

INTRODUCCIÓN

MATRIMONIO, AUTONOMÍA E IGUALDAD

Roberto SABA*

SUMARIO: I. *Autonomía y matrimonio*. II. *Igualdad y matrimonio*. III. *Tribunales, Congreso y sociedad civil*.

El alcance de la regulación del matrimonio ha sido y sigue siendo uno de los temas más controvertidos del derecho civil de las Américas desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días. La determinación de la autoridad competente para celebrarlo y administrarlo —religiosa o civil—, la posibilidad de disolverlo —y de contraer nuevas nupcias— y su extensión a parejas de un mismo sexo han sido los ejes que dominaron el debate jurídico en muchos países de nuestra región, a los que se suman temas relacionados como la adopción por parte de esas parejas o el reconocimiento de vínculos filiales pluriparentales. Una de las primeras conquistas logradas por los estados laicos frente a la autoridad de las Iglesias en varios países de las Américas consistió en desplazar a estas últimas del ejercicio exclusivo y excluyente del poder de regular y administrar el acto matrimonial. En el caso de Argentina, por ejemplo, fue a través de la Ley de Matrimonio de 1888 que el Estado hizo suya esa potestad, que hasta ese momento había estado en manos de la Iglesia Católica. Sin embargo, en el caso particular de este país, aunque no fue el único, a pesar del avance que implicó para su época esta reforma legal, la norma paradójicamente establecía que el vínculo no sería disoluble, tal como lo expresa el Canon 1141 del derecho eclesiástico.¹ Por su parte, la regulación del matrimonio en las Américas ha previsto históricamente —y continúa haciéndolo

* Profesor de Derecho constitucional y de Derechos humanos en las facultades de Derecho de las universidades de Buenos Aires y de Palermo.

¹ Canon 1141: “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte”.

en la mayoría de los países del continente— que éste sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer.² En los últimos años, algunos Estados, como por ejemplo el argentino, han modificado su normativa estableciendo que la unión matrimonial sería entre dos personas, habilitando a contraer matrimonio a parejas de un mismo sexo. En otros casos, como el de México, el debate se ha dado —y ha avanzado— principalmente en los tribunales, siendo incluso la propia Corte Suprema la que se expidiera sobre la constitucionalidad del requisito que impide que dos varones o dos mujeres se unan bajo las normas que rigen el matrimonio civil. En este libro, once agudos expertos con vasta experiencia académica, profesional y judicial analizan diferentes aspectos del debate jurídico y jurisprudencial sobre el matrimonio entre personas de un mismo sexo en México, explorando no sólo distintos argumentos tendientes a demostrar la inconstitucionalidad de las prohibiciones estatales que hacen esa unión imposible, sino también el modo en que los poderes del Estado han respondido a los reclamos de derechos y al rol que ha jugado la sociedad civil en empujar los límites de la interpretación constitucional.

En los últimos años, la prohibición de que dos personas de un mismo sexo contrajeran matrimonio ha sido debatida por los juristas, atacada por los activistas de derechos humanos y desafiada constitucionalmente en los tribunales por aquellos que padecieron —y continúan padeciendo— las consecuencias de esa normativa, por contradecir valores compartidos por todas las Constituciones de las democracias liberales modernas. Como muestran los autores y autoras de los ensayos aquí presentados, son fundamentalmente dos los argumentos que socavan la validez constitucional de aquella prohibición estatal. El primero de ellos gira en torno al principio de autonomía y el segundo se refiere al principio de igualdad. Estos dos valores no son excluyentes. Todo lo contrario. El principio de igualdad supone la autonomía y el de autonomía asume que todos somos igualmente autónomos. Sin embargo, como veremos en este libro, iluminar con intensidad sólo uno de esos valores puede oscurecer y cegar nuestra capacidad de percibir la afectación de la igualdad, sobre todo cuando es comprendida más allá de la exigencia de tratos no arbitrarios.

