribunal internacional de derechos humanos; iii) las opiniones consultivas no son vinculantes, por lo cual la OC-24 no puede exigir o imponer a los Estados la figura del matrimonio igualitario. Lo contrario desnaturalizaría la función interpretativa y consultiva de la Corte IDH; y iv) la Corte ignoró el texto literal del artículo 17.2 de la Convención, que habría sido redactado como forma de excluir otras formas de familia de la figura del matrimonio protegida por la Convención.¹¹⁹ Muchas de estas críticas coinciden con los

adicionales sobre “la fundamentación de la potestad del Ejecutivo, para que en determinados casos pueda regular mediante reglamentos derechos humanos”, particularmente respecto de los procedimientos de cambio de nombre por razones de identidad de género. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto que acompaña la OC-24, 2017, párr. 2.

115 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párrs. 17 a 75.

116 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017.

117 OC-24, 2017, puntos conclusivos 6 y 7, y voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, párr. 75.

118 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 70.

119 *Véanse, inter alia*: Carlos Alberto Gabriel Maino. “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. *Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm.

criterios y observaciones realizados por el juez Vio Grossi en su voto salvado, por lo cual se estima prudente examinarlas en conjunto.

En su voto salvado, siguiendo una argumentación textualista, el juez Vio Grossi consideró que la consulta de Costa Rica solo se refiere a derechos patrimoniales¹²⁰ y que figuras como las uniones de hecho no están reguladas por el derecho internacional, por lo que los Estados pueden decidir unilateralmente regular esa situación o pueden decidir no contemplarlo en sus ordenamientos, pero que el control de convencionalidad que eventualmente la Corte realice de los actos de los Estados relacionados con este asunto “procedería solamente respecto de aquellos que regulan el vínculo entre personas del mismo sexo, a los efectos de determinar si dicha regulación afecta negativamente los derechos humanos”.¹²¹ Asimismo, estimó que el concepto de familia está contemplado en la Convención con independencia de las personas que la conforman, por lo cual no correspondía al tribunal responder si la unión de dos personas del mismo sexo constituye o no familia, sino exclusivamente si el Estado debe reconocer los derechos patrimoniales derivados de dicha unión.¹²² En general, el juez Vio Grossi considera que la Corte IDH se extralimitó en su respuesta, lo cual coincide con las críticas de *extra petita* que se han formulado a la OC-24.

Al respecto, es importante recordar que, conforme a su jurisprudencia constante en esta materia, la Corte IDH ha establecido que no está constreñida por el texto literal de las preguntas que se le plantean en el marco de una opinión consultiva, con base en el propósito de su competencia consultiva, que es “coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos

1 (enero-marzo 2019): 351; Paúl. “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana”, pp. 203-226; Daniela Salazar *et al.* “La fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019): 126.

120 Con respecto a este punto, en la opinión consultiva se reafirma la jurisprudencia reiterada del tribunal, según la cual la Corte “no está constreñida por el texto literal de las preguntas que se le plantean en el marco de una opinión consultiva, con base en el propósito de su competencia consultiva, que es ‘coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales’ sobre derechos humanos, por lo cual el Tribunal también ‘puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas’”. Corte IDH. OC-24, párr. 25. Véanse también: Corte IDH. OC-21, 2014, párr. 30; OC-23, 2017, párr. 27; OC-25, 2018, párr. 55.

121 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 71.

122 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 74.

internacionales” sobre derechos humanos,¹²³ por lo cual “puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas”.¹²⁴ Adicional a este criterio, es importante advertir que en este caso la posibilidad de que la Corte se pronunciara sobre la diversidad en los modelos de familia y el matrimonio igualitario era una expectativa razonable de los usuarios del sistema interamericano. Es así que cinco de los nueve Estados que presentaron observaciones escritas a la Corte en el marco del proceso consultivo se refirieron a esta figura en sus observaciones como una forma de protección de los vínculos familiares¹²⁵ y lo mismo hicieron los organismos internacionales que presentaron observaciones,¹²⁶ así como la propia Defensoría de los Habitantes de Costa Rica (el *ombudsperson* o Instituto Nacional de Derechos Humanos), quien solicitó al tribunal no limitar su pronunciamiento a los efectos patrimoniales derivados de las uniones de parejas del mismo sexo, pues esto fallaba en considerar la integralidad de los efectos que la discriminación en esta materia causaba a las personas LGBTQ+,¹²⁷ sin contar los otros múltiples escritos presentados por personas y organizaciones de la sociedad civil.¹²⁸ Su inclusión en las observaciones escritas no significa que

123 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 25. Véanse, *inter alia*: Corte IDH. OC-1, 1982, párr. 25; OC-21, 2014, párrs. 28 y 29.

124 Corte IDH. OC-24, 2017, párr. 25. Véanse también: Corte IDH. OC-21, 2014, párr. 30; OC-23, 2017, párr. 27; OC-25, 2018, párr. 55.

125 En concreto, Argentina, Brasil, Colombia, México, y Uruguay. Escrito de observaciones a la solicitud de opinión consultiva No. 24 de los Estados de Argentina de 2 de enero de 2017, p. 12; de Brasil de 24 de enero de 2017, p. 1; de Colombia de 10 de febrero de 2017, p. 13; de México de 22 de febrero de 2017, pp. 31 a 38, y de Uruguay de 10 de febrero de 2017, pp. 2 y 3.

126 Escrito de observaciones de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 14 de febrero de 2017, pp. 9 a 11, y Escrito de observaciones de la CIDH de 14 de febrero de 2017, pp. 28 a 33.

127 Escrito de la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica de 10 de febrero de 2017.

128 Véanse, *inter alia*: Escritos de las organizaciones Diversidad y Derechos de 14 de febrero de 2017; de 16 organizaciones de derechos humanos que forman parte de la Coalición de Organizaciones LGBTTTTI (Lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual) ante la Organización de Estados Americanos (OEA), de 14 de febrero de 2017, y de Dejusticia de 14 de febrero de 2017. La inclusión del debate sobre la convencionalidad del matrimonio igualitario, como parte de los temas sometidos a consulta, se refleja no solo en los escritos a favor de su protección, sino también en los escritos presentados por organizaciones que abogaban por el mantenimiento de la prohibición de acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio o de

ello fuera la posición dominante o que reflejara un consenso en la materia en la región, ni tampoco necesariamente implica que deba ser retomada por el tribunal. La referencia se incluye aquí con el objetivo de evidenciar que estos temas sí eran parte del debate sometido a consideración del tribunal, aun cuando no hubiera sido incluido de manera expresa en las preguntas de Costa Rica. Contrario a lo que han afirmado quienes alegan una extralimitación por parte del Tribunal,¹²⁹ la inclusión de criterios sobre el matrimonio igualitario y la extensión de las consideraciones más allá de los efectos patrimoniales no fue una completa sorpresa, sino que se podía considerar una expectativa razonable en virtud de los temas sometidos a consideración del tribunal, cuya función última y propósito principal es la protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.

Por otra parte, el juez Vio Grossi también salvó su voto por considerar que no se les puede “imponer a los Estados, vía jurisprudencial, menos todavía a través de una opinión consultiva, [que] no es vinculante ni para el Estado que la formula ni menos todavía para los demás Estados, el reconocimiento y regulación de las uniones entre personas del mismo sexo”.¹³⁰ Si bien esto también es una crítica que han presentado autores y Estados,¹³¹ como se discutió previamente, en la OC-24 la Corte no dispuso u ordenó a los Estados la adopción de medida alguna. La Corte no indicó que su decisión consultiva era vinculante. En el marco de su función consultiva, exhortó a los Estados a adaptar sus normas internas a los criterios por medio del control de convencionalidad —pues depende de los Estados el elegir adaptar sus normas y prácticas de manera preventiva y así evitar una futura condena internacional—, que sí sería vinculante.

la deferencia a las legislaciones internas por vía del margen de apreciación. Véanse, por ejemplo, los escritos del Center for Family and Human Rights de 17 de mayo de 2016 y de ADF International, s.f.

129 Paúl, “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte”, p. 208.

130 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 71.

131 El juez Salgado Pesantes, exjuez de la Corte Interamericana y actual juez de la Corte Constitucional del Ecuador, quien salvó su voto en la decisión que aplicó la OC-24 en el Ecuador, en la justificación de su voto enfatizó que las opiniones consultivas de la Corte no son instrumentos internacionales que deban considerarse vinculantes, por lo cual “no constituyen un parámetro de constitucionalidad que sirva para contrastar normas del ordenamiento jurídico a través de la consulta de norma”. Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes en la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párrs. 67-93. Véase también: Carlos Maino, “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano”, p. 351.

Con respecto al matrimonio igualitario, en su voto salvado el juez Vio Grossi disintió de la interpretación de la Corte, y consideró que el matrimonio no es el único mecanismo por el cual se puede garantizar los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, pues existen las uniones civiles o formas análogas.¹³² Remarcó que, a diferencia de estas formas análogas, el matrimonio está contemplado en el artículo 17.2 de la Convención. Por ello, entiende que correspondería al tribunal interpretarlo y aplicarlo en los términos que fue previsto por los Estados y que el propio texto de dicha norma considera que el matrimonio entre un hombre y una mujer no es discriminatorio.¹³³ Vio Grossi explicó su punto de vista indicando que ni la Convención ni su contexto ni ningún ni ningún otro tratado internacional establecen expresamente una obligación de garantizar el matrimonio a las parejas del mismo sexo,¹³⁴ que las legislaciones de la región no reflejan un consenso en la materia y que resoluciones de organizaciones internacionales “expresan una aspiración [...] de la mayoría de [sus] Estados miembros”, pero son “inoportables a los Estados miembros de la OEA”,¹³⁵ lo que refleja un punto común de crítica del ejercicio deliberativo del tribunal.

