

# EL PODER DE DISCRIMINAR Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS LGBTI

LLM Herman M. Duarte<sup>1</sup>  
Herman@hduarte-lex.com

Recibido 13/12/2017      Aceptado 14/4/2018

## RESUMEN

*Delimitar el alcance del término “discriminación” es la piedra de inicio para determinar si existe o no la posibilidad legal de que el Estado pueda excluir –legalmente– a un grupo de su población de las instituciones civiles que ofrece para regular las relaciones afectivas de pareja. En este artículo, se exponen los conceptos fundamentales de la discriminación y se evidencia la realidad de las personas LGBTI para concluir si es fundamentada –o no– la exclusión que existe hacia estas minorías al acceso a las instituciones civiles que el Estado ofrece y que son centrales para la sociedad: el matrimonio y la unión no matrimonial.*

**Palabras clave:** *discriminación por orientación sexual, responsabilidad estatal, sistema interamericano de derechos humanos, matrimonio civil igualitario, derecho de igualdad, principio de no discriminación, regulación jurídica de población LGBTI en Latinoamérica*

## ABSTRACT

*Delimiting the scope of the term “discrimination” is the starting point for determining whether or not there is a legal possibility for the State to exclude -legally- a group of its population from the civil institutions it offers to regulate intimate relationships in couples. This article sets out the fundamental concepts of discrimination and highlights the reality of LGBTI people in order to conclude whether or not the exclusion of these minorities from access to civil institutions offered by the state and central to society - marriage and non-marital union - is well founded.*

**Keywords:** *Discrimination on the basis of sexual orientation, State responsibility, Inter-American human rights system, equal civil marriage, right to equality, principle of non-discrimination, legal regulation of the LGBTI population in Latin America, etc.*

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la que reafirmó el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”.

Costa Rica debe estar consciente de esta declaración a raíz de su participación en las Naciones Unidas. Además, merece ser objeto de reflexión para que fomente una pronta actuación para cumplir con lo indicado.

Por su parte, el Sistema Interamericano y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”), del cual El Salvador es parte, han aprobado, desde el 2008, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>2</sup>.

Pero, ¿qué es exactamente la discriminación? El concepto de discriminación es complejo, ha adquirido diferentes matices y cubre diversos ámbitos. Pese a ello, es un concepto que, bien entendido, no tiene mayor problema en cuanto a su ámbito de aplicación. Puede ser definido como el rechazo, estigmatización y, en algunos casos, la cultivación de odio a determinados colectivos o a individuos por cualidades inherentes a su calidad de persona. Dichas cualidades, que no pueden cambiarse, pueden ser tan variados como: el género, la raza o la orientación sexual.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) respalda lo expresado en el párrafo anterior, al definir la discriminación como:

*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de*

*otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas<sup>3</sup>.*

Para saber distinguir qué es y qué no resulta ser discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”<sup>4</sup>. En mi opinión, no existe una justificación razonable ni objetiva para que una persona no pueda contraer matrimonio civil (no religioso) o vivir en una unión de hecho (civil de nuevo), con otra persona de su mismo sexo.

La Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos) dispone en el artículo 1.1 lo siguiente:

*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.*

Esta obligación que el Estado tiene ha sido reconocida por la Sala Constitucional por medio del voto 18-2004 del nueve de diciembre de dos mil nueve.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado lo siguiente sobre dicha norma:

*78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de*

*carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma*<sup>5</sup>.

Contrastar estas normas con la realidad de la población LGBTI en el país deja como resultado una violación de tal compromiso adquirido por el Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica:

*Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional*<sup>6</sup>.

Es decir, entre sus diferentes y muy variadas atribuciones, el Estado tiene la obligación de establecer parámetros necesarios para la convivencia pacífica entre la diversidad que habita en una sociedad. Dentro de esto se encuentra la regulación igualitaria al acceso de las instituciones civiles que el Estado ofrece para regular las relaciones de pareja.

