

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

INTERSEXUALIDAD Y LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17.
RETOS PENDIENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS
Olga Lucía Camacho

INTERSEX AND THE LAW: HOW CAN THE LAW PROTECT
INTERSEX RIGHTS?
Luiza Drummond Veadó

EDUCAÇÃO, DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO DE LGBTI
E O ARTIGO 12.4 DA CADH
Sergio Gardenghi Suiama

MATRIMONIO, UN CONCEPTO JURÍDICO DINÁMICO.
ENTRE EL PERFECCIONISMO MORAL Y EL ENFOQUE IGUALITARIO
Eduardo Elías Gutiérrez López
Raymundo Gutiérrez López

VIABILIDAD DE UNA CONVENCIÓN PARA LA
ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA
POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO
Cristhian Manuel Jiménez

EL MATRIMONIO IGUALITARIO: EL CASO DE HONDURAS
Y UNA PERSPECTIVA KANTIANA
Leonardo Rivera Mendoza

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO,
¿ES UN DERECHO RECONOCIDO Y TUTELADO
POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS?
Carlos Enrique González Aguirre

LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 SOLICITADA
POR COSTA RICA: EL RESULTADO DE UNA
CONSULTA ESTRATÉGICA
William Vega-Murillo
Esteban Vargas-Mazas

REVISTA IIDH

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

66

Julio - Diciembre 2017

66

Julio - Diciembre 2017

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos 11

Olga Lucía Camacho Gutiérrez

Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights? 37

Luiza Drummond Veadó

Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH..... 59

Sergio Gardenghi Suiama

Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario ... 81

Eduardo Elías Gutiérrez López

Raymundo Gutiérrez López

Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género 101

Cristhian Manuel Jiménez

El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana 125

Leonardo Rivera Mendoza

Matrimonio entre personas del mismo, ¿es un derecho reconocido y tutelado por el tribunal europeo de derechos humanos?	153
---	-----

Carlos Enrique González Aguirre

La opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: el resultado de una consulta estratégica	171
---	-----

William Vega-Murillo

Esteban Vargas-Mazas

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 66 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos académicos y las reflexiones de ocho autores y autoras de Latinoamérica sobre el impacto y la aplicación de la reciente opinión consultiva OC-24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en lo concerniente a identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

En un contexto en el cual las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) continúan siendo una población sujeta a la discriminación y la violencia, la opinión consultiva OC-24 de la CorteIDH –emitida en noviembre de 2017 y solicitada por el Estado de Costa Rica– es de gran relevancia para los sistemas jurídico-políticos de nuestro continente ya que se constituye en el principal precedente acerca de la interpretación y el alcance de los derechos de las personas LGBTI en relación con las obligaciones estatales de cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

Si bien en la región se han observado avances importantes en la generación de legislación y políticas públicas para la protección de las personas LGBTI, estos no son aún suficientes para garantizarles una vida libre de violencia y exclusión. Los estereotipos y la discriminación aún permean a nuestras

sociedades en el ámbito público y privado, convirtiéndose en obstáculos para la garantía de sus derechos.

Por lo tanto, a partir del importante paso que implica un precedente interamericano en la materia, el IIDH ha abierto este espacio editorial e investigativo para difundir reflexiones jurídicas y sociales que –desde el ámbito académico– incidan en la promoción de acciones que contribuyan a avanzar hacia el reconocimiento de la diversidad. En ese sentido, el IIDH abrió una amplia y exitosa convocatoria cuyo resultado fue el de una gran cantidad de artículos recibidos. Sin ser posible incluir todos los interesantes aportes, se han seleccionado algunos que suman ampliamente al debate.

Al respecto, en la presente Revista podremos leer en el artículo “Intersexualidad y la opinión consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos” que Olga Lucía Camacho Gutiérrez realiza un análisis, en el contexto de la violencia médica, de las razones por las cuales la intersexualidad se encuentra en la actualidad en un escenario constante de censura y discriminación orientada por el sistema sexo-género.

Por su parte, Luiza Drummond Veado en “Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights?” nos presenta un estudio acerca del concepto de persona intersexual, el movimiento social en torno al mismo, la manera en que este se enmarca en las legislaciones nacionales y el derecho internacional, así como los derechos y el reconocimiento de esta comunidad.

En “Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH”, cuyo autor es Sergio Gardenghi Suiama, se realiza una importante reseña acerca de los derechos a la

educación y no discriminación de las personas LGBTI a la luz de los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos.

“Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario” –de Eduardo Elías Gutiérrez López y Raymundo Gutiérrez López– es el artículo en el cual se estudian los antecedentes y las mutaciones del concepto dematrimonio, en el contexto jurídico mexicano, y la resistencia presentada por las autoridades federativas a modificar su regulación.

En el trabajo titulado “Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género”, Cristhian Manuel Jiménez nos brinda un análisis de las perspectivas, la viabilidad y la necesidad de elaborar una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género, en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas.

Leonardo Rivera Mendoza nos presenta “El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana”, donde profundiza acerca de los problemas que surgen al tratar el tema del matrimonio igualitario a la luz de la reciente opinión consultiva OC-24/17 de la CorteIDH, el concepto de Immanuel Kant al respecto y la situación jurídica del Estado hondureño sobre el tema.

En el texto titulado “Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es un derecho reconocido y tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Reflexiones en torno a la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia”, Carlos Enrique González Aguirre nos expone un estudio enmarcado en la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la luz de la sentencia emitida por este en el caso Chapin y Charpantier contra Francia, respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo que es –sin duda– uno de los debates de mayor abordaje en los últimos años.

Por su parte, William Vega-Murillo y Esteban Vargas Mazas –autores de “La opinión consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica: El resultado de una consulta estratégica”– analizan el uso de la función consultiva de la CorteIDH para suprajudicializar la megapolítica respecto al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como el de los demás derechos de las personas LGBTI y otras categorías en Costa Rica.

Agradecemos a las autoras y los autores sus valiosos artículos y aportes. Esperamos que los mismos sean de relevancia, tanto para el estudio y la investigación de las personas lectoras como para la reflexión jurídica de todos los actores del sistema interamericano de derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Es un derecho reconocido y tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Reflexiones en torno a la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia

*Carlos Enrique González Aguirre**

Introducción

El matrimonio entre personas del mismo sexo es, sin duda, uno de los debates de mayor abordaje en los últimos años. Se desprende de la imperiosa necesidad de lograr el reconocimiento de dichas uniones con el amparo del sistema normativo interno, lo que supone la protección y la garantía de los derechos que derivan de dicha institución.

Es menester manifestar que las personas que conforman los grupos denominados LGBTI –personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersexuales– han sido objeto de discriminación con motivo de su orientación sexual, la condición

* Licenciado en Derecho de la Universidad Veracruzana; diplomado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University, Washington College of Law; egresado de la maestría en Derechos Humanos y Justicia Constitucional de la Universidad Veracruzana; consultor independiente en derechos humanos y actuario judicial en el Poder Judicial del Estado de Veracruz, México.

indentitaria de género, su expresión de género e identidad corporal, respectivamente. En consecuencia, tales categorías traen consigo la configuración de una distinción en perjuicio de los derechos atribuibles a su condición humana; por tanto, una discriminación negativa¹.

A tenor de lo anterior, la discriminación supone un tratamiento diferenciado que repercute negativamente respecto de la protección y el ejercicio de los derechos humanos. Es, en este sentido, que traemos a colación las consecuencias derivadas del no reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo; en el caso que nos ocupa, la restricción para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo pues la pugna por dicho reconocimiento no solo refiere a una unión expresada en otra categoría –tales como sociedades de convivencia– sino que se exige del Estado la misma denominación e igual tratamiento para efectos del goce de todos los derechos y no solo de unos cuantos.

De acuerdo a lo antes expuesto, para el caso francés las personas del mismo sexo que deseaban tener un reconocimiento respecto de sus uniones bajo la protección del Estado, únicamente contaban con la figura denominada Pacto Civil de Solidaridad (en adelante PACS); este contempla una serie de derechos y obligaciones tales como el derecho a herencia, la asistencia mutua e impuestos conjuntos, verbigracia.

Sin embargo, dichas implicaciones exclusivamente apuntan a ciertos derechos; por tanto, no a todo el conjunto de derechos de los cuales una persona debería gozar sin distinción alguna al reconocerse su unión legal, como sí sucede con la institución del

que exigía como requisito el sexo distinto. Es precisamente en ese punto, donde se aborda la necesidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el contexto anterior, una pareja conformada por dos hombres demandaron al Estado francés ante la justicia subsidiaria internacional por la comisión de posibles ilícitos internacionales atribuibles al mismo; se trata justamente del caso Chapin y Charpentier contra Francia, cuya sentencia fue emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el TEDH o Corte de Estrasburgo) el 9 de junio de 2016 declarando la no violación a los artículos 12 (derecho a contraer matrimonio) y 8 (derecho al respecto de la vida privada y familiar), en relación con el numeral 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el CEDH o el Convenio de Roma). Dicho fallo es el objeto de estudio del presente trabajo.