² No resulta superfluo agregar que la noción del matrimonio como un vínculo entre un hombre y una mujer también se corresponde con el derecho eclesástico, pues según el Canon 1055: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

I. AUTONOMÍA Y MATRIMONIO

Los seres humanos compartimos una cualidad: somos personas morales. Ello implica reconocernos como seres capaces de discernir entre lo moralmente correcto y lo incorrecto, de lo cual se desprende que, entonces, cada individuo es capaz de decidir, en forma autónoma, qué es lo que es mejor para sí mismo. Así, es posible afirmar que toda persona es capaz de diseñar y poner en marcha su propio plan de vida sin que medie interferencia alguna del Estado o de otras personas para concretarlo, siempre que sus decisiones y las acciones que deriven de ellas no afecten la autonomía de terceros, pues todos somos igualmente autónomos. Como afirmaba Kant al referirse al principio de la dignidad humana, nadie puede ser considerado un medio para el logro de los fines de los demás, pues los seres humanos son fines en sí mismos.³ En línea con el pensamiento kantiano, Carlos Nino señala que del principio de autonomía personal se desprende el *principio de inviolabilidad de la persona*,⁴ lo cual implica que, como el principio liberal de autonomía de la persona prescribe que:

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, [entonces] el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de esa persecución.⁵

El reconocimiento del principio de autonomía moral y de su derivado, el principio de autonomía personal, supone que el propio individuo es el único agente capaz de identificar el ideal de excelencia humana y el plan de vida que justifican sus acciones y decisiones autorreferentes. Cualquier intento de imponerle heterónomamente planes de vida supuestamente ideales o considerados mejores —por una autoridad o por la mayoría—, diferentes de los que ese individuo está dispuesto a abrazar, deberá ser considerado una interferencia perfeccionista contraria a la autonomía personal. Si el Estado, que generalmente se expresa a través del mandato de la ley decidida por la mayoría de los miembros de la comunidad autogobernada por medio de sus

³ Immanuel, Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1996.

⁴ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 237-265.

⁵ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

representantes en el gobierno, identifica un ideal de excelencia humana o un plan de vida que considera superior al resto y busca luego imponerlo a la totalidad de los miembros de la sociedad, esas decisiones deberán ser consideradas inconsistentes con el reconocimiento de la autonomía personal. En esta línea se ha pronunciado la Corte Suprema de los Estados Unidos en fallos fundamentales del derecho comparado como *Zablocki vs. Redhail*⁶ y *Bowers vs. Hardwick*.⁷ Las protecciones constitucionales aludidas —y que la Constitución argentina expresa en su artículo 19— consagran un sistema de libertad personal que gira sobre el eje la protección de la autonomía personal que, por tanto, va más allá de la garantía de la mera privacidad.⁸

Varios de los textos de este libro, como los de Geraldina González de la Vega, Laura García Velasco, Karla Quintana y Francisca Pou Giménez, se refieren al argumento de la autonomía, aunque generalmente expresado en el lenguaje del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho es uno de los instrumentos utilizados para impugnar la prohibición de contraer matrimonio a personas de un mismo sexo. El Código Civil de Oaxaca, por ejemplo, que motivó el fallo 152/2013 de la Corte Suprema de México, establece que el fin del matrimonio es la procreación, y es posible asumir que, como consecuencia de ello, impone el requisito de que ambos contrayentes sean de sexos diferentes, pues presupone que sólo ellos podrían estar en condiciones de continuar la especie por razones biológicas. Cuando el Estado establece que el fin del matrimonio es perpetuar la especie, no sólo está suponiendo un hecho falso, como sostiene Quintana, quien además disiente con que ese sea el fin de la institución matrimonial, sino que está adoptando, por medio de una norma general emanada de la autoridad civil, un ideal de vida que se corresponde con el adoptado por algunas creencias religiosas y, en particular, las de aquellos que comulgan con la Iglesia Católica. La protección de la libertad religiosa, prevista en todas las Constituciones liberales sancionadas en el continente a partir del siglo XIX, reconoce que todo individuo debe poder adoptar las creencias que desee e incluso lógicamente actuar de acuerdo con ellas —siempre que no dañe a terceros—, pero de ningún modo implica que aquellos que comparten una determinada fe, por el solo hecho de ser mayoría, puedan extender su propio ideal de vida a todos los miembros de la comunidad por medio de leyes generales que expresen sus creencias particulares. Por otra parte, el

⁶ 434 U.S. 374 (1978).