Indicó que no comparte la opinión mayoritaria de que el artículo 17.2 de la Convención solo contempla una forma de matrimonio sin excluir otras, porque “el artículo 17.2 de la Convención se refiere expresa y solamente a la única existente en dicha época y aún mayoritaria, es decir, a la unión entre un hombre y una mujer”.¹³⁶ Consideró que una interpretación de buena fe del artículo 17.2 solo le permite interpretar que otros tipos de matrimonio fueron “deliberadamente excluidos de la misma”.¹³⁷ En defini-

132 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 82.

133 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párrs. 83 y 94.

134 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 82.

135 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párrs. 91 y 92.

136 Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párr. 96.

137 Manifestó su desacuerdo con la interpretación evolutiva que hace la mayoría, por considerar que la interpretación progresiva no puede ir “en dirección contraria a los explícitos y claros términos de la Convención”. Además, estimó que el tribunal no debe presumir que los argumentos en contra del matrimonio igualitario están basados en convicciones religiosas o filosóficas, pues ello podría limitar este tipo de discursos o sugerir que es contrario a los derechos humanos. Remarcó que las normas son el resultado de la confrontación o el consenso de ideas y reflejan “las relaciones existentes en la sociedad de que se trate, nacional o internacional,

tiva, concluyó que los Estados optaron por distinguir entre el matrimonio y otras figuras análogas en el artículo 17.2 de la Convención. En la medida en que está concebido convencionalmente como “entre un hombre y una mujer”, no es discriminatorio el que no se permita a las parejas del mismo sexo, ni se puede exigir su regulación en el derecho interno, a la luz del derecho internacional actual.¹³⁸

En su decisión, la Corte IDH explicó de manera extensa por qué consideró que el artículo 17.2 reconoce un tipo de matrimonio, pero no excluye o significa una restricción de otros (*véase supra*). Adicional a ello, uno de los problemas que se observa con el argumento de que el texto del artículo 17.2 no permitiría un matrimonio distinto al de un hombre y una mujer es que pretende ser un argumento textualista, con base en un texto que no está en ese artículo. Es decir, para derivar de dicha norma una prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo se tendría que entender que el artículo dice “*solamente* se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”. Ese “solamente” no está en la norma. Se argumenta que una lectura de buena fe de la norma en su contexto lleva a este resultado. No obstante, una lectura de buena fe, considerando el contexto interno y externo de la norma, a la luz del objeto y fin de la Convención de respeto y garantía de los derechos humanos –entre ellos, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación– también puede razonablemente llevar al resultado al que arribó la Corte IDH en su OC-24.

Recepción e impactos de la OC-24

Como se mencionó previamente, las opiniones consultivas tienen un rol preventivo y no se consideran en sí mismas vinculantes. No obstante, al constituir interpretaciones de la Corte con respecto a las obligaciones de la

en un momento determinado”. Corte IDH. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, párrs. 95, 101 y 102. Curiosamente, el voto salvado de la decisión del Tribunal Constitucional que aplicó la OC-24 es precisamente del exjuez de la Corte Interamericana Hernán Salgado Pesantes, quien en cierta medida coincide con esta interpretación del juez Vio Grossi, pero desde el punto de vista constitucional. Según Salgado Pesantes, la interpretación que declara inconstitucional la prohibición del matrimonio igualitario desconoce la literalidad de las normas pertinentes y lo modifica por completo, y “ni siquiera para proteger un derecho humano debemos convertirnos en sepultureros de la Constitución”. Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes en la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párr. 4.

138 Corte IDH. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi que acompaña la OC-24, 2017, párrs. 108 y 109.

Convención, se incluyen en el conjunto de estándares, criterios y jurisprudencia que los Estados deberían utilizar como lineamientos interpretativos en el ejercicio del control de convencionalidad. En este sentido, se puede observar un efecto directo de esta opinión consultiva en algunos Estados de la región, como Costa Rica y Ecuador, así como más ampliamente en la referencia a ella que hacen otros organismos de derechos humanos, más allá del continente americano. No corresponde hacer un análisis exhaustivo de los desarrollos judiciales nacionales que han aplicado la OC-24. Para ello se pueden consultar las secciones correspondientes a estos países que se incluyen en esta misma obra. No obstante, a efectos de examinar el impacto de la OC-24 en la región, se hará referencia a estos desarrollos jurisprudenciales nacionales desde la perspectiva de que constituyen ejemplos claros de la recepción e impacto de la opinión consultiva en Estados del sistema interamericano.

Costa Rica fue el Estado que solicitó la opinión consultiva, preguntando sobre la convencionalidad de sus propias normas de derecho interno. Quizás por esto no debería extrañar que la OC-24 haya tenido un impacto y haya sido aplicada directamente por parte de su más alto tribunal constitucional. Ahora bien, además de su aplicación judicial, la publicación de esta decisión en enero de 2018 tuvo una trascendencia política significativa y casi inmediata en la campaña electoral que estaba sucediendo en ese momento. A nivel político, la emisión de la OC-24 generó un intenso debate entre respetar o desafiar la interpretación de la Corte IDH.¹³⁹ El debate polarizó significativamente las elecciones y se le ha atribuido el veloz e inesperado ascenso en popularidad del candidato ultraconservador, por lo cual pasó a la segunda vuelta de la elección presencial y su partido, Restauración Nacional, ganó catorce de cincuenta y siete curules en la Asamblea Legislativa.¹⁴⁰

139 El entonces presidente de la república, Luis Guillermo Solís, y el candidato de su partido y actual presidente de la república, Carlos Alvarado, manifestaron su respeto por la decisión. No obstante, el candidato ultraconservador Fabrizio Alvarado se posicionó en contra y prometió oponerse al matrimonio igualitario en Costa Rica, inclusive si ello significaba desafiar fallos judiciales o denunciar la Convención Americana. Enrique Andrés Pretel. “Gay marriage roils ‘laid-back’ Costa Rica’s presidential election”. *Reuters*, 1 de febrero de 2018; Javier Corrales. “El matrimonio igualitario en Costa Rica no fue un milagro”. *New York Times*, 4 de junio de 2020.

140 Alberto Nájjar. “El ‘shock religioso’ que puso a Fabrizio Alvarado, predicador de una iglesia evangélica, como favorito para las elecciones presidenciales de Costa Rica”. *BBC Mundo*, 5 de febrero de 2018; Hukda Miranda. “Mitad de diputados de Restauración Nacional son pastores evangélicos”. *Semanario Universidad*, 6 de febrero de 2018.

Más adelante, y aparte de las reacciones más políticas durante las elecciones, la recepción judicial y legislativa fue más dilatada y, aunque no necesariamente de manera entusiasta, Costa Rica aceptó y aplicó la interpretación de la Corte IDH en cuando al matrimonio igualitario. En agosto de 2018, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se pronunció a favor del reconocimiento de los vínculos de las parejas del mismo sexo. La Sala Constitucional, también conocida como Sala IV, aplicó directamente los criterios interpretativos de la OC-24, los cuales consideró vinculantes,¹⁴¹ en dos decisiones en las cuales i) declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio igualitario, y ii) extendió las disposiciones de la unión de hecho a las parejas del mismo sexo.¹⁴² Sin embargo, en un acto de deferencia al poder legislativo, difirió los efectos de la decisión para dar a la Asamblea Legislativa un plazo de 18 meses en el cual adecuar el ordenamiento jurídico.¹⁴³ El poder legislativo no hizo uso de esta oportunidad y el 26 de mayo de 2020 entró en vigor el matrimonio igualitario en Costa Rica, 18 meses después de la decisión de la Sala Constitucional.¹⁴⁴

Ecuador constituye otro ejemplo donde la OC-24 influyó y fue aplicada directamente por los órganos judiciales internos. En 2019,

141 La jurisprudencia constitucional costarricense considera que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de adecuar su ordenamiento interno cuando una línea jurisprudencial de la Corte IDH ofrece una tutela de derechos fundamentales más amplia que la brindada por el ordenamiento jurídico interno. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resolución No. 12782 - 2018 de 8 de agosto de 2018, Sección VII.

142 La Sala Constitucional se apoyó de manera expresa en la OC-24 de la Corte IDH en su fundamentación. Por medio de dicha decisión consideró inconstitucionales las normas respectivas del Código de Familia costarricense que impedían la formalización del matrimonio y la legalización de uniones de hecho entre personas del mismo sexo, por considerar que ello violaba el derecho a la igualdad. Dicha decisión fue reiterada para las uniones de hecho en la Resolución No. 12783 de la misma fecha. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resoluciones Nos. 12782 - 2018 y 12783 - 2018 de 8 de agosto de 2018.

143 Se explica en el cuerpo de la Resolución que dicha decisión constituye una “sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple”. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resolución No. 12782 - 2018 de 8 de agosto de 2018, sección VII y IX.