En este sentido, a diferencia de la facultad discriminatoria que el individuo<sup>7</sup> sí posee (bajo los límites que la misma lógica y proporcionalidad delimitan), el Estado no tiene derecho a discriminar y tiene la obligación de velar y garantizar los derechos de todos sus

componentes. En este momento histórico, ha dejado en estado de desamparo a un sector tradicionalmente marginado.

La importancia de este principio de no discriminación ha llegado a tal punto que ha subido al olimpo de los principios y valores jurídicos, y se reconoce que forma parte de las normas de *jus cogens*<sup>8</sup>, tal y como: “El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”<sup>9</sup>.

Si existe este contexto internacional, ¿por qué razón la población LGBTI es discriminada al ser categorizada como de segunda clase?

¿Es justificable ese trato tan diferente? No. Se alcanza esta conclusión después de efectuar un juicio de igualdad donde el parámetro de comparación son las opciones que hombres y mujeres tienen para obtener un reconocimiento del Estado de su unión estable, en atención a su orientación sexual. Así, tenemos:

- (i) *personas con orientación sexual heterosexual y*
- (ii) *personas con orientación sexual dentro de la población LGBT.*

*Con esto, lo que se compara será el contraste entre las:*

- (a) *formas de unión para personas heterosexuales y*
- (b) *formas de unión para personas con orientación sexual diferente a la heterosexual.*

*En primer punto, al hablar de orientación sexual, me refiero a una característica innata de la persona humana, por lo cual se abarcan todas las orientaciones sexuales:*

*Al hablar de orientación sexual – heterosexual o no–, es común referirse a ella como si solamente fuera una característica de un individuo, como el sexo biológico, la identidad de género o la edad. Esta perspectiva es incompleta porque la orientación sexual se define en*

*términos de las relaciones con los demás. Las personas expresan su orientación sexual mediante conductas con otros, incluidas acciones tan sencillas como tomarse de la mano o besarse. Por lo tanto, la orientación sexual está estrechamente ligada a las relaciones personales íntimas que satisfacen nuestra profunda necesidad de amor, apego e intimidad. Además de las conductas sexuales, estos vínculos incluyen la atracción física no sexual entre compañeros, metas y valores compartidos, apoyo mutuo y compromiso continuo. Por lo tanto, la orientación sexual no es solamente una característica personal de un individuo. Más bien, la orientación sexual ... grupo en el que una persona probablemente pueda establecer las relaciones románticas satisfactorias y plenas que son un componente esencial de la identidad personal para muchas persona<sup>10</sup>.*

Esta aclaración transcrita, aplicable a heterosexuales y no heterosexuales, es muestra de la similitud<sup>11</sup> que existe entre estos dos grupos de personas. No es posible poner en tela de juicio la capacidad<sup>12</sup> de establecer vínculo afectuoso de amor, intimidad y complemento de dos personas –sin importar su género– al punto que tengan poder suficiente para decidir comprometerse para hacer vida en pareja. Las únicas diferencias entre la unión matrimonial/unión no matrimonial entre personas heterosexuales y aquella entre personas del mismo sexo son las siguientes:

1. La pareja está conformada por personas del mismo sexo.
2. La pareja no puede procrear sin asistencia especializada.

La segunda de las diferencias merece ser descartada, por cuanto supone una situación idéntica a la que enfrentan parejas heterosexuales que no pueden tener hijos porque uno o ambos contrayentes son estériles. Sin embargo, esa situación no se regula como un impedimento

para que dos personas heterosexuales puedan casarse o bien reconocer su unión no matrimonial, ya que el matrimonio no tiene como fin último la procreación, sino la base familiar que conforma los cimientos de la sociedad.

Esto explica que solamente existe, tras el juicio de igualdad, una única diferencia entre ambos tipos de pareja: el género de los contrayentes.