⁷ 478 U.S. 186 (1986).

⁸ Véase *caso Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean* (fallos 308:2268), decidido por la Corte Suprema de Argentina en 1986, Cons. 15, del voto del juez Enrique Petracchi.

planteo es además inconsistente, pues si la finalidad del matrimonio fuera la procreación, el requisito apropiado que debería desprenderse de ella sería el de que los contrayentes fueran fértiles y que, además, se comprometieran a procrear. Es más, el Estado perfeccionista que aspira a imponer ese ideal de vida de un modo consistente debería anular aquellos matrimonios que, pasado un tiempo prudencial, no hubieran procreado, o impedir las uniones que no asuman el compromiso de procrear. El absurdo de estas propuestas las hace inaceptables incluso para aquellos que suscriben el requisito de la alteridad de sexos de la pareja que contrae matrimonio. No resulta admisible, ni siquiera para muchas personas que profesan la fe católica, asociar esta institución con un proyecto de vida en común que incluya imperativamente la procreación. El derecho liberal no puede asociar el matrimonio con la procreación, así como tampoco suponer que la procreación sólo debería estar permitida dentro del matrimonio, pues ello sería contrario a la autonomía personal, por tratarse de una interferencia estatal de tipo perfeccionista. Existen personas, individualmente o en pareja, que deciden procrear sin haber contraído matrimonio, así como parejas casadas que deciden no procrear. El derecho no proscribe ni a las primeras ni a las segundas. La única forma de comprender que el matrimonio está definido a partir de que su objetivo es la procreación es asociándolo a una creencia religiosa particular, pero de este modo, la regulación que impide a las personas de un mismo sexo contraer matrimonio entre sí es fulminada por la impugnación que, al considerarla perfeccionista, la encuentra contraria al principio de autonomía expresado a través del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un caso más controvertido, pero que es preciso al menos mencionar, es el del requisito de que el matrimonio se celebre entre dos y sólo dos personas. Desde el punto de vista liberal, es posible que ese requerimiento también sea atacado por perfeccionista, pues la decisión de tres o más personas adultas de contraer matrimonio no parece afectar a terceros y debería considerarse también, por lo tanto, perfeccionista. Existe sin embargo, como ha sostenido Stephen Macedo, un argumento igualitario tendiente a impugnar el matrimonio entre más de dos personas y que se relaciona con el impacto negativo que esos matrimonios han tenido sobre la mujer, lo cual se relaciona con una idea de igualdad que presentaré más abajo. El juez Enrique Petracchi de la Corte Suprema de Argentina, en el fallo *Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean*⁹ decidido por este tribunal en el que se declaró inconstitucional la prohibición del divorcio en 1985, se refirió expresamente sobre la posible tensión que surgiría entre la imposición

⁹ *Idem*.