144 Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resolución No. 12782 - 2018 de 8 de agosto de 2018, sección VII. Christian González Cabrera. “Costa Rica se convierte en el primer país de América Central en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo”. Human Rights Watch, 26 de mayo de 2020; Luis Manuel Madrigal. “Costa Rica se convierte en el país 29 en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Delfino*, 26 de mayo de 2020; Daniela Cerdas E. “Las declaro esposa y esposa: Costa Rica celebra su primer matrimonio igualitario”. *La Nación*, 26 de mayo de 2020.

aproximadamente dos años después de la emisión de la opinión consultiva, la Corte Constitucional del Ecuador emitió su propia opinión consultiva en donde, utilizando criterios de la OC-24, determinó que la restricción de acceso al derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo era una restricción innecesaria de un derecho y, por tanto, era injustificada, discriminatoria e inconstitucional.¹⁴⁵ En dicha oportunidad, la Corte Constitucional ecuatoriana hizo su propio análisis de constitucionalidad de la prohibición de matrimonio a las parejas del mismo sexo, por vía de un examen de necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, en este análisis se apoyó y complementó con los estándares de la OC-24, la cual consideró una interpretación “auténtica y vinculante”, que debía aplicar por medio de un control de convencionalidad.¹⁴⁶

Sin perjuicio de los dos ejemplos anteriores, es importante notar que no ha habido una aceptación universal de los estándares de la OC-24 en todos los Estados miembros del sistema interamericano. Al momento de la emisión de la opinión consultiva, Argentina, Brasil, Colombia, México

145 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019. Véanse también: Paredes Erazo y Núñez Ávila, “El matrimonio igualitario a la luz de la Convención”, p. 78; Pedro Páez Bimos. “Discriminación e igualdad: el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador”. *Foro: Revista de Derechos*, núm. 32 (julio-diciembre 2019): 31.

146 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019, párrs. 295 y 300. La Corte Constitucional interpretó que “las opiniones consultivas son una interpretación con autoridad por parte de un órgano supranacional: la Corte IDH, cuya competencia nace de un tratado internacional del que el Ecuador es parte, y que Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se pueda ‘invocarlas disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’. Los derechos y las garantías que se derivan de la interpretación auténtica de la Corte IDH a la CADH, que constan en las opiniones consultivas, son parte del sistema jurídico ecuatoriano, y tienen que ser observados en Ecuador por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia. En consecuencia, los derechos y las garantías reconocidos en la Opinión Consultiva OC24/17, que interpreta con autoridad la CADH, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad, o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*, y esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano”, párrs. 38 y 39. Por el contrario, como se señaló *supra*, el juez Salgado Pesantes, quien salvó su voto, las opiniones consultivas de la Corte no son instrumentos internacionales que deban considerarse vinculantes, por lo cual “no constituyen un parámetro de constitucionalidad que sirva para contrastar normas del ordenamiento jurídico a través de la consulta de norma”. Voto salvado del juez Hernán Salgado Pesantes, párrs. 67-93. En similar sentido, véase: Rodrigo Durango Cordero. “Matrimonio igualitario: el inadecuado camino en la búsqueda de la igualdad material”. *Revista de Derecho*, vol. 9, núm. I (2020): 139-157.

y Uruguay permitían el matrimonio igualitario. Adicionalmente, Chile y Ecuador permitían las uniones de hecho o uniones civiles entre parejas del mismo sexo, como figuras equivalentes, aunque no con los mismos derechos otorgados por la figura jurídica del matrimonio.¹⁴⁷ Luego de la OC-24 y a la fecha de redacción de este artículo, la mayoría de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aún no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁴⁸ Si bien ha habido algunos desarrollos judiciales favorables, en Costa Rica y Ecuador, así como algunas iniciativas legislativas en países como Chile,¹⁴⁹ la mayoría de los Estados no se han sentido obligados a adaptar sus normas internas a los estándares de la opinión consultiva. El caso de Chile además representa una instancia interesante en la que el poder judicial, por vía de la Corte Suprema, decidió aplicar la parte de la opinión consultiva referente a los derechos de cambio de nombre de las personas transgénero, pero por vía de la Corte Constitucional omitió considerar los estándares sobre matrimonio igualitario, al rechazar el reconocimiento de un matrimonio entre personas del

147 Como consecuencia y en aplicación directa de los estándares establecidos en la OC-24, Costa Rica y Ecuador reconocieron el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 206 y 216.

148 De los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte (1) Barbados, (2) Bolivia, (3) Chile, (4) República Dominicana, (5) El Salvador, (6) Guatemala, (7) Haití, (8) Honduras, (9) Nicaragua, (10) Panamá, (11) Paraguay, (12) Perú, (13) Suriname y (14) Venezuela. Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención Americana en 1998 y 2012, respectivamente. En 2019, el gobierno del presidente encargado de Venezuela, Juan Guaidó, ratificó de nuevo la Convención con efecto retroactivo al momento en que había entrado en vigencia la denuncia anterior. Ni la Comisión ni la Corte Interamericanas se han pronunciado sobre los efectos de esta ratificación retroactiva, pero el instrumento de ratificación fue depositado y registrado, como tal, por el órgano depositario: la Secretaría General de la OEA, conforme al artículo 74 de la Convención Americana. Asimismo, (15) Grenada, (16) Dominica y (17) Jamaica son parte de la Convención Americana, por lo cual les resultaría orientadora la interpretación de la Corte sobre las normas en la CADH en el ejercicio de su función consultiva, aún cuando no han reconocido la jurisdicción contenciosa del Tribunal. Véase el estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en: OEA. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32); y, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, los mapas interactivos de Human Rights Watch. “During pride month, a look at LGBT rights. New map shows same-sex marriage, civil unions and registered partnerships worldwide”; Human Rights Campaign. “Marriage Equality Around the World”.

149 José Manuel Vivanco. “Una deuda con las parejas del mismo sexo”. *El Mercurio*, 24 de septiembre de 2020; Human Rights Watch. “Chile Takes First Step Toward Marriage Equality. President Bachelet Fulfill Promise to Push for Bill”, 7 de febrero de 2017.

mismo sexo ocurrido en el extranjero.¹⁵⁰ Un análisis más detallado del caso chileno se puede encontrar en otra sección de este libro. Para los fines de este artículo, es suficiente con mencionar que aún queda mucho camino por recorrer para la materialización, codificación o adopción de los estándares de la OC-24 en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del sistema interamericano.

Parte de las razones para ello radican en el debate respecto al carácter no vinculante en sí mismo de las opiniones consultivas. Como se explicó más arriba, la función consultiva de la Corte no impone obligaciones cuyo incumplimiento genere responsabilidad internacional a los Estados por ellas mismas, sino que es considerada una función de asesoría preventiva, que permite a la Corte coadyuvar en el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales bajo la Convención. Por ello, en su decisión, la Corte IDH *exhortó* a los Estados a adaptar sus normativas internas, en lugar de *ordenar* tales modificaciones, como haría en el marco de un caso contencioso.¹⁵¹ El alcance que los distintos Estados, por medio de sus normas constitucionales o interpretaciones judiciales, otorguen a los pronunciamientos de la Corte IDH en el marco de su función consultiva tiene un efecto directo en cómo responden a esta exhortación del tribunal. Al respecto, los órganos judiciales de Costa Rica, Colombia, México y Ecuador se han pronunciado a favor de considerar los estándares y criterios

150 Corte Suprema de Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2018; Tribunal Constitucional de Chile, Rol No. 12.077-2019, 4 de junio de 2020; James Cavallaro *et al.* *Doctrine, practice, and advocacy in the Inter-American Human Rights System*. Oxford University Press, 2019, p. 560.

151 *Véanse*, entre otros, los siguientes casos: Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 98; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrs. 268 y 269; Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 259; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 436. En relación con los derechos de las personas LGTBQ+, recientemente la Corte “ordenó” al Estado peruano adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia respecto de hechos de violencia contra personas LGTBG+. Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra *vs.* Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 242.

establecidos en las opiniones consultivas de la Corte IDH en el análisis de sus obligaciones en materia de derechos humanos.¹⁵²

Ahora bien, la Corte IDH reconoció en su decisión que puede tomar un tiempo a los Estados adaptar todas sus normas a la interpretación progresiva de las obligaciones en la Convención.¹⁵³ Advirtió que los Estados posiblemente iban a tener que vencer o sobrepasar “dificultades institucionales” para adecuar su legislación interna y extender a las parejas del mismo sexo todas las figuras existentes para las parejas heterosexuales y, en particular, el matrimonio. Consciente del carácter evolutivo de su interpretación y de la ausencia de homogeneidad en el continente, fue explícita en conceder a los Estados el espacio y tiempo para llevar a cabo las reformas jurídicas, judiciales o legislativas que fueran necesarias, lo cual podía estar sujeto a trámites con formas rígidas, dificultades políticas y tiempo, siempre y cuando impulsaran estos esfuerzos “realmente y de buena fe” para adecuar internamente sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas y, mientras tanto, garantizar a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que otorga el matrimonio por otras vías.¹⁵⁴

En este sentido, resulta relevante que, más allá de su aplicación directa por los Estados de la región, la OC-24 ha sido celebrada y reconocida internacionalmente como un instrumento importante para lograr la protección de las personas LGTBQ+. Un experto independiente de la Organización de Naciones Unidas (ONU) declaró que la OC-24 “es un verdadero modelo para que los Estados cumplan con sus obligaciones” y señaló estar “muy satisfecho con el razonamiento de la Corte”, que está “impregnado en igual medida por el rigor jurídico y la comprensión

152 Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia No. 0421-S-90 de 9 de mayo de 1995; Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-235/11. Expediente T-2.618.764. Acción de tutela del Cabildo Mayor Indígena del Cañón del Río Pepitas, Municipio de Dagua, Valle del Cauca, contra la Alcaldía Municipal de Dagua. 31 de marzo de 2011; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Primera Sala. Amparo directo en revisión 4414/2014. Sentencia del 15 de abril de 2015; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019. Véase también: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) e Hivos. “La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una nueva herramienta para garantizar los derechos de las personas LGBTI”. 2019, pp. 16 y 17.