La exigencia de que el género de los contrayentes sea opuesto resulta en una regulación que es denigrante a la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente, por cuanto ello deviene en una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, al grado de que al menos 25 derechos fundamentales le son privados a este conjunto de la población:

1. DERECHO A CASARSE.
2. DERECHO AL DIVORCIO.
3. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL O DE LA CÓNYUGE.
4. DERECHO A LAS VISITAS HOSPITALARIAS.
5. DERECHO A TOMAR LA ÚLTIMA DECISIÓN EN ASPECTOS RELACIONADOS A LA SALUD DEL O DE LA CÓNYUGE.
6. DERECHOS DE ADOPCIÓN.
7. DERECHOS DE PATERNIDAD.
8. DERECHOS DE CUSTODIA DE MENORES.
9. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL O DE LA CÓNYUGE Y DEL HIJO O DE LA HIJA.
10. DERECHOS DE PENSIÓN DE VEJEZ CON LOS HIJOS Y LAS HIJAS.
11. DERECHO A HEREDAR.
12. DERECHO A RECIBIR PROTECCIONES ANTE UN DIVORCIO.
13. DERECHOS MIGRATORIOS.
14. DERECHOS DE SEGURO DE ENFERMEDAD.
15. DERECHOS A VACACIONES POR MATERNIDAD, ENFERMEDAD DEL O DE LA CÓNYUGE.

16. DERECHO A RECIBIR PENSIONES DEL O DE LA CÓNYUGE EN DETERMINADOS CASOS.
17. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE GÉNERO.
18. DERECHO A PRESENTAR IMPUESTOS CONJUNTOS.
19. DERECHO A LA INMUNIDAD DE DECLARAR CONTRA EL O LA CÓNYUGE EN PROCESOS PENALES.
20. DERECHO A LA CONTINUACIÓN DE SEGURO DE SALUD DE COBERTURA.
21. LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE VIVIENDA.
22. DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN Y LA LIBRE ASOCIACIÓN.
23. DERECHO AL ACCESO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE LA FAMILIA.
24. DERECHO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
25. DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA

¿Existe una justificante para permitir esta injusta discriminación? **NO.**

Como se ha indicado en otras jurisdicciones:

*Desde las entrañas de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas. La centralidad del matrimonio a la condición humana hace que sea sorprendente que la institución ha existido durante miles de años y a través de las civilizaciones. Desde los albores de la historia, el matrimonio ha transformado a extraños en familiares, uniendo familias y sociedades [...] ¿Cómo continuar negando la realidad que el matrimonio civil -no religioso- debe ser un instituto accesible a todos, sin perjuicio de la orientación sexual? ¿Por qué limitar la vida de la población LGBT e impedirles alcanzar niveles de felicidad superiores?<sup>13</sup>*

Negar el derecho al matrimonio civil a la población LGBT es un trato inhumano o degradante, en el entendido de que dichos actos:

*“son aquellos que ocasionan sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación, degradación, quebrantamiento de la resistencia física y moral de las personas, anulando su personalidad o carácter, los cuales causan trastornos psicológicos y sufrimientos menos intensos que los producidos por la tortura y los tratos crueles”<sup>14</sup>.*

El trato inhumano se debe a que, en lugar de crear las condiciones para que las personas puedan aceptar una parte crucial de su dignidad, el Estado, por medio de su pasividad, crea barreras<sup>15</sup> adicionales que obstaculizan que sus habitantes puedan vivir en plenitud su orientación sexual:

*Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás; también puede conllevar participar en la comunidad gay. Poder hablar sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico. Al igual que les sucede a los heterosexuales, a las lesbianas, hombres gay y personas bisexuales les hace bien poder compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos<sup>16</sup>.*

Es decir, de alguna u otra forma, no reconocer a las parejas del mismo sexo como un matrimonio y/o una unión no matrimonial<sup>17</sup> impone un estigma social que es prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Cada vez más países<sup>18</sup> han ido reconociendo y eliminando esto de sus ordenamientos jurídicos, por la degradación al ser humano que ello supone:

*Se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja por fuera de una institución central<sup>19</sup> de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes de matrimonio y buscar su realización en su más alto significado. La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo puede haber parecido larga natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio ahora es manifiesto. Con ese conocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental<sup>20</sup>.*

La ciencia<sup>21</sup> da un espaldarazo a la obligación – que no solamente es moral, sino también exigible por medio de una aplicación directa de la Constitución– que tiene el Estado de dotar a sus ciudadanos de las herramientas necesarias para lograr una vida digna.