de la monogamia y la protección de la autonomía personal, abriendo una discusión que reaparecería años más tarde cuando en 2010 se sancionara en ese país la reforma a la Ley de Matrimonio que permitiría contraerlo a dos personas del mismo sexo. Sostener que el artículo 19 de la Constitución argentina expresa la protección de la autonomía personal y que, por ello, opera como barrera a la prohibición de disolver el matrimonio y contraer uno nuevo, parecería conducir ineludiblemente a la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y también al rechazo de la imposición de la monogamia. Petracchi, sin embargo, sostuvo *obiter dictum* lo contrario respecto del requisito de que el matrimonio se celebre sólo entre más de dos personas de un modo dogmático, pero este debate complejo quedó sugerido en esa jurisprudencia. El tema es profundamente complicado y excede los límites de este prólogo, pero es preciso decir que existen desarrollos teóricos y estudios sociológicos y antropológicos recientes que aportan evidencia sobre el carácter violatorio del principio de igualdad que podría acarrear la permisión genérica de la poligamia. La mayoría de esos argumentos se relacionan con las implicancias, demostradas empíricamente, respecto de la fuerte relación que existe entre la poligamia y la desigualdad estructural a la que se somete a la mujer, en las sociedades donde ella se permite.¹⁰ Sin embargo, aun cuando esta evidencia sería sumamente relevante para sostener que el matrimonio entre más de dos personas podría afectar el principio de igualdad en algunos casos específicos, es preciso caminar este sendero con cuidado, pues es probable que no esté justificado imponer el requisito de un modo dogmático y genérico.

El matrimonio entre personas de un mismo sexo se corresponde con una acción privada de los contrayentes que no afecta a terceros, y que no impacta, por lo tanto, tampoco sobre la moral pública, en el sentido que a esos términos que dio el juez Jorge Bacqué, también en el caso *Sejean*.¹¹ De un modo similar a lo que sucedía con la prohibición del divorcio vincular en la ley argentina, el impedimento legal para que personas de un mismo sexo contrajeran matrimonio se corresponde exclusivamente con una concepción del matrimonio, adoptada por personas que tienen creencias religiosas específicas que les impiden contraer matrimonio, constituyendo claramente

¹⁰ Sobre el rechazo de la expansión de los argumentos liberales a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, hacia la aceptación de la poligamia, véase Macedo, Stephen, “The Case for Monogamy”, *The Economist*, 9 de julio, 2015; disponible en <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2015/07/marriage-and-civil-rights>.

¹¹ “*Sejean* y la concepción liberal de la sociedad”, en Kemelmajer, Aída *et al.* (dirs.) y Torre, Natalia de la (coord.), *Máximos precedentes. Derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 38-60. Republicado en *Revista Juez*, México, núm. 5, 2016.

una interferencia perfeccionista y contraria al principio de autonomía expresado en el artículo 19 de la Constitución argentina.

El marco teórico ofrecido por la teoría liberal de la autonomía de la persona puede también ofrecer razones para rechazar el trato diferente que la legislación le otorga al matrimonio y al concubinato, y que analiza con precisión quirúrgica Pou en su trabajo incluido en este volumen. La Corte Suprema de México no consideró que esta distinción fuera irrazonable, y por lo tanto no la entendió como contraria al principio de igualdad. Sin embargo, podría interpretarse que el trato diferente que proporciona la norma está fundado en el juicio de que la vida en pareja de dos personas que no se hubieran casado no se correspondería con el ideal de vida que el Estado considera mejor. De esta forma, en este caso, también la regulación estatal del matrimonio, y su distinción respecto de otros tipos de uniones, podría responder a una interferencia perfeccionista contraria al principio de autonomía y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Casos como el del matrimonio entre personas del mismo sexo y el del trato diferente de las personas unidas por fuera de la institución matrimonial presentan situaciones en las que el derecho liberal, que pone en el centro la protección de la autonomía individual, ofrece barreras a las interferencias perfeccionistas de un Estado que busca imponer ideales de vida personal a todos los individuos, muchas veces sobre la base de creencias religiosas particulares que aspiran a ser convertidas en leyes generales.