A primera vista, la sentencia podría comprenderse como un pronunciamiento en perjuicio del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo de manera generalizada, ya que en esta el TEDH determinó que el Estado cuestionado no era responsable del ilícito internacional alegado por los demandantes, según la jurisprudencia de la propia Corte de Estrasburgo; principalmente, la referida al margen de apreciación nacional y por tanto la interpretación que el TEDH realizó considerando los artículos invocados por los recurrentes.

Es por ello que el presente trabajo tiene como finalidad analizar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es un derecho tutelado y reconocido por el TEDH, en virtud de la aplicación del Convenio de Roma y de la producción jurisprudencial de dicho órgano. Si bien es cierto que la Corte de Estrasburgo se pronunció en favor del Estado francés, ello no supone lo que los grupos

¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, Informe temático, Series OAS, Documentos oficiales, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonaslgBti.pdf> (acceso 12/09/2016).

opositores al reconocimiento y protección de derechos LGBTI han afirmado respecto del fallo, señalando que en el sistema de protección europeo de derechos humanos se resguarda a todas luces la figura de la familia tradicional y –en consecuencia– que en materia de justicia internacional subsidiaria europea se ha cerrado la puerta para el reconocimiento de dicho derecho a las personas del mismo sexo; por tanto, al reconocimiento de otros modelos de familia.

Para tales efectos, estudiaremos el análisis de fondo que realizó la sala que conoció del caso citado, así como diversos asuntos entre los cuales se incluyen el principio de subsidiariedad, el margen de apreciación nacional y la tutela de los derechos alegados por los demandantes en el caso examinado.

I. Los hechos

El caso se origina a partir de la demanda registrada con el número 40183/07, mediante la cual los señores Stephane Chapin y Bertrand Charpentier deciden acudir a la justicia subsidiaria europea en materia de derechos humanos, por la declaratoria de nulidad de su matrimonio celebrado por el alcalde de la comunidad de Burdeos, Francia, según sentencia del 27 de julio de 2004; en dicha resolución, el Tribunal Superior de Burdeos –a solicitud del fiscal– declaró la nulidad del matrimonio entre los demandantes en virtud la legislación interna respecto de esa institución, argumentando la exigencia de que la misma alude a la diferencia sexual para su constitución.²

2 En este punto se pone de manifiesto que el Tribunal Superior de Burdeos, al anular el matrimonio de los demandantes ordenó la transcripción de la sentencia en el marco de sus partidas de nacimiento y en el certificado del matrimonio anulado. En nuestra opinión, tales hechos pudieron haberse alegado como una violación al derecho de igualdad y no discriminación concatenado con la vida

Posteriormente, dicha sentencia fue recurrida por los demandantes ante un tribunal de apelaciones francés; este entendió que si bien “las personas del mismo sexo [...] tienen derecho al reconocimiento de su unión en las mismas condiciones, no todas las parejas sexuales lo buscan; por ello, la distinción que resulta de esta especificidad puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y respeta una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados perseguidos”³. En este contexto, dicho tribunal señaló que el derecho francés reconocía las uniones de las personas del mismo sexo, pero bajo otra denominación. Y en este sentido, mantuvo el mismo criterio del tribunal superior para la validez de la nulidad del matrimonio celebrado por los demandantes, ya que en efecto fundamentan de igual forma la condición del sexo distinto para poder acceder a la figura del matrimonio conforme al derecho civil francés.

Finalmente, dicha resolución fue sometida a una corte de casación; es decir, al tribunal de la más alta jurisdicción francesa del cual debe tenerse en cuenta que no representa una cuarta instancia, ya que su función estriba en examinar la aplicación correcta de las normas en virtud de los hechos y no resuelve sobre el fondo del litigio, sino sobre las sentencias recurridas. Por tal razón, se le denomina como el juez de las decisiones de los jueces⁴. Dicho lo anterior, el tribunal de casación no solo confirmó la resolución que declaraba la nulidad del matrimonio

privada de los señores Chapin y Charpentier, dado que tales transcripciones podrían ser objeto de distinciones y por tanto de discriminación en su perjuicio. Sin embargo, tales hechos no fueron alegados en el caso.