153 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 226 y 227.

154 Corte IDH. OC-24, 2017, párrs. 226 y 227.

humana”.¹⁵⁵ Por su parte, organizaciones no gubernamentales que trabajan en la región, como Human Rights Watch y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) han destacado la importancia de la opinión consultiva como una herramienta fundamental para el impulso de estrategias jurídicas en los Estados. Estas y otras organizaciones han resaltado cómo la OC-24 facilita la exigencia de cambios positivos a favor de la protección de las personas LGBTQ+.¹⁵⁶ Por otra parte, aunque no en referencia a sus estándares sobre matrimonio igualitario, la OC-24 fue citada por el Comité Europeo de Derechos Sociales en un caso reciente respecto de los derechos de las personas transgénero.¹⁵⁷ Este tipo de pronunciamientos, referencias y diálogo interinstitucional permiten ver el impacto que la OC-24 ha tenido y puede seguir teniendo en la protección de los derechos de las personas LGTBQ+, más allá de las salas judiciales y palacios legislativos de la región.

Desde la perspectiva contraria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recientemente manifestó su preocupación por las regresiones que se han experimentado en el continente respecto del reconocimiento de los derechos de las personas LGTBQ+, así como el avance de sectores antiderechos LGBTQ+ en los poderes del Estado.¹⁵⁸ La CIDH resaltó que muchos de estos retrocesos han sido una “reacción a la adopción de medidas pro-reconocimiento de los derechos de la población

155 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Sexual orientation and gender identity: UN expert hails historic legal opinion issued in Americas”. 12 de enero de 2018.

156 Cejil e Hivos, “La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte”, pp. 16 y 17; Frente por los Derechos Igualitarios y Asociación Ciudadana Acceder. *Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH: sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas*, enero de 2018; CIDH, Audiencia Pública sobre el Matrimonio Igualitario, 170 Periodo de Sesiones, 5 de diciembre de 2018; Alberto Morales. “Human Rights Campaign Celebrates Marriage Equality in Costa Rica”, 26 mayo 2020.

157 European Committee of Social Rights. *Transgender Europe y IGLA-Europe vs. República Checa*, Caso No. 117/2015, 15 de mayo de 2018, párrs. 42, 43 y 85.

158 La CIDH indicó que esto ha generado la adopción de normas contrarias a la prohibición de discriminación en algunos países de la región, movimientos sociales a favor y en contra del matrimonio igualitario, y la proliferación de campañas de desinformación y manifestaciones promovidas por sectores contrarios al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ+. CIDH. *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en las Américas*, 7 de diciembre de 2018, OAS/Ser.L/V/II.170, Doc. 184, párrs. 240, 246 y 253.

LGBTI”.¹⁵⁹ Esto último también ha sido observado por un estudio reciente sobre la situación de salud de las personas LGTBQ+ en la región,¹⁶⁰ según el cual movimientos conservadores en los últimos años han resultado en reacciones negativas (*backlash*) contra el reconocimiento de derechos a las personas LGTBQ+. En virtud de lo anterior, dicho estudio concluye que la materialización de los estándares en la OC-24 en todos los países de la región requerirá un trabajo multidisciplinario, aunado a un alto grado de voluntad política, por cuanto se ha demostrado que no es suficiente ni la mera promulgación de normas antidiscriminatorias ni las decisiones de tribunales internacionales.¹⁶¹

Conclusiones

La OC-24 representó un importante momento en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) respecto de los derechos de las personas LGTBQ+ en la región. Este artículo exploró una parte de dicha opinión consultiva: el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo. Dicha decisión, si bien fue emitida en ejercicio de su función meramente interpretativa y consultiva, es clara en cuanto a que los Estados deben ofrecer a las parejas del mismo sexo las mismas instituciones de protección que se ofrecen a las parejas heterosexuales. Lo contrario constituye una discriminación, basada en la orientación sexual de las personas, lo cual se encuentra prohibido por la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ofrece un razonamiento sencillo, claro y corto, pero suficiente para su conclusión y es que sencillamente no encuentra una justificación válida a la luz de la Convención para crear regímenes distintos para las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales. Como explica la Corte, una diferencia de trato basada en la orientación sexual de las personas debe superar un examen riguroso de necesidad y proporcionalidad y “no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional”.

159 CIDH. Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI, párr. 253.

160 Mónica Malta *et al.* “Sexual and gender minorities rights in Latin America and the Caribbean: a multi-country evaluation”. *BMC International Health and Human Rights*, 6 de noviembre de 2019, p. 13.

161 Malta *et al.*, “Sexual and gender minorities rights in Latin America”, pp. 14 y 15.

Como se expone en las líneas que anteceden, esta fue la primera vez que la Corte interpretó y ofreció un alcance extensivo a las parejas del mismo sexo del derecho al matrimonio y a la protección del vínculo familiar entre las personas del mismo sexo, en términos de absoluta igualdad con las personas heterosexuales. La Corte rechazó optar por una fórmula relativa, similar a la posición hasta ahora sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en aras de defender los derechos de las minorías sexuales ante las mayorías de quienes se depende la idea de un consenso nacional o regional.

Además, resulta importante resaltar que, si bien el matrimonio suele ser el foco de la atención y el debate en torno de la OC-24, dicha decisión incluyó criterios amplios y extensivos en cuanto al pleno reconocimiento de los derechos que se derivan de los vínculos familiares de una pareja del mismo sexo. Al reconocer la protección de la Convención a las familias diversas, la Corte reconoció todos los derechos patrimoniales y de otra índole que se derivan de ese vínculo familiar. Esto no es un aspecto que se haya desarrollado en mayor detalle en la opinión consultiva, pero seguramente podrá ser retomado por la Corte en el marco de su jurisdicción contenciosa y los casos específicos que se sometan a su consideración.

Lo que sí hizo la Corte, por medio de la opinión consultiva, fue exhortar a los Estados a adaptar sus ordenamientos jurídicos nacionales a los criterios expuestos en la opinión. Por la naturaleza no vinculante de la opinión consultiva, la Corte no puede constreñirlos a cumplir con las exhortaciones de la OC-24, como sí lo puede hacer en el marco de su función contenciosa. No obstante, por ahora dos Estados, Costa Rica y Ecuador, han atendido esta exhortación y adaptado sus normativas en consecuencia. No es claro cuánto efecto real adicional la OC-24 pudiera generar sin un trabajo multidisciplinario que asista en prevenir los retrocesos (*backlash*) que se han evidenciado en la región ante la adopción de medidas de reconocimiento de los derechos de las personas LGTBQ+. Aún queda mucho camino por recorrer para la adopción de los estándares de la OC-24 en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del sistema interamericano.

Por último, no es posible ignorar que la OC-24 no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales se examinan en este artículo. No obstante, no es claro que esta opinión consultiva hubiera generado más o menos controversia que otros pronunciamientos de la Corte IDH. En el presente caso, la consulta presentada al tribunal versaba sobre temas culturalmente sensibles, que a la vez afectaban a una minoría histórica y sistemáticamente

discriminada, por lo cual cierto grado de “celebración” y “escándalo”, en igual medida, era predecible. Para algunos críticos de la OC-24, esta decisión representa un ejemplo de activismo judicial internacional.¹⁶² Sin embargo, es posible que lo que algunos acusan de activismo judicial para muchos no sea más que el ejercicio por parte de la Corte IDH del mandato y función para los cuales fue creada, que es ser la máxima intérprete de las obligaciones de derechos humanos bajo la Convención. Por ello, le corresponde pronunciarse sobre el carácter discriminatorio de las situaciones que lo son, aun cuando se trate de temas culturalmente sensibles o sobre los cuales no surge un consenso democráticamente alcanzado. Esa fue la función que los Estados encomendaron a la Corte IDH y esa es la función que está cumpliendo al pronunciarse sobre estos asuntos.

Referencias

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Consejo de Europa. *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, 2018.
- Carbonell, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. México: Porrúa / Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- Cavallaro, James *et al.* *Doctrine, practice, and advocacy in the Inter-American Human Rights System*. Oxford University Press, 2019.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) e Hivos. “La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una nueva herramienta para garantizar los derechos de las personas LGBTI”. Cejil e Hivos, 2019.
- Cerdas E., Daniela. “Las declaro esposa y esposa: Costa Rica celebra su primer matrimonio igualitario”. *La Nación*, 26 de mayo de 2020. <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/las-declaro-esposa-y-esposa-costa-rica-celebra/5S4V44UXEZFG7ELMAAGGSRYYNM/story/>
- Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en las Américas*. OAS/Ser.L/V/II.170, Doc. 184, 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

162 Maino, “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano”, pp. 357 y 358; Paúl, “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte”, p. 204.