II. IGUALDAD Y MATRIMONIO

El principio de igualdad constitucional puede ser entendido de dos modos diferentes —aunque no necesariamente contradictorios— y la prohibición del matrimonio entre personas de un mismo sexo entraría en conflicto con ambos. Me refiero a las nociones de igualdad como trato no-arbitrario y como no-subordinación de grupos. Durante más de un siglo de desarrollo constitucional, legislativo y jurisprudencial en el derecho comparado, la igualdad ante la ley fue comprendida desde la perspectiva de la no discriminación, o, en otras palabras, de la igualdad comprendida como trato no arbitrario. De acuerdo con esta concepción de la igualdad constitucional, el Estado está habilitado a hacer distinciones entre las personas para brindarles un trato diferente, siempre que lo haga sobre la base de criterios, requisitos o condiciones razonables. La noción de razonabilidad que se ha manejado de un modo uniforme en el derecho comparado supone que esos requisitos o criterios deben guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado de la regulación.

Por ejemplo, si el Estado quiere llevar adelante una política de seguridad vial tendiente a reducir la cantidad y gravedad de los accidentes provocados por el uso de vehículos motorizados, distinguirá entre aquellas personas que son capaces de conducir de modo que no pongan en riesgo la vida o la salud de otras personas de aquellas que no poseen esa capacidad. Algunos individuos, entonces, recibirán del Estado licencias de conducir, mientras que a otros les serán negadas. Por el contrario, no sería razonable que el criterio para obtener la licencia fuera el sexo, pues éste no guarda ninguna relación con el fin buscado de reducir la tasa de accidentes de tránsito, por lo que ese requisito sería impugnabile desde el punto de vista de la igualdad entendida como trato no arbitrario. El requisito que impide a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, al ser evaluado a la luz del principio de igualdad, entendido como no discriminación, deberá analizar la razonabilidad de la distinción en el trato respecto de aquel que el Estado le brinda a las parejas conformadas por dos personas de sexo diferente. Este examen, como vimos con el caso de las licencias, no puede llevarse a cabo sin primero determinar el fin que busca el Estado al regular la institución matrimonial, y es por ello que resulta tan relevante la discusión presentada en el parágrafo anterior sobre el principio de autonomía. La única forma, aunque imperfecta por las razones que expuse más arriba, de sostener que media una relación de funcionalidad entre el requisito de que los contrayentes sean un hombre y una mujer y la finalidad del matrimonio, es asumir que el fin de la institución creada legalmente es la procreación, y suponer que este tipo de parejas son las únicas capaces de perpetuar la especie. Sin embargo, si ese fin resulta impugnado por constituir una interferencia estatal perfeccionista que busca imponer desde el Estado un plan de vida ideal asociado con una creencia religiosa en particular, entonces, a pesar de que es posible que el requisito impuesto para contraer matrimonio sea funcional al fin buscado por la regulación —reconocer sólo como legales las parejas capaces de procrear—, lo es respecto de una finalidad prohibida porque al ser perfeccionista viola la autonomía personal. En otras palabras, la igualdad entendida como trato no arbitrario requiere que el trato diferente supere dos test: por un lado, que el fin buscado por la regulación estatal sea legítimo o constitucional —que en este caso significa que sea respetuoso de la autonomía— y que los requisitos impuestos sean funcionales con ese fin. La regulación estatal será violatoria de la igualdad cuando los requisitos sean irrazonables —no funcionales con el fin de la política pública— o siendo funcionales al fin de la política, es este fin el que resulta constitucionalmente inadmisibile, que es lo que sucede en el caso de la regulación del matrimonio que impide que la pareja se componga de personas de un mismo sexo.