3 TEDH. *Caso Chapin y Charpentier vs. Francia*, Aplicación N° 40183/07, sentencia del 9 de junio de 2016, párr. 17.

4 Cfr. Tribunal de Casación. *El papel del tribunal de casación francés*, disponible en https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/in_six_2850/espa_ol_3722/del_tribunal_17513.html (acceso 14/09/201).

celebrado entre los señores Chapin y Charpentier, sino que – además– sostuvo que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tenía efectos vinculantes para el Estado francés y, por tanto, no solo no se violaban derechos tutelados por el Convenio de Roma sino también los considerados por dicha Carta.

II. Análisis de fondo

En primer término, los demandantes alegaron haber sufrido discriminación por parte del Estado basada en su orientación sexual. Asimismo, asumieron que el derecho francés reconoce las uniones entre personas del mismo sexo a través del PACS. No obstante, manifestaron que tal figura no reconoce propiamente todos los derechos y todas las obligaciones que traen consigo la institución del matrimonio; por tanto, se configura una vejación ya que el Estado no puede sustentar tal distinción por ser carente de equilibrio jurídico y proporcional, pues no puede justificarse que la figura mencionada solo involucre ciertos derechos en materia fiscal y patrimonial ni se puede sostener la restricción que se fundamenta en el componente del sexo distinto.

En esta tesitura, los demandantes alegaron violaciones a los artículos 8 y 12 en relación con el artículo 14 del Convenio de Roma; esto es, como ya se apuntó, al derecho a la vida privada y familiar así como el derecho a contraer matrimonio, vinculado con la prohibición de discriminación. A tenor de los artículos invocados, es insoslayable destacar que la posición de la Corte de Estrasburgo en lo concerniente a la vida familiar de las personas del mismo sexo ha sido más compleja para la resolución de los casos sometidos a su competencia contenciosa⁵, no obstante que

los criterios asumidos ya obran en la jurisprudencia del propio TEDH como se verá más adelante.

Por su parte, la representación del Estado alegó que –tal como los órganos jurisdiccionales internos lo manifestaron– la legislación francesa reserva el matrimonio para parejas de distinto sexo. Además, manifestó que el 17 de mayo de 2013 entró en vigor una ley que permite –tanto a los demandantes como a las personas que se encuentren en las mismas circunstancias– solicitar la celebración del matrimonio.

Ahora bien, la Corte de Estrasburgo se pronunció –en primer término– por la tutela del matrimonio en el Convenio de Roma y en este sentido recordó que, si bien existe el derecho a contraer matrimonio en este documento, dicho reconocimiento a la luz del contexto de los Estados parte –condiciones sociales y culturales– fue adoptado para tutelar tal derecho conforme a un criterio discrecional sobre el comportamiento social en el marco del derecho interno, lo cual supone que no se restringe la posibilidad de que los Estados reconozcan dichas uniones. No obstante, no obliga a los Estados concertantes –en virtud de la cláusula de no discriminación, tutelada en el artículo 14– a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En cuanto al caso en concreto, este criterio viene a ser reforzado conforme a lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al tutelar el matrimonio de forma neutral; así, no restringe el derecho al componente de sexo distinto y se deja un amplio margen para que los Estados integrantes de la Unión Europea legislen en favor del

de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 91, septiembre-diciembre 2014, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 303 a 340, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/13673/12367> (acceso 14/09/2016).

5 Cfr: Gilbaja Cabrero, Estela. “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo

reconocimiento de las parejas del mismo sexo, bajo la figura del matrimonio. En consecuencia, no puede imponerse –en virtud de dicha Carta la obligación de los Estados para dicho reconocimiento⁶.

Aunado a lo anterior, el TEDH –recurriendo a los criterios pronunciados en casos como el de *Hämäläinen* contra Finlandia– determinó que la exigencia de un cambio en el estado civil de las personas transgénero como requisito previo para su reconocimiento legal no violaba su derecho a la vida privada y familiar, señalando en relación con el artículo 12 del Convenio de Roma que dicho precepto introduce el concepto tradicional de matrimonio sin que tal clausula imposibilite a los Estados parte a legislar en favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, tal como ya lo han hecho algunos; sin embargo, no supone que los obliga a conceder el acceso al matrimonio para parejas del mismo sexo⁷.