- CIDH. Audiencia Pública sobre el Matrimonio Igualitario. 170 Periodo de Sesiones, 5 de diciembre de 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=TnUU9ZImcNM&feature=youtu.be>
- Clérico, Laura. “El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH”. *Revista Derecho del Estado*, núm. 46 (mayo-agosto 2020). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3376/337664307003/337664307003.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). “Control de convencionalidad”. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* núm. 7 (2019). <https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- Corte IDH. “Derechos de la Personas LGTBI”. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 19 (2018). <https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>
- Corrales, Javier. “El matrimonio igualitario en Costa Rica no fue un milagro”. *New York Times*, 4 de junio de 2020. <https://www.nytimes.com/es/2020/06/04/espanol/opinion/matrimonio-igualitario-costarica.html>
- Dejusticia y Colombia Diversa. *Amicus curiae* en el proceso No. 0010-18-CN ante la Corte Constitucional del Ecuador. [Carta] 7 de junio de 2019. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/06/INTERVENCION-C3-93N-COLOMBIA-DIVERSA_DEJUSTICIA_07062019.pdf
- Durango Cordero, Rodrigo. “Matrimonio igualitario: el inadecuado camino en la búsqueda de la igualdad material”. *Revista de Derecho*, vol. 9, núm. I (2020). <https://iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/213/252>
- Frente por los Derechos Igualitarios y Asociación Ciudadana Acceder. *Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH: sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas*, enero de 2018.
- Gabriel Maino, Carlos Alberto. “El carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. *Universidad y Sociedad*, vol. 11, núm. 1 (enero-marzo 2019). <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-350.pdf>
- Gauché Marchetti, Ximena Andrea. “Comentarios a la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género”. En *Anuario de Derecho Público 2018*.

- Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2018. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2019/01/AnuarioDerPub_2018_INTERIOR_ok.pdf
- González Cabrera, Christian. “Costa Rica se convierte en el primer país de América Central en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo”. Human Rights Watch, 26 de mayo de 2020. <https://www.hrw.org/es/news/2020/05/26/costa-rica-se-convierte-en-el-primero-pais-de-america-central-en-legalizar-el>
- González Domínguez, Pablo. “La Relación entre la Doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”. *Cuestiones Constitucionales*, núm. 38 (enero-junio 2018). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11880/13656>
- González Domínguez, Pablo. *The doctrine of conventionality control. Between uniformity and legal pluralism in the inter American Human Rights System*. Intersentia, 2018.
- Grossman, Johanna L. “Rainbow Loving”. *New York University Law Review*, vol. 92 (octubre 2017). https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReviewOnline-92-Grossman_0.pdf
- Herrera, Juan C. “La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas”. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2020-25, 15 de julio de 2020. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3652404
- Human Rights Watch. “Chile takes first step toward marriage equality. President Bachelet fulfil promise to push for bill”. 7 de febrero de 2017. <https://www.hrw.org/news/2017/02/07/chile-takes-first-step-toward-marriage-equality>
- Human Rights Watch. “During pride month, a look at LGBT rights. New map shows same-sex marriage, civil unions and registered partnerships worldwide”. http://internap.hrw.org/features/features/marriage_equality/
- Human Rights Campaign. “Marriage Equality Around the World”. <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world>
- Legg, Andrew. *The margin of appreciation in International Human Rights Law, Deference and Proportionality*. Oxford University Press, 2012.
- Madrigal, Luis Manuel. “Costa Rica se convierte en el país 29 en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Delfino*, 26 de mayo

- de 2020. <https://delfino.cr/2020/05/costa-rica-se-convierte-en-el-pais-29-en-reconocer-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>
- Malta, Mónica *et al.* “Sexual and gender minorities rights in Latin America and the Caribbean: a multi-country evaluation”. *BMC International Health and Human Rights*, 6 de noviembre de 2019. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6836409/#>
- Miranda, Hukda. “Mitad de diputados de Restauración Nacional son pastores evangélicos”. *Semanario Universidad*, 6 de febrero de 2018. <https://semanariouniversidad.com/pais/mitad-diputados-restauracion-nacional-pastores-evangelicos/>
- Morales, Alberto. “Human Rights campaign celebrates marriage equality in Costa Rica”. *Human Rights Campaign*, 26 mayo 2020. <https://www.hrc.org/news/hrc-celebrates-marriage-equality-in-costa-rica>
- Nájar, Alberto. “El ‘shock religioso’ que puso a Fabricio Alvarado, predicador de una iglesia evangélica, como favorito para las elecciones presidenciales de Costa Rica”. *BBC Mundo*, 5 de febrero de 2018. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42884219>
- Nash, Claudio. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11 (2018). <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429555530003/html/index.html>
- Nikken, Pedro. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. T. I. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- Núñez Marín, Raúl Fernando. “Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género. Interpretación evolutiva en el derecho interamericano”. *Revista Prolegómenos*, vol. 22, núm. 43 (enero-junio 2019). <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v22n43/0121-182X-prole-22-43-00009.pdf>
- OEA. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). 11 de diciembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Sexual orientation and gender identity: UN expert

- hails historic legal opinion issued in Americas”. 12 de enero de 2018. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22582&LangID=E>
- Olásolo, Héctor, Nicolás E. Buitrago-Rey y Vanessa Bonilla-Tovar. “El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de ‘género’ y del estándar ‘otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional’”. *Política Criminal*, vol. 15, núm. 29 (julio 2020). <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v15n29/0718-3399-politcrim-15-29-362.pdf>
- Orellana, María Inés. “El matrimonio civil igualitario como forma de ejercer el derecho a la igualdad y no discriminación”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019). <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1263/1162>
- Páez Bimos, Pedro. “Discriminación e igualdad: el matrimonio igualitario en la Opinión Consultiva OC-24/17 Corte IDH en Ecuador”. *Foro: Revista de Derechos*, núm. 32 (julio-diciembre 2019). <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1257/1158>
- Paredes Erazo, Gisella Cristina y María Dolores Núñez Ávila. “El matrimonio igualitario a la luz de la Convención Americana: análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019). <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1260/1160>
- Paúl, Álvaro. “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana que se observan en su Opinión Consultiva No. 24”. En *Anuario de Derecho Público 2018*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2019/01/AnuarioDer-Pub_2018_INTERIOR_ok.pdf
- Pretel, Enrique Andrés. “Gay marriage roils ‘laid-back’ Costa Rica’s presidential election”. *Reuters*, 1 de febrero de 2018. <https://www.reuters.com/article/us-costa-rica-election/gay-marriage-roils-laid-back-costa-ricas-presidential-election-idUSKBN1FL6JU>
- Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Salazar, Daniela *et al.* “La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del derecho y la justicia constitucional en Ecuador”. *Foro: Revista de Derecho*, núm. 32 (julio-diciembre 2019). <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/1264/1163>

The Yogyakarta Principles. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”. Marzo de 2017. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/open-docpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

Vivanco, José Manuel. “Una deuda con las parejas del mismo sexo”. *El Mercurio*, 24 de septiembre de 2020. <https://www.hrw.org/es/news/2020/09/24/una-deuda-con-las-parejas-del-mismo-sexo>

Legislación y jurisprudencia

Comité de Derechos Humanos. *Juliet Joslin et al. vs. Nueva Zelanda*, Comunicación No. 902/1999, UN Doc. A/57/40 at 214 (2002).

Comité de Derechos Humanos. *Toonen vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-235/11. Expediente T-2.618.764. Acción de tutela del Cabildo Mayor Indígena del Cañón del río Pepitas, Municipio de Dagua, Valle del Cauca, contra la Alcaldía Municipal de Dagua. 31 de marzo de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Corte IDH. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 15.

Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

- Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25.
- Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26.
- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. Caso Castañeda Gutman *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380.
- Corte IDH. Caso Ríos y Otros *vs.* Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.
- Corte IDH. Caso Vélez Loor *vs.* Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- Corte IDH. Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Fornerón e hija *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.
- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte IDH. Caso Duque *vs.* Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- Corte IDH. Caso Flor Freire *vs.* Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- Corte IDH. Caso Martínez Coronado *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de mayo de 2019. Serie C No. 376.
- Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra *vs.* Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.
- Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs.* Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.
- Corte Suprema de Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia No. 0421-S-90 de 9 de mayo de 1995.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resolución No. 12782 - 2018 de 8 de agosto de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Resolución No. 12783 - 2018 de 8 de agosto de 2018.
- European Committee of Social Rights. Transgender Europe y IGLA-Europe *vs.* República Checa, Caso No. 117/2015, 15 de mayo de 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Primera Sala. Amparo directo en revisión 4414/2014. Sentencia del 15 de abril de 2015.
- Supreme Court of the United States. Bostock v. Clayton County, Georgia, No. 17-1618, Sentencia de 15 de junio de 2020.
- Supreme Court of the United States. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 17 de mayo de 1954.
- Supreme Court of the United States. Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 de junio de 1967.

TEDH. Caso *Karner vs. Austria*, No. 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003.

TEDH. Caso *Oliari y Otros vs. Italia*, Aplicaciones Nos. 18766/11 y 36030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015.

TEDH. *Schalk y Kopf vs. Austria*, Aplicación No. 30141/04, Sentencia de 22 de noviembre de 2010.

TEDH. *Vallianatos y otros vs. Grecia*, Aplicación Nos. 29381/09 y 32684/09, Gran Sala, Sentencia de 7 de noviembre de 2013.

Tribunal Constitucional de Chile. Rol No. 12.077-2019, 4 de junio de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999.