### Algunos argumentos en contra de la apertura de la institución del matrimonio civil

#### a. La mayoría está en contra

*La discriminación de los negros está presente en cada momento de sus vidas para recordarles que la inferioridad es una mentira que solo acepta como verdadera la sociedad que los domina.*

*Marthin Luther King, Jr.*

Un primer argumento para intentar justificar la discriminación en razón de la orientación sexual es hacer un llamado a las necesidades de las mayorías, aunque, conforme a recientes encuestas, esta tendencia está invirtiéndose<sup>22</sup>. Pero, aceptar un argumento por el clamor de las masas sería olvidar lo que la historia ha evidenciado, pues hemos visto ejemplos de cómo

grupos amparados en una verdad dogmática, absoluta y sin excepciones han cometido grandes injusticias con la bandera de la discriminación (e.g., el holocausto o la segregación racial sudafricana).

La Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”<sup>23</sup>. Pero, sobre todo, sería desconocer elementos esenciales del Estado constitucional de derecho que Costa Rica establece que es una democracia (art. 1, 9, 95.8 CP).

Una de las cortes constitucionales con mayor experiencia en el mundo sobre el tema de discriminación es el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, el cual ha dicho lo siguiente sobre la particular naturaleza de la población LGBTI:

*En el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Es la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es, lo que vulnera la dignidad y la autoestima de un grupo. Esta especial vulnerabilidad de los gays y lesbianas como grupo minoritario cuyo comportamiento se desvía de la norma oficial se deriva del hecho de que [...] los gays constituyen una parte distinta aunque invisible de la comunidad, que ha sido tratada no solamente con falta de respeto o condescendencia sino también con desaprobación y repulsa; son en general un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible, la característica que los identifica combina todas las ansiedades que*

*produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia; y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión<sup>24</sup>.*

En este intelecto, el máximo Tribunal de Sudáfrica deja palabras que crearán un eco hasta la eternidad, pues delimita perfectamente los contornos a los que cada niño, niña, adolescente, persona adulta y anciana se enfrentan que, en la rifa de la vida, resultan premiados con una orientación sexual diversa a la heterosexualidad. Esta situación de desventaja es algo que el Estado debe buscar remediar, dando la protección que las minorías se merecen frente a los abusos de las mayorías. La democracia constitucional se funda en la protección de toda la ciudadanía mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías<sup>25</sup>.

Por estas razones, debe rechazarse cualquier argumento tendiente a justificar la discriminación de minorías<sup>26</sup> LBGT en aras de satisfacer el *status quo* al que las mayorías se encuentran acostumbradas.

*b. Los homosexuales tienen otros mecanismos para regular sus relaciones.*

*Estoy cansada de ser tratada como una ciudadana de segunda categoría.*

*Rosa Parks*

Un clásico argumento para rechazar el matrimonio igualitario es el de optar por otros instrumentos jurídicos para reconocer alguna protección legal a las relaciones entre el mismo sexo. Esta posición es parte del género del superado anticuado principio de “separados pero iguales”, en donde se busca regular de alguna forma a un grupo para solventar una desigualdad, pero en realidad lo único que logra es agravarla<sup>27</sup>.

Aplicarle a la población LGBT otra regulación que no sea la que ya está contenida en las normas impugnadas del Código de Familia es un argumento de tipo “separados pero iguales”, el cual, lejos de contribuir en erradicar estigmas, los profundiza y genera divisiones aún mayores. La población LGBTI tiene el derecho de que le apliquen las mismas regulaciones que a los heterosexuales<sup>28</sup>.