Asimismo, en la sentencia del caso *Oliari* y otros contra Italia, el TEDH señaló que el sistema normativo de ese Estado no otorgaba la posibilidad de casarse o acceder a algún tipo de unión civil a las personas del mismo sexo⁸; por tanto, manifestó

6 Cfr. Red de expertos independientes en derechos fundamentales de la Unión Europea. *Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, artículo 9, Condiciones para el ejercicio del derecho al matrimonio, parejas del mismo sexo, pp. 98 y 101, disponible en <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf> (acceso 14/09/2016).

7 Cfr. TEDH. *Caso Hämäläinen vs. Finland*, demanda N° 37359/09, sentencia del 16 de Julio de 2014, párr. 94.

8 Chávez, Estanislao. Trad., “El Tribunal respalda el reconocimiento legal en Italia de las parejas del mismo sexo”, *Revista Perseo*, UNAM, N° Programa Universitario de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 agosto de 2015, disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/tribunal-europeo-de-derechos-humanos/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-agosto-2015/> (acceso 13/09/2016).

que debería introducir al menos la posibilidad de una unión civil de parejas del mismo sexo con reconocimiento jurídico. Por ello, declaró la violación al artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio de Roma y la inadmisibilidad por las violaciones aducidas en relación con el derecho a contraer matrimonio para parejas del mismo sexo, afianzando el criterio de que el artículo 12 del mismo en relación con el 8 no puede ser interpretado como una imposición a los Estados concertantes para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo⁹. Sin embargo, debe destacarse que –en este caso– la Corte de Estrasburgo por primera vez afirmó que el derecho a la unión entre personas del mismo sexo debe ser reconocido legalmente por los Estados parte del Convenio de Roma¹⁰.

Ahora bien, conforme al mencionado caso *Oliari*, debemos destacar que se trató de un contexto distinto del caso que nos ocupa ya que en el mismo el Estado francés sí reconoce legalmente las uniones del mismo sexo bajo otra figura; el TEDH, por su parte, sostuvo que el artículo 12 del Convenio de Roma, alude al matrimonio tradicional sin que esto suponga un impedimento para que los Estados reconozcan los matrimonios de personas del mismo sexo, tal como ya ha sucedido en países como Bélgica (2003), Dinamarca (2012), Finlandia (2015, en vigor a partir marzo de 2017), Islandia (2010), Irlanda (2015), Luxemburgo (2015), Países Bajos (2001), Noruega (2009), Portugal (2010), España (2005), Suecia (2009) y en la mayor parte

9 Cfr. TEDH. *Caso Oliari and Others vs. Italy*, demandas N° 18766/11 y N°36030/11, sentencia del 21 de julio de 2015, párrs. 191, 192 y 194.

10 Cfr. Federación Internacional de Derechos Humanos. *Italia condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos por la falta de reconocimiento legal a parejas del mismo sexo*, Movimiento Mundial de Derechos Humanos, disponible en <https://www.fidh.org/es/impactos-1543/italia-condenada-por-la-corte-europea-de-derechos-humanos-por-la> (acceso 14/09/2016).

del Reino Unido (2014)¹¹. Es de resaltar que, de lo anterior, no se puede afirmar que la Corte de Estrasburgo deba interpretar dicho artículo como una imposición para los Estados frente a tal reconocimiento.

Por tanto, esta última argumentó que resultaban aplicables no solo los criterios jurisprudenciales referidos con antelación; también el principio del margen de apreciación estatal respecto de las condiciones para el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, aludiendo a la sentencia del caso Gas y Dubois contra Francia. Este tiene que ver con una pareja –Valerie Gas y Nathalie Dubois– unida mediante un PACS, que decide recurrir a la Corte de Estrasburgo al estimar que el Gobierno francés había incurrido en una discriminación debido a su orientación sexual, ya que la señora Dubois había sido madre de una niña en Bélgica mediante reproducción asistida.

La niña fue inscrita como su hija en el Registro Civil, quedando la filiación del padre biológico sin establecerse por la naturaleza de dicha concepción. En consecuencia, la señora Gas inició los trámites para solicitar la adopción simple de la hija de su pareja; la misma le fue denegada por los órganos competentes a pesar de contar con todos los requisitos necesarios. Así, la madre biológica perdería los derechos y deberes que salvaguardan el interés superior de la niñez en Francia al ser transferidos a la solicitante: su compañera. Tras varias resoluciones desestimatorias recurrieron al TEDH, el cual reconoció la vida familiar de la pareja no obstante que –para el caso de la prohibición de discriminación basada en su orientación sexual por el rechazo a la solicitud de adopción– la Corte de

11 Cfr. Carroll, Aengus. *Homofobia de Estado 2016. Estudio jurídico mundial en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*, Ginebra, mayo de 2016, 11ª edición, disponible en http://ilga.org/downloads/02_ILGA_Homofobia_De_Estado_2016_ESP_WEB_150516.pdf (acceso 14/09/201).