Páginas de internet

Corte IDH. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Estado de Costa Rica. Observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva. https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=1671

Human Rights Watch. “During Pride Month, a Look at LGBT Rights”. http://internap.hrw.org/features/features/marriage_equality/

Human Rights Campaign. “Marriage Equality Around the World”. <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world>

OEA - CIDH. “Informes sobre peticiones y casos”. Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGTBI – Decisiones y Jurisprudencia. <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>

Conclusiones

El análisis de las decisiones de diferentes tribunales constitucionales de América Latina acerca del matrimonio civil igualitario, aunque distintas en sus fundamentos y dando margen a discusiones acerca de su carácter activista o no –según los criterios utilizados y teniendo presentes las dificultades conceptuales señaladas en el capítulo teórico de la presente obra–, permite, no obstante, visualizar en forma bastante clara el fenómeno del protagonismo judicial, poniendo en evidencia la discusión sobre la naturaleza contramayoritaria de la jurisdicción y su relación con los poderes representativos. Ello porque, de los ocho países estudiados, solo en uno (Argentina) la reglamentación de las uniones homoafectivas se dio por la vía legislativa (tras una reforma impulsada por iniciativa del Congreso Nacional); en los demás (Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú), su implementación pasó por la vía judicial¹, teniendo como fundamento la garantía de los derechos humanos y fundamentales –basada en la protección del derecho a la igualdad y a la no discriminación, y tomando como referencia los derechos a la libertad y a la intimidad–. En este sentido, en algunos países la protección se dio exclusivamente con base en la Constitución –como en Brasil, con una mención a un fallo de la Corte IDH en la sentencia, aunque no fuera determinante– y se rechazó sobre la misma base –como en Chile–, por juzgar que corresponde al legislador –y no a las cortes– dar forma a las nuevas instituciones legales, mientras que en otros se buscó fundamento en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (México, Perú, Ecuador y Costa Rica –en este último país, en forma implícita–).

1 Importante destacar, en este punto, que, aunque algunos Tribunales hayan reconocido que se trata de una competencia del legislador, la actuación judicial se mostró importante como instancia de movilización de los Poderes competentes, lo que muchas veces no es posible solo por medio de la vía política, especialmente cuando se trata de minorías o de grupos vulnerables. De ahí la mencionada caracterización del “protagonismo” judicial.

Para una mejor comprensión del escenario, es interesante tener presentes los dispositivos legales y/o constitucionales que reglamentan la figura del matrimonio en cada país, que dieron, a su vez, oportunidad a las demandas que provocaron la manifestación de sus respectivas cortes. En la mayoría de los casos (Brasil, Chile, Colombia, Perú y Ecuador), la previsión legal se refiere expresamente al matrimonio (o, entonces, a la unión estable), como siendo la unión entre “hombre y mujer” (en el caso de Chile, más precisamente, con “fines de procreación”). En Costa Rica, el Código de la Familia es aún más restrictivo, estableciendo la nulidad del matrimonio contraído por personas del mismo sexo. Por otro lado, la Constitución de México dispone solo que el Estado “protegerá la organización de la familia”. Entonces, tenemos una significativa disparidad en los dispositivos que regulan la materia, lo que tiene una directa repercusión en las posibilidades y en los límites interpretativos aplicables.

PAÍS	DIPLOMA LEGAL	DISPOSITIVO LEGAL
ARGENTINA	Código Civil	<p>Art. 17 de la Constitución: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer <i>matrimonio</i> y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.</p> <p>Art. 172 del CC: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.</p> <p>El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, <i>con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo</i>.</p>
BRASIL	Constitución + Código Civil	<p>Art. 226: La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado.</p> <p>§ 3: A los efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.</p>
CHILE	Código Civil	<p>Art. 102: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen ahora y por el resto de sus vidas para vivir, reproducirse y ayudarse mutuamente. Como se puede ver, el legislador caracteriza al matrimonio como: a) un contrato solemne, b) entre un hombre y una mujer, c) indisoluble, y d) con el propósito de vivir juntos, procrear y ayudarse mutuamente.</p>
COLOMBIA	Constitución + Código Civil	<p>Constitución (1991):</p> <p>Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.</p> <p>La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad</p>

PAÍS	DIPLOMA LEGAL	DISPOSITIVO LEGAL
COLOMBIA	Constitución + Código Civil	<p>para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.</p> <p>Código Civil: Art. 113. Definición: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.</p>
PERÚ	Constitución + Código Civil	<p>Constitución Política del Perú (1993): Art. 4: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. Art. 5: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.</p> <p>Código Civil (1984): Art. 234: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común [...].</p>
COSTA RICA	Código de Familia	<p>Art. 14, § 6: Es legalmente imposible el matrimonio: 6) entre personas de un mismo sexo. OBS.: dispositivo anulado mediante resolución de la Sala Constitucional n. 12.782 del 8 de agosto del 2018. OBS.: no hubo adecuación legislativa en el plazo de 18 meses establecido por el Tribunal.</p>
MÉXICO	Constitución	Art. 4, primer párrafo: La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

PAÍS	DIPLOMA LEGAL	DISPOSITIVO LEGAL
ECUADOR	Constitución + Código Civil	<p>Constitución de la Republica de Ecuador (2008): Art. 67: Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.</p> <p>El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.</p> <p>Código Civil (2005): Art. 81: Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.</p> <p>Ley Orgánica de gestión de la identidad y datos civiles (2016): Art. 52: Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.</p>

Ya en lo que concierne a los *argumentos determinantes para los fallos*, se percibe una variación entre las posturas adoptadas por los diferentes tribunales, habiendo una posición más “deferente” (*self-restrained*) por parte de algunos, entendiendo que se trata de una materia de competencia del poder legislativo (Chile y Costa Rica), a pesar de que en Costa Rica se reconoció un “estado de inconstitucionalidad”, fijándose un plazo de dieciocho meses para que la Asamblea Legislativa pudiera proceder a una reforma amplia de diversos dispositivos del Código de Familia, tomando por fundamento la observancia del derecho a la igualdad y no discriminación. Entonces, aunque el tribunal haya determinado la adecuación, dejó un amplio margen al legislador para su conformación. Ya en países como Brasil, aunque en oportunidad del juicio haya habido una mención al hecho de que la primacía para la reglamentación de cuestiones de esa naturaleza es del legislativo y que la actuación del poder judicial solo se puede dar en situaciones excepcionales, el Supremo Tribunal Federal terminó por decidir la cuestión, determinando la aplicación de los efectos de la unión estable a las parejas homoafectivas, valiéndose para ello de la figura de la “interpretación según la Constitución” y de la evolución (mutación constitucional) del concepto de familia protegido por la Constitución, asumiendo, de esta manera, una postura notoriamente contramayoritaria.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	No se aplica (reforma legislativa promovida por el Congreso nacional mismo).
BRASIL	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación de los mismos efectos de la unión estable a las parejas homosexuales (interpretación según la Constitución). • Justificación de la actuación del poder judicial en situaciones excepcionales (ante la omisión de los poderes públicos responsables). • Hubo, en los fallos, manifestaciones de que se trata de una materia de competencia del poder legislativo, pero el Supremo Tribunal Federal se inclinó por la equiparación y consideró constitucional el matrimonio de personas del mismo sexo.
CHILE	<ul style="list-style-type: none"> • La inexistencia de una autorización legal para la celebración del matrimonio de personas del mismo sexo no afirma ni niega que la Constitución acepte o condene la posibilidad de parejas del mismo sexo. • Corresponde al legislador –y no a las cortes– dar forma a las nuevas instituciones legales.
COLOMBIA	<ul style="list-style-type: none"> • (1) Una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil que establece que el matrimonio es un contrato solemne entre hombre y mujer (confirmado constitucional por Sentencia C-577 de 2011). • La corte reconoció que las parejas del mismo sexo son una familia protegida por la Constitución y que tienen un déficit de protección constitucional, por no tener una institución con las características del matrimonio que las proteja. • La corte no determinó mediante qué institución jurídica debía hacerse la protección y lo dejó abierto para la decisión del Congreso, jueces y notarios, siempre y cuanto se protegieran a las familias. • Fue deferente con el legislador para que resolviera el déficit de protección constitucional, pero le dio un plazo específico para hacerlo de dos años con una consecuencia que buscaba que se garantizará el derecho. • (2) Una sentencia de unificación de tutelas de la sala plena: se determinó el alcance de la Sentencia C-577 de 2011 porque el Congreso no hizo la regulación y las parejas del mismo sexo acudieron antes jueces y notarios para hacerlo. • Sentencia SU-214 de 2016: los matrimonios de parejas del mismo sexo realizados por los jueces civiles eran constitucionales, negó la pretensión de anulación de los matrimonios por la Procuraduría y estableció que todas las parejas del mismo sexo pueden acceder al matrimonio.
PERÚ	<ul style="list-style-type: none"> • Aún no existe decisión del Tribunal Constitucional.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
COSTA RICA	<ul style="list-style-type: none"> • Inconstitucionalidad del artículo 14, § 6, del Código de Familia, con fundamento en la violación del derecho a la igualdad. • Omisión de las autoridades competentes en su obligación de garantizar derechos. • Reconocimiento de un “estado de inconstitucionalidad”. • Determinación de realización de una reforma legislativa de diversos dispositivos del Código de Familia, sobre la base del derecho a la igualdad, en un plazo de dieciocho meses.
MÉXICO	<ul style="list-style-type: none"> • Constitucionalidad de la reforma del Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. • La exigencia del matrimonio entre “hombre y mujer” es discriminatoria y viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
ECUADOR	<p>El objeto de las dos demandas apreciadas por la Corte Constitucional fue distinto. En las dos sentencias se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio civil igualitario.</p> <p>Caso 10-18-CN/19: trató sobre la consulta de constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles en relación con la norma fundamental del artículo 67 de la Constitución de la República.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El órgano de control declaró, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucionalidad, <i>erga omnes</i>, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de algunos fragmentos de los artículos consultados. • Son inconstitucionales los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Identificación y Datos Civiles, lo que deberán ser observados en las decisiones judiciales de garantía objeto de la consulta. • Declaración, con los mismos efectos que una sentencia dictada en el control abstracto de constitucionalidad, con efectos <i>erga omnes</i>, la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva, según corresponda de las normas indicadas. • Exhortación a la Asamblea Nacional para revisar integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al de parejas de distinto sexo. <p>Caso 11-18-CN/19: versó sobre la vigencia y aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano de la Opinión Consultiva OC-24/17 emitida por la Corte IDH 24/17 y su compatibilidad para con la carta constitucional.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La OC 24/17 constituye una interpretación auténtica y vinculante de las normas de la CADH, que forman parte del bloque de constitucionalidad para efectos del reconocimiento de los derechos en el Ecuador. • No existe contradicción entre el texto constitucional y el texto convencional sino más bien complementariedad. • El tribunal consultante debe interpretar el sistema normativo a la luz de la sentencia disponiendo que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes toda vez que no es necesaria una reforma constitucional del artículo 67 de la Constitución.