*c. El supuesto riesgo de que la homosexualidad puede enfermar a la familia.*

*La ignorancia y el prejuicio son las sirvientas de la propaganda. Nuestra misión, por lo tanto, es confrontar la ignorancia con el conocimiento, la intolerancia con la tolerancia y el aislamiento con la mano extendida de la generosidad. El racismo puede, debe y debe ser derrotado.*

*Kofi Annan*

Al respecto, uno de los intelectuales más importantes de nuestra época, Mario Vargas Llosa, se ha referido a este conglomerado de argumentos que buscan usar a la familia para combatir la igualdad de derechos:

*Uno de los más utilizados ha sido el de que, con esta medida, se da un golpe de muerte a la familia. ¿Por qué? ¿De qué manera? ¿No podrán seguir casándose y teniendo hijos todas las parejas heterosexuales que quieran hacerlo? ¿Alguien, con motivo de esta nueva ley, va a forzar a alguien a no casarse o a casarse de manera distinta a la tradicional? Por el contrario, la ley, al permitir a las parejas gays contraer matrimonio y adoptar niños, va a inyectar una nueva vitalidad a una institución, la familia [...].<sup>29</sup>*

A lo anterior le sumaría un argumento adicional: el ser parte de la población LGBT no le quita el valor de persona al estar dentro de una

familia, puesto que los y las miembros de la población LGBT también son hijos(as), nietos(as), primos(as), hermanos(as) y hasta en algunos casos padres y madres. Ampliar esa categoría a estas minorías les permitiría equipararse -no superar- a la población heterosexual y poder llegar a ser cónyuge de alguien.

El segundo punto sobre estos argumentos parte del prejuicio de que la homosexualidad es una enfermedad contagiosa (o algo similar) y que puede propagarse. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas<sup>30</sup> hace un recuento<sup>31</sup> de la evolución científica que se ha tenido con respecto al tema de la atracción de personas del mismo sexo. En él, demuestra el estigma que el tema ha cargado por décadas.

En este entender, cabe aclarar que, desde inicios de la década de los noventa, se conmemora la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales por parte de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto sucedió el 17 de mayo de 1990, por lo que este es el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia (en inglés, International Day Against Homophobia and Transphobia, IDAHOT<sup>32</sup>). Al respecto se ha referido también otra institución objetiva y con gran prestigio mundial: la Asociación Americana de Psicología<sup>33 34</sup>. En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que *“no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”*<sup>35</sup>.

*d. Supuesta violación a los derechos de las personas menores a tener un papá y una mamá.*

*Nací de padres heterosexuales. Me enseñaron los maestros heterosexuales en una sociedad ferozmente heterosexual. Los anuncios de televisión y anuncios en*

*periódicos - ferozmente heterosexual. Una sociedad que pone abajo la homosexualidad. Y ¿por qué estoy un homosexual si yo estoy afectado por los modelos de conducta? Debería haber sido un heterosexual. Y sin ánimo de ofender, pero si los maestros van a afectar a usted como modelos de conducta, que habría un montón de monjas corriendo por las calles hoy.*

*Harvey Milk*

La frase del activista de derechos humanos, Harvey Milk, está nutrida de sabiduría popular que refleja lo evidente que es la respuesta en relación con los argumentos que aseguran que un niño podría terminar siendo influenciado en su orientación sexual a raíz de lo que sus padres experimenten.

En relación con la evidencia científica, Mónica Berrocal, la psicología experta en formación infantil graduada de la Escuela de Psicología de la Universidad de Harvard, indicó el 9 de noviembre en el Congreso de Matrimonio Civil Igualitario<sup>36</sup> que no existía evidencia científica que pudiera negar el derecho a personas del mismo sexo a criar hijos e hijas.

Con una sentencia vinculante para Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido expresamente a este asunto, rechazando todos esos argumentos al indicar:

*El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia*<sup>37</sup>.

En esa misma sentencia de la CIDH, se rechazaron todos los argumentos que fueron planteados relativos a que esto podría conllevar la discriminación de los menores por tener padres diferentes<sup>38</sup>.