Estrasburgo determina que el matrimonio confiere un estatuto exclusivo para quienes lo celebran.

En este orden de ideas, para el caso que nos ocupa el TEDH se refirió especialmente a la sentencia de otro: el caso Schalk y Kopf contra Austria; esta representó la primera oportunidad que se le presentó al TEDH para valorar si dos personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio –bajo la protección del Convenio de Roma– en razón de que una pareja austriaca demandara la violación al derecho a la vida privada y familiar en relación con el derecho a la no discriminación reconocidos por el CEDH, al no tener acceso al matrimonio ni contar con alguna figura alternativa que reconociera su unión –hasta que entró en vigor la Ley de Parejas Registradas– bajo el amparo del sistema normativo austriaco.

Sin embargo, el TEDH falló negativamente para los demandantes sosteniendo que –al no existir un consenso europeo sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y considerando tanto las condiciones sociales como culturales de cada Estado concertante– resultaba aplicable el principio del margen de apreciación, el cual permite determinar que no es posible argumentar una violación al artículo 12 (derecho a contraer matrimonio) ya que dicho precepto no obliga a los Estados a garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio; respecto del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el 8 (respeto a la vida privada y familiar), resolvió que no puede interpretarse de tal manera que imponga dicha obligación al Estado.¹²

Finalmente, es de suma relevancia expresar que el TEDH destacó que no cabía la posibilidad de resolver a favor de los demandantes –por las violaciones aducidas a los artículos

12 Cfr. Gilbaja Cabrero, Estela. “La orientación sexual ante...”, pp. 317 y 318.

consignados en el párrafo anterior— en el mismo sentido que el caso Vallianatos and otros contra Grecia, en el cual los demandantes no tenían acceso al matrimonio ni al PACS; por tanto, las uniones entre personas del mismo sexo estaban fuera de cualquier tipo de reconocimiento legal. En el caso Oliari y otros contra Italia, la normativa interna de ese Estado no contemplaba ningún tipo de reconocimiento, como ya se mencionó anteriormente. Así, la sala del TEDH que resolvió el caso Chapin y Charpentier contra Francia consideró que no veía la justificación para cambiar su postura respecto de las posibles violaciones atribuidas al Estado francés, declarando la no violación de los derechos a contraer matrimonio y al respeto de la vida privada y familiar, en relación con la prohibición de discriminación.

III. Aspectos relevantes para comprender las consideraciones del fallo

La sentencia del caso Chapin y Charpentier contra Francia representó un golpe para la comunidad LGBTI a nivel internacional, al tratarse de un fallo negativo para los demandantes; aunado a ello, diversos medios de comunicación lo publicitaron como un pronunciamiento que se concretó a sostener que el TEDH rechazó la existencia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. En tal sentido, Patiño Reyes —académico de la Universidad Iberoamericana— escribió para un diario de gran circulación nacional en México una nota en relación con dicho caso en la cual afirmó que el TEDH estableció que “el matrimonio entre personas del mismo sexo no es un derecho humano”¹³.

13 Patiño Reyes, Alberto. *La falacia del matrimonio igualitario*, Opinión, El Universal, 10 de septiembre de 2016, disponible en <http://www.eluniversal.com>.

Asimismo, diversos sectores religiosos y académicos han afirmado que el TEDH ha protegido la familia natural en la sentencia del caso examinado; por ejemplo, el presidente de la Federación Europea de Asociaciones de Familia Católica, Antoine Renard, exhorta a organismos nacionales e internacionales, sustentándose en el fallo de la Corte de Estrasburgo, a considerar que dicha decisión afianza la exclusividad de que la unión entre un hombre y una mujer es la que forma una familia; como tal, asegura, representa una institución única que debe salvaguardarse.¹⁴

En tal sentido, puede manifestarse —al tenor de esa sentencia— que diversos grupos han afirmado que no existe el derecho humano de las personas del mismo sexo para contraer matrimonio, afianzando que la naturaleza jurídica del matrimonio alude finalmente a la protección de la familia natural y —por tanto— la exigencia del componente sexo distinto así como la condición biológica para su constitución.