En lo que se refiere a la *interpretación*, se halló que en la mayoría de los países (como Chile, Perú, Costa Rica y Ecuador) hay una tendencia a que el tribunal reconozca límites a su actividad interpretativa, especialmente en las situaciones que implican una interpretación *contra legem*, o sea, contraria a una disposición expresa del texto de la ley (como ocurre cuando hay una mención expresa al matrimonio entre “hombre y mujer”), prevaleciendo la posición de que le compete al legislador hacer esta adecuación. Especialmente en lo que concierne a Colombia, la Corte ha afirmado la competencia del Congreso para regular la materia, pero, al mismo tiempo, ha utilizado la interpretación para afirmar la necesaria protección constitucional de las parejas del mismo sexo, aunque el texto constitucional haga mención expresa del matrimonio entre “hombre y mujer”. Y otros no mencionan la interpretación en la decisión (como en México, por ejemplo). Solo en Brasil se verificó, por parte del Supremo Tribunal Federal, una postura en el sentido de valerse de la noción de “mutación constitucional” del concepto de familia para dar base a la decisión de incluir a las parejas del mismo sexo, aunque de forma contraria a la previsión expresa del texto de la Constitución (que habla de “hombre y mujer”).

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	No se aplica (reforma legislativa promovida por el Congreso nacional mismo).
BRASIL	<p>El Supremo Tribunal Federal (STF) se valió de la figura de la “interpretación según la Constitución”, con fundamento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación, asumiendo que se trata de una “mutación constitucional” del concepto de familia, que abarca, también, a las parejas homoafectivas, aunque el texto de la Constitución haga mención expresa de la unión entre “hombre y mujer”.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Solo el ministro Ricardo Lewandowski aludió en su fallo a los límites de la interpretación en el sentido de que no se puede ir en contra de una disposición expresa del texto constitucional, pues se estaría <i>in clarat cessat interpretativo</i>.
CHILE	El Tribunal Constitucional reconoce el texto de la Constitución (matrimonio entre “hombre y mujer”) como límite a la interpretación, siendo necesario un cambio legislativo para ello, o sea: no se puede, por la vía interpretativa, extender a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio.
COLOMBIA	<p>Sentencia C-577 de 2011: interpretación del artículo 42 en dos sentidos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las parejas del mismo sexo constituyen una familia bajo la Constitución. Este cambio interpretativo obedece a que se había negado esta posibilidad en la propia jurisprudencia constitucional por una lectura literal del artículo: “La familia [...] se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer”. 2. No existe contradicción entre la disposición constitucional sobre matrimonio heterosexual y la protección de otras formas de familia. Quien debe determinar la forma de esa protección es el Congreso, pero bajo el presupuesto de que las parejas del mismo sexo son una familia protegida por la Constitución. <p>El Congreso podría determinar si se trata de la figura del matrimonio u otras figuras, siempre y cuando se tuvieran los requisitos de ser un acto formal y contractual ante una autoridad competente.</p> <p>Sentencia SU-214 de 2016 de la Corte sobre la posible contradicción interpretativa: “Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras [...] (<i>inclusio unius est exclusio alterius</i>) [...] Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de los principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en el principio lógico jurídico kelseniano según el cual ‘lo que no esté jurídicamente prohibido, está permitido’”.</p>
PERÚ	No hay mención expresa, en la decisión, de los límites de la interpretación. El Tribunal Constitucional se vale del principio de la interpretación más favorable a los derechos humanos (principio <i>favor persona</i>), con fundamento en la interpretación atribuida al derecho a la igualdad y de no discriminación por parte de la Corte IDH en la OC 24/17, considerándola como parte integrante del “bloque de convencionalidad”.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
COSTA RICA	La Corte Suprema de Justicia no hace mención expresa del tema de la interpretación, pero “exhorta” al legislador a que supla el “estado de cosas inconstitucional” de violación del derecho de igualdad de las parejas del mismo sexo.
MÉXICO	No hay mención expresa por parte del Tribunal acerca de los límites de la interpretación.
ECUADOR	<p>Caso 10-18-CN/19 (voto de mayoría):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Debilidad de los argumentos literalistas e intencionalistas. • Inaceptable reducción de la Constitución a su dimensión formal. • Reconocimiento, por medio de la ponderación, del derecho fundamental a la protección de la familia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la intimidad y el principio de deferencia al autor y el valor de la democracia. • Criterio de favorabilidad de los derechos fundamentales y de los parámetros contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en donde lo convencional se vuelve constitucional y se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio. <p>Caso 11-18-CN/19 (voto de mayoría):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consideraciones previas en torno a la situación de las personas con identidad sexo-genérico diversas (los jueces se refirieron al porcentaje de personas con identidad sexo-genérica diversa en el país, el índice de violencia y los tratos discriminatorios de los que han sido víctimas), orientando el <i>iter</i> argumental de su decisión al ámbito de la protección de los derechos. • Necesidad de equilibrar, por medio de la ponderación, el derecho al matrimonio entre un hombre y una mujer y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. • El derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales no se ve perjudicado o restringido al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. • Es obligación del Estado adecuar y adaptar su normativa interna a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. • Importancia y valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro de los que se encuentran las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte IDH y aplicabilidad al ordenamiento jurídico interno.

Ya en lo que se refiere a la noción de *separación de poderes*, todos los tribunales, por lo menos en términos retóricos, afirman la legitimidad democrática y la primacía del legislador en la tarea de reglamentar la materia. Aun así, se pueden percibir algunas variaciones en la forma en que se da esa relación: mientras que en Colombia y en Costa Rica la Corte Suprema de Justicia le fijó un plazo al legislador y estableció parámetros que deben observarse, en Chile, Ecuador y Perú hubo una posición clara en el sentido de otorgarle al legislador esa prerrogativa. En Brasil, por otro lado, aunque haya habido una manifestación en ese sentido en algunos fallos, el Supremo Tribunal Federal se valió del argumento de una “omisión inconstitucional del legislador” para decidir, destacando apenas que se trata de una solución “provisoria” y remitiendo, por lo tanto, a una noción de “diálogo institucional” entre los poderes.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	No se aplica (reforma legislativa promovida por el Congreso nacional mismo).
BRASIL	El Supremo Tribunal Federal (STF) hace mención a la “omisión del legislador” para justificar su actuación, aseverando que se trata de una solución “provisoria” que no inhibe, sino que debe estimular, la actividad legislativa (diálogo institucional).
CHILE	El Tribunal dice que se trata de una función y responsabilidad exclusiva del legislador democrático regular la materia del matrimonio entre parejas del mismo sexo y que tiene prohibido actuar positivamente en esa materia.
COLOMBIA	<p>Sentencia C-577 de 2011: doble fallo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Respetar la facultad legislativa del Congreso de la República (principio mayoritario). • Permitirles a las parejas del mismo sexo constituir una familia, mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no establezca los parámetros normativos al respecto (principio de prevalencia de los derechos fundamentales). <p>“La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como ‘precondiciones’ de aquél [9]”.</p> <p>“La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario [10]”.</p>
PERÚ	Le corresponde al Congreso legislar sobre la materia.
COSTA RICA	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte Suprema de Justicia <i>solicita</i> a la Asamblea Legislativa que adapte el marco jurídico nacional en el plazo de dieciocho meses, de acuerdo con las <i>condiciones establecidas en la sentencia</i>. • Durante este período, el artículo 14, párrafo 6, del Código de Familia permanece vigente (primacía del legislador). • La sentencia habla de “autocontrol” del juez constitucional y de “libre conformación” del legislador. • Según la decisión, el Tribunal carece de funciones legislativas.
MÉXICO	El Tribunal no hace mención expresa ni de la cuestión de la separación de poderes ni de las relaciones con el legislador.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ECUADOR	<ul style="list-style-type: none"> • “Hay que tener presente que el juez constitucional no es un legislador y menos todavía legislador constituyente”. • El Tribunal deja en evidencia que se hace necesario un procedimiento de reforma constitucional y que no se trata de una interpretación extensiva o dinámica. • Exhortación (sin determinación de plazo para tanto) a la Asamblea Nacional para que revise integralmente la legislación sobre el matrimonio, a fin de que esta incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al de parejas de distinto sexo.

A partir de los aspectos señalados en relación con la separación de poderes, se puede percibir que en casi todos los países analizados hay *leyes en tramitación sobre la materia* (Brasil, Chile, Perú), quedando pendiente la reglamentación determinada por el Tribunal en Ecuador; o ya se han realizado reformas legislativas (Argentina –sin intervención o decisión por parte del Tribunal– y México, en donde también se han realizado las adecuaciones necesarias a los documentos jurídicos existentes). Además, en Costa Rica² no se han aprobado las adecuaciones en el plazo de dieciocho meses determinado en la sentencia de la Sala Constitucional, de manera que prevalece la decisión del Tribunal, con la anulación del dispositivo del Código de la Familia que prohibía el matrimonio igualitario. Solo en Brasil se percibe un movimiento caracterizado propiamente como efecto *backlash*, incluso con una propuesta de prohibición del matrimonio homoafectivo, como reacción de la bancada conservadora (notoriamente evangélica) a la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal.