En el Caso Obergerfel contra Hodges, como bien apuntó el magistrado Kennedy, lo que realmente daña los derechos de los niños es que la unión de sus padres del mismo sexo no tenga el mismo reconocimiento legal que el de parejas heterosexuales:

*Como todas las partes están de acuerdo, muchas parejas del mismo sexo proporcionan amor y de consolidación casas a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. [...] Excluyendo las parejas del mismo sexo del matrimonio por lo tanto entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento [...], sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera menor. También sufren los costos de las materias significativas de que son criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su propia para una vida familiar más difícil e incierta. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de las parejas del mismo sexo<sup>39</sup>.*

Asimismo, no se puede perder de vista la ironía que existe en el argumento de “proteger los derechos del niño”, ya que, por medio de los ataques denigrantes hacia la orientación sexual de sus padres, de manera indirecta lo denigran al atacar su círculo familiar.

El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio. Es decir, no únicamente quienes contraen matrimonio forman parte de una familia. La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos amparan todo tipo de lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida común que no necesariamente se encuentra dentro de un matrimonio. Abrir la puerta a la justicia y permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio solo permitirá mejorar la situación de parejas que ya forman parte de una familia, por cuanto tienen lazos estables que deben ser protegidos por el derecho. Esto ya ha sido señalado por la Corte Interamericana al establecer que “en la Convención Americana no

*se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma<sup>40</sup>.*

Negar el fundamental derecho a obtener un reconocimiento legal a una promesa de amor, justificada en su orientación sexual, es segregar a un sector de la población y convertir a sus integrantes en personas ciudadanas de segunda categoría, lo cual es contrario a derecho.

Nada más basta pensar en las épocas cuando los matrimonios *interraciales* eran prohibidos. Toda sociedad está obligada a evolucionar para facilitar que sus miembros puedan gozar o tener acceso a la posibilidad de ejercer sus derechos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 101 y *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek*

Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18, No. Discriminación, párr.6.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005, *Caso Yatama c. Nicaragua*, Serie C n.º 127.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, dictada el 24 de febrero de 2012.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, op. cit. (note 41)

Vargas Llosa, M. (2005). El matrimonio gay. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

## Notas al pie

- 1 LLM en Arbitraje Internacional Comercial. Fundador de HDUARTE-LEX, boutique legal especializada en arbitraje y derechos, y de la Fundación Igualitos. Reconocimientos: OUT-Standing TOP 50 LGBT+ Future Leaders presented by the FINANCIAL TIMES; Guía global del año 2017 de Chambers & Partners como un experto en litigios complejos y arbitraje en la categoría de “Foreign Experts” en Costa Rica.; y “Alumni Extraordinario” ICAL Alumni Association (Universidad Estocolmo). Contacto: [Herman@hduarte-lex.com](mailto:Herman@hduarte-lex.com).
- 2 AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011. (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifiestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”).
- 3 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18, No. Discriminación, párr.6.
- 4 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005, Caso Yatama c. Nicaragua, Serie C n.º 127, párrafo 185.
- 5 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, dictada el 24 de febrero de 2012.
- 6 Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, del 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18, párrafo 85.
- 7 “La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin injerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad está en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre sí, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad”. Sentencia del Tribunal Constitucional Sudafricano del 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

- 8 La Corte Internacional de Justicia indicó lo siguiente sobre las normas de *jus cogens*: “Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado [...]. Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), op. cit. (note 41), p. 32, parr. 33.
- 9 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 101 y Caso comunidad indígena Xákmok Kásek, párr. 269.
- 10 American Psychological Association (2012), *idem*.
- 11 “Sr. Presidente, y distinguida Corte: Las relaciones íntimas y comprometidos de parejas del mismo sexo, al igual que los de las parejas heterosexuales, se dan apoyo mutuo y son el fundamento de la vida familiar en nuestra sociedad. Sin el compromiso legal, de responsabilidad y protección que es el matrimonio esta fuera del alcance de las personas homosexuales como si se tratase de una clase aparte, la mancha de indignidad que sigue en los individuos y familias contraviene el compromiso constitucional fundamental a la igualdad de dignidad. De hecho, el propósito permanente de la Decimocuarta Enmienda es impedir relegando clases de personas a la condición de segundo nivel”. Con tales palabras la abogada Mary L. Bonauto inició la intervención oral, el pasado 28 de abril de 2015 en el caso Obergefell v. Hodges, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sentenció a favor al matrimonio igualitario.
- 12 De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar lo que el matrimonio ayuda a las personas a alcanzar: “En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio. su motivo es que la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho”. Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges.
- 13 Decisión de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso de Obergerfel contra Hodges.
- 14 Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, n.º 165-2005, dictada el cuatro de septiembre de 2007.
- 15 A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia mexicana ha indicado lo siguiente: “Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad”. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, n.º 2806/2012. Sin perjuicio de las críticas que la sentencia ha recibido, es sin duda un gran avance para borrar el estigma de la población LGBT.
- 16 American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Disponible en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>.