Sin embargo, desde nuestra visión el TEDH nunca enunció tal afirmación pues ya ha quedado claro que la jurisprudencia a la que refirió en el caso— difiere en cuanto a los hechos suscitados, pero permite confirmar ciertos criterios de tal manera que en casos de impacto negativo para los demandantes —como el de Schalk y Kopf contra Austria— se determinó que no existe restricción alguna por parte del CEDH aplicable a Estados parte

mx/entrada-de-opinion/colaboracion/alberto-patino-reyes/nacion/2016/09/10/la-falacia-del-matrimonio (acceso 1/09/2016).

14 Cfr. Federación Europea de Asociaciones de Familia Católica. *Reservar el matrimonio para un hombre y una mujer no es discriminatorio, afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Comunicado de prensa, disponible en http://fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=334:press-release-reserving-marriage-to-a-man-and-a-woman-is-not-discriminatory-says-the-european-court-of-human-rights&catid=69:council-of-europe&Itemid=234&lang=en (acceso 1/05/20189).

del Consejo de Europa, para que abran su legislación interna en favor del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo; pero, además, se estableció que tampoco puede imponerse a los Estados concertantes la obligación de hacerlo. Y en el mismo sentido refiere lo dispuesto por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aplicable a Estados parte de dicha entidad.

Debe señalarse también que el criterio anterior es aplicado en el caso analizado, con base en el principio del margen de apreciación; este se define como un criterio de interpretación que le determina a los Estados la posibilidad de ejercer cierto grado de discrecionalidad, para regular el alcance y el contenido de determinados derechos reconocidos convencionalmente teniendo en consideración circunstancias sociales, jurídicas y culturales¹⁵. Dicho principio ha sido desarrollado y aplicado ampliamente por el TEDH en los casos *Handsyde*, *Sunday Times*, y *A, B y C*; los dos primeros contra el Reino Unido y el tercero contra Irlanda.

En este sentido, la misma Corte de Estrasburgo ha señalado dos supuestos para la aplicación del margen de apreciación:

1. La ausencia de estándares mínimos comunes, lo cual supone una misma regulación de la institución controvertida en la mayoría de los Estados concertantes mediante un mínimo denominador común; es decir, la ausencia de un consenso internacional.
2. Las diversas realidades sociales respecto de las disposiciones convencionales, lo cual supone que el Estado –conocedor de su realidad– está en mejor condición para determinar

15 Cfr. TEDH. *Caso Sunday Times c. Reino Unido*, Demanda N° 6538/74, sentencia del 29 de abril de 1979, párr. 115; Cfr. TEDH. *Caso Handsyde c. Reino Unido*, Demanda N° 5993/72, sentencia del 7 de diciembre de 1976, párr. 59.

cierta situación.¹⁶ En este sentido, Barbosa cita a Kastanas para sostener que la Corte de Estrasburgo puede considerar la legalidad en virtud del derecho interno y las medidas adoptados por un Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas en el Convenio de Roma.¹⁷

Es insoslayable mencionar que el principio del margen de apreciación, no se encuentra expresamente incorporado en los artículos que consagra el CEDH; mucho menos tiene antecedentes en los trabajos realizados para la adopción de dicho instrumento convencional. Sin embargo, se trata de un principio íntimamente ligado a otro: el de subsidiariedad, que resulta esencial para la protección internacional¹⁸. Por tanto, es necesario recordar que el principio de subsidiariedad supone –aun cuando se cuente con la existencia de normas y mecanismos internacionales en la materia– que es el Estado el principal protector de los derechos humanos y las libertades fundamentales; en tal sentido, le compete la responsabilidad primordial de respetarlos, hacerlos respetar y asegurar la reparación de las víctimas de violaciones. Por tanto, dicho principio sustenta que la comunidad internacional solo intervine

16 Cfr. TEDH. *Caso Vo. c. Francia*, Demanda N° 53924/00, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 84.

17 Cfr. Barbosa Delgado, Francisco. *El margen nacional de apreciación en el DIDH: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf> (acceso 1/09/2016).