Otro aspecto importante de esta noción de igualdad como trato no arbitrario es su inevitable relación con el necesario recurso a las generalizaciones y los requisitos que éstas deben poseer para no ser atacadas por contrarias a la igualdad. Cuando el Estado hace distinciones entre las personas, incluso cuando se encuentren justificadas en cuanto a su razonabilidad, ellas se construyen sobre la base de generalizaciones. Las políticas públicas implementadas por el Estado son siempre de alcance universal, y por lo tanto, apuntan a regular el comportamiento de millones de personas. De este modo, las generalizaciones son inevitables, pero ello no autoriza al Estado a establecerlas de cualquier modo. Por ejemplo, en el caso de las licencias de conducir, el Estado asume que todas las personas que aprueban los exámenes de manejo son idóneas, mientras que las que los reprueban no lo son. También supone que todas las personas tienen las mismas condiciones para rendir y aprobar esos exámenes, y que éstos son los apropiados para detectar la cualidad buscada: idoneidad para conducir vehículos. Sin embargo, estas generalizaciones, necesarias para llevar adelante cualquier política pública, pueden ser problemáticas, y es sobre este punto que se detiene el trabajo de Federico José Arena. Este autor nos ofrece un minucioso análisis sobre la relación entre los estereotipos y las generalizaciones que el Estado hace en base a aquéllos, tales como la que afirmar que “las parejas homosexuales no son idóneas para adoptar”, lo cual estaría constitucionalmente prohibido por la imposibilidad de comprobar empíricamente lo que allí se presume. En consecuencia, por ejemplo, la Corte Suprema mexicana se ha inclinado por realizar una averiguación individual acerca de la idoneidad de cada adoptante, lo cual evitaría el trato arbitrario del Estado.

Cuando el Estado establece un requisito para que la persona reciba un determinado trato, no busca en realidad que la persona cumpla con él, sino que lo que se persigue es determinar que el individuo posee la cualidad que el Estado busca y para lo cual recurre a un requisito, y espera que las personas se ajusten a él con la expectativa de que a través de su aplicación se logre identificar a las personas que posean la cualidad buscada. En otras palabras, el requisito exigido es un *proxy* que le permite a la administración ser capaz de encontrar lo que realmente busca: la cualidad o condición del individuo necesario para recibir el trato en cuestión. Si volvemos al ejemplo de la licencia de conducir, el Estado en verdad no tiene interés en saber quiénes son los individuos capaces de aprobar el examen de manejo, sino quiénes son las personas capaces de conducir un vehículo sin poner en riesgo la salud o la vida de otras personas o su propiedad, para lo cual recurre al examen de manejo. Del mismo modo, cuando un profesor toma

un examen en un curso, no aspira a saber quiénes son los alumnos que son capaces de aprobar el examen. Lo que realmente desea saber por medio de la evaluación que impone es quiénes son los alumnos que han incorporado los conocimientos de la materia a su cargo. Esta distinción entre el requisito —como indicador de la cualidad o condición personal buscada— y la cualidad en sí, es muy relevante pues nos conduce a la compleja cuestión del *ajuste* entre uno y otra. Un examen excesivamente exigente permitirá al Estado encontrar a *algunas* las personas idóneas para conducir vehículos en la vía pública, pero le impedirá identificar a todas ellas o a la mayoría de ellas. Un examen extremadamente sencillo habilitará al Estado a otorgar licencias de conducir a un conjunto de personas posiblemente mucho mayor que el compuesto por las personas idóneas. En ambas situaciones habrá desajustes entre el indicador y la cualidad buscada. La mala noticia para quienes aspiren a un perfecto ajuste entre ambos es que cuando trabajamos con políticas públicas, que por definición son generales, siempre estaremos expuestos a algún grado de desajuste. Sin embargo, si bien debemos estar preparados para convivir con esa situación, algunas generalizaciones resultarán inadmisibles, dado que la falta de relación entre el indicador y la cualidad buscada es extrema. Muchas veces los mismos prejuicios y estereotipos en los que se fundan esas generalizaciones y a los que se refiere Arena en su trabajo, conducen a niveles de desajuste tan inaceptables que hacen que la distinción sea contraria a la igualdad, y esto es lo que sucede cuando se asume que el trato diferente, por ejemplo en el caso de la adopción, se funda en el “hecho” de que las parejas de personas de un mismo sexo no están capacitadas para criar a un niño. Es por ello que algunos tribunales han recurrido a la excepcional inversión de la carga probatoria y argumentativa, por medio de la figura del denominado escrutinio estricto, según el cual cuando la distinción en el trato se apoya en una categoría altamente desajustada, se debe presumir la inconstitucionalidad del trato estatal recayendo en