- 17 Así como hay parejas heterosexuales que no quieren casarse, también hay parejas del mismo sexo que tampoco quieren. Lo relevante, en todo caso, es que el Estado asegure a todos sus habitantes la opción y la posibilidad de ejercer el derecho de matrimonio o de unión no matrimonial, de tal manera que sea cada persona, como artífice de su destino, quien decida cuál camino tomar.
- 18 Dentro de los efectos inmediatos de esta sentencia, sería poner a El Salvador en la vanguardia junto a 24 países que han legalizado el matrimonio igualitario, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia.
- 19 Esta es una similitud entre el ordenamiento jurídico salvadoreño y el estadounidense, ya que en ambos, se reconoce a la familia como el centro de la sociedad.
- 20 Opinión de la mayoría expuesta por el magistrado Kennedy en el Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergerfel contra Hodges, en la que se decidió que el matrimonio debería ser una institución reconocida a todas las personas en los Estados Unidos de América.
- 21 En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad, así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. HAIDT, J. (2006). The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom. Kindle.
- 22 Tal y como La República reportó en septiembre del 2016 : <https://www.larepublica.net/noticia/matrimonio-gay-gana-aceptacion-en-sociedad-costarricense-segun-encuesta-de-ucr>
- 23 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párr. 92.
- 24 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, sentencia del 9 de octubre de 1998, caso de National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others; caso CCT11/98, párrafos 127 y 128 (original en inglés, traducción libre).
- 25 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n.º SU214/16.
- 26 La Sala Constitucional de Costa Rica explica lo siguiente en relación con el derecho de las minorías: “VII.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad -real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas”. Sentencia n.º 13313-2010 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del diez de agosto de dos mil diez.

- 27 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- 28 Tal y como la Corte Constitucional de Colombia ha indicado: “Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste”. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n.º 214-16.
- 29 Vargas Llosa, M. (2005). *El matrimonio gay*. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)
- 30 La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una ONG internacional con sede en Ginebra (Suiza).
- 31 Dicho recuento puede revisarse en las páginas 11-15 del reporte: Comisión Internacional de Juristas. (2009). “Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesional no.4”, disponible en: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>
- 32 En el sitio web del IDAHOT DAY se puede encontrar más información: <http://dayagainsthomophobia.org/es/>
- 33 Corte Constitucional de Colombia, sentencia n.º C-481/98 del 9 de septiembre de 1998, párrafo 11.
- 34 Al respecto, la APA explica el reproche hacia las terapias de conversión: “No, aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gays, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gays, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental. American Psychological Association (2009), *idem*.”
- 35 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párrafo 111.
- 36 La participación de la señora Mónica Berrocal puede ser visualizada en el siguiente enlace correspondiente a la página de facebook de la Fundación Igualitos: <https://www.facebook.com/igualitos.as/videos/554927891528021/>
- 37 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 110.
- 38 También sobre el tema, ver: Vargas Llosa, M. (2005). *El matrimonio gay*. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

- 39 La adopción de parejas homosexuales fue aprobada antes del matrimonio en los Estados Unidos de América. Por esta razón, Kennedy sostiene que la falta de reconocimiento al matrimonio de sus padres les hace daños a estos niños.
- 40 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párrafo 142.