18 Cfr. García Roca, Francisco Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20, 2007, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 117-143, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778> (acceso 1/09/2016).

subsidiariamente; es decir, en la medida que el Estado ha fallado en el desempeño de su imprescindible responsabilidad.¹⁹

Dicho lo anterior, el margen de apreciación resultó aplicable simplemente porque en efecto no se cuenta con un consenso –entre los Estados parte del Consejo de Europa ni de la Unión Europea– en relación con el también denominado matrimonio igualitario dado que las circunstancias culturales, políticas y sociales son distintas; sin embargo, debe destacarse que el TEDH ha venido afirmando intrínsecamente que de acuerdo al mismo margen de apreciación y a los derechos a contraer matrimonio, al respeto a la vida privada y familiar así como al de no discriminación, los Estados están en posibilidad de reconocer legalmente las uniones entre personas del mismo sexo mediante el matrimonio o cualquier otra figura alternativa.

En ese marco, en primer término, el TEDH respetó que la legislación francesa sí contempla por lo menos una figura alterna que otorga el reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo; por tanto, señalamos que el TEDH no ha sostenido que las personas del mismo sexo no tengan derecho a contraer matrimonio sino que –según criterios interpretativos, jurisprudenciales y conforme a la tutela de los derechos humanos en el Convenio de Roma, aplicables al caso en concreto– determinó que es una atribución de los Estados concertantes la apertura de dicha institución para las parejas del mismo sexo, aunado a que también observó dos elementos que resultan de gran aprecio.

Por un lado, está la presencia de una figura alternativa que brinda un reconocimiento legal a dichas parejas. Por el otro, que al no ser existir un consenso internacional respecto del

19 Cfr. Ripol Carulla, Santiago. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, 2007, pp. 40 y 41.

derecho al matrimonio igualitario en relación con los otros derechos aludidos, el TEDH entiende que se trata de un derecho en evolución con base en el principio de progresividad de los derechos humanos; es así que el Estado francés adoptó la Ley N° 2013-404, lo que implicó una reforma al artículo 143 de su Código Civil reconociendo tanto a las parejas de sexo distinto como a las parejas del mismo el derecho a contraer matrimonio.

Además, nuestra postura rechaza la generalizada y tajante interpretación que han hecho ciertos grupos con motivo de la sentencia del caso Chapin y Charpentier, ya que en el caso Taddeucci y McCall contra Italia la Corte de Estrasburgo condenó dicho a Estado pues los demandantes son una pareja con estatus legal reconocido en Nueva Zelanda; pero, al trasladarse a Italia, a uno de ellos –que no era de nacionalidad italiana– le niegan el permiso de residencia porque el derecho interno en materia migratoria no permite la obtención de permisos a las parejas que no están casadas. En consecuencia, el TEDH determinó la violación del artículo 14 del CEDH que contempla la prohibición de discriminación, en relación con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)²⁰.

Finalmente, con la sentencia antes mencionada podemos afirmar que el TEDH **sí reconoce las uniones de personas del mismo sexo**; asimismo, protege el derecho a la no discriminación basada en orientación sexual ya que –como se desprende del caso Taddeucci– falló en favor de los demandantes, considerando los derechos aducidos y tutelados en el Convenio de Roma pero también los criterios interpretativos y su propia jurisprudencia.

20 Cfr. TEDH. *Taddeucci y McCall V. Italia*, Demanda N° 51362/09, sentencia del 30 de junio del 2016.

Conclusión

A manera de corolario, en la sentencia del caso Chapin y Charpentier contra Francia el TEDH no condenó al Estado por las violaciones aducidas por los demandantes al derecho a contraer matrimonio y al derecho a la vida privada y familiar, en conexión con el derecho a la no discriminación previstos en el Convenio; sin embargo, esto no supone que ese alto tribunal niegue el reconocimiento al matrimonio para las personas del mismo sexo. Por tanto, el resultado de la sentencia tampoco se traduce en la protección del TEDH a la familia tradicional. En efecto, no existe el derecho humano al matrimonio entre personas del mismo sexo; el TEDH nunca lo pronunció en el caso Chapin y Charpentier contra Francia.

En este sentido, el derecho a contraer matrimonio debe garantizarse para todas las personas, ya que restringir su acceso por componentes como el sexo asignado al nacer y la orientación sexual puede configurar una violación al derecho a la no discriminación. No obstante, en el marco del sistema europeo de derechos humanos, los Estados tienen la posibilidad de aperturar en su legislación interna el derecho al matrimonio para personas del mismo sexo, pero no significa que estén obligados a hacerlo; es decir, la Corte de Estrasburgo considera la posibilidad de reconocer y proteger dicho derecho, de conformidad con el contexto interno de cada Estado, en virtud del margen de apreciación nacional y la ausencia de un consenso internacional.