2 Cumplido el plazo de 18 meses dado por la Corte Suprema, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha entrado en vigor en Costa Rica el 26 de mayo de 2020. Dado que la Asamblea Legislativa no ha aprobado ninguna ley al respecto durante el plazo establecido, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha tomado efectos y el matrimonio civil igualitario ha pasado a ser reconocido en Costa Rica.

PAÍS	ADECUACIÓN LEGISLATIVA POR EFECTO <i>BACKLASH</i>
ARGENTINA	No aplica (reforma legislativa promovida por el Congreso Nacional mismo).
BRASIL	Hay varios proyectos de ley en trámite en el Congreso Nacional, tanto para la reglamentación como en reacción a la decisión del Supremo Tribunal Federal, para prohibir el matrimonio entre parejas del mismo sexo.
CHILE	En 2017 se propuso un “paquete” de medidas legislativas que apuntaban al reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo y sus respectivos despliegues, en diferentes áreas (derechos laborales, civiles, tributarios, etc.).
COLOMBIA	<p>Sentencia SU-214 de 2016:</p> <ul style="list-style-type: none"> • “La Sala Plena verifica que el Congreso de la República ha omitido regular las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo sexo. Desde 1999 a la fecha, se han archivado o retirado –en algunas ocasiones sin discusión alguna– 18 proyectos de ley del más variado alcance y naturaleza, que buscaban suplir el déficit de protección”. • “Las parejas del mismo sexo no cuentan con una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para contraer matrimonio, en iguales condiciones a las de las parejas heterosexuales, dado que la figura de la unión marital de hecho, y la indeterminada ‘unión solemne’, resultan insuficientes e implican un déficit de protección constitucional”.
PERÚ	Hay en trámite proyectos de ley en el sentido del reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, aunque pendientes de aprobación.
COSTA RICA	La Asamblea Legislativa no ha realizado las adecuaciones legislativas en el plazo de 18 meses establecido en la sentencia; así, quedó anulado el artículo 14, párrafo 6, del Código de la Familia, habiendo entrado en vigencia el matrimonio civil igualitario el 26 de mayo de 2020.
MÉXICO	Se realizaron varios cambios legislativos sobre la base de la decisión.
ECUADOR	A pesar de que la sentencia del tribunal exhortó al poder legislativo a consagrar el matrimonio igualitario en la ley, no hubo ningún debate sobre el tema en el Parlamento.

Finalmente, es interesante notar que, en relación con el activismo judicial, las sentencias estudiadas, por lo general no se pronuncian directamente sobre el tema: Chile, Perú, Costa Rica, México. En Ecuador, este aspecto ha sido suscitado por los votos minoritarios. Solo el Supremo Tribunal Federal en Brasil invocó la cuestión en forma expresa, admitiendo y justificando la práctica como algo “excepcional” y “necesario”, ante la inercia y omisión de los demás poderes y órganos competentes.

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
ARGENTINA	No se aplica (reforma legislativa promovida por el Congreso nacional mismo).
BRASIL	<ul style="list-style-type: none"> • “Las prácticas de activismo judicial, aunque moderadamente desempeñadas por la Corte Suprema en momentos excepcionales, se vuelven una necesidad institucional cuando los órganos del Poder Público se omiten o retardan, excesivamente, el cumplimiento de obligaciones a las que están sujetos; más aún si se tiene presente que el Poder Judicial, tratándose de comportamientos estatales ofensivos a la Constitución, no puede reducirse a una posición de pura pasividad” (Celso de Mello). • Activismo judicial como práctica “excepcional”. • Necesidad institucional ante la omisión de los poderes y órganos competentes. • El poder judicial no puede resignarse a una posición de “pasividad”.
CHILE	En la decisión no hubo mención expresa del activismo judicial por parte del tribunal.
COLOMBIA	<p>En la Sentencia SU-214 de 2016 hubo dos menciones al “activismo judicial”:</p> <p>Jorge Ignacio Pretelt (en la minoría): “Los colombianos deben saber que el activismo judicial está reemplazando la voluntad de millones de personas por la de un grupo de magistrados que se han convertido en supralegisladores que busca tergiversar el sentido de la democracia para justificar la imposición de sus intereses, por ello no quieren que los temas trascendentales de la sociedad sean debatidos por el Congreso de la República”.</p> <p>Gloria Stella Ortiz (en la mayoría): “Ante esto, surge una pregunta interesante: ¿qué debe hacer el juez ante la inacción u omisión consciente del Congreso para atender una situación abiertamente injusta? En este caso en particular, este mismo Tribunal, atendiendo la deferencia que todo sistema republicano debe tener hacia el constituyente derivado, exhortó al Legislador para que enmendara el déficit de protección constitucional que sufrían las parejas del mismo sexo en Colombia. Sin embargo, la ausencia de una actuación normativa contundente llevó a que el juez constitucional, como en otras oportunidades, fuera el responsable de reparar una inequidad institucionalizada que impedía consolidar el mandato de familia diversa contenido en el artículo 42 Superior. Mi respuesta a esta pregunta, aunque sencilla, se fundamenta en mi profunda convicción acerca de la importancia del activismo judicial para superar desigualdades estructurales e históricas. Preciso además, que por activismo no defiende el uso ideologizado que se le ha dado la palabra. Por el contrario, con esta idea quiero reivindicar una clásica hipótesis kelseniana acerca del aspecto dinámico de la ley como regulador de la condición humana y la justicia como la búsqueda de la libertad, la democracia y la tolerancia. Por eso, ante una situación de eminente daño, considero que los jueces constitucionales no pueden quedarse impávidos ante la inmovilidad legislativa. En efecto, es nuestro deber moral y ético actuar ante la indiferencia y no es posible concebir un Estado Social de Derecho sin un Tribunal Constitucional consciente y reactivo ante este tipo de situaciones”.</p>

PAÍS	POSICIÓN DEL TRIBUNAL
PERÚ	<p>“Esta Judicatura tiene presente que no es adecuado pronunciarse sobre si se debe o no regular el matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro país, limitándose a la labor Jurisdiccional de verificar si es que se han vulnerado o no los derechos constitucionales del señor Ugarteche Galarza Oscar, al no permitírsele que se le reconozca su matrimonio celebrado en la ciudad de México” (Caso Óscar Ugarteche, sentencia de primera instancia, considerando vigésimo).</p>
COSTA RICA	<p>En la decisión no hubo mención expresa del activismo judicial por parte del tribunal.</p>
MÉXICO	<p>En la decisión no hubo mención expresa del activismo judicial por parte del tribunal.</p>
ECUADOR	<ul style="list-style-type: none"> • Los votos salvados han denunciado una suerte de “ilusionismo constitucional” y una “mutación arbitraria” que trastoca la supremacía del texto fundamental y su literalidad. • Solamente de forma superficial el voto concurrente en el Caso 11-18-CN/19 ha advertido los peligros de un activismo judicial cuando se violan las competencias materiales de cada órgano para aplicar de forma directa e inmediata el texto constitucional (párrafo 14, voto concurrente).

Ante lo expuesto, se puede percibir que los tribunales —a pesar de las particularidades y variaciones señaladas— han desempeñado un rol central en la discusión del derecho a la igualdad y a la no discriminación relativo a las parejas del mismo sexo en el ámbito latinoamericano. En algunos casos (notoriamente en Brasil y en México), su naturaleza contramayoritaria quedó especialmente en evidencia. En la mayoría de los países (Chile, Costa Rica, Perú y Ecuador), sin embargo, tendió a prevalecer una lógica de *self restraint* y de “deferencia” a la figura del legislador, aunque la sentencia dictada por la corte haya impulsado y funcionado como catalizadora del proceso de cambio legislativo. Únicamente en Argentina se verificó un movimiento inicial oriundo del legislador mismo.

Se concluye así que, más allá de las dificultades conceptuales asociadas al activismo judicial y su clasificación, las decisiones judiciales estudiadas se construyeron por diferentes vías y poseen distintas características y aspectos que dificultan el señalamiento de una tendencia jurisprudencial uniforme en torno al tema en América Latina, aunque se pueda identificar una cierta tendencia de “deferencia” al legislador democrático. A pesar de ello, hay que considerar los significativos avances verificados con relación al reconocimiento del matrimonio civil igualitario en la región, siendo evidente el protagonismo judicial y la incorporación de los tribunales como esferas de movilización para la realización de derechos, ya sea con activismo judicial o sin él.

Esta obra presenta una revisión comparada de la experiencia de diferentes países de la región en cuanto al desarrollo e incorporación del matrimonio civil igualitario y de los efectos que ha tenido el activismo ciudadano y judicial en esta causa. Cada artículo examina cuáles han sido las estrategias y procesos que se han activado para impulsar la causa del **matrimonio civil igualitario** y cómo la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha incidido en su correcto desarrollo. Se resalta también el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal regional en materia de derechos humanos, quien, a través de su jurisprudencia, ha reconocido el matrimonio civil igualitario como una manifestación del derecho a la igualdad y no discriminación. Con todo lo anterior, esta obra expone referentes clave para continuar la discusión hacia la protección del matrimonio igualitario, al estar enmarcada intrínsecamente como una cuestión de protección de derechos fundamentales dentro de la región.

¿Dónde encuentro más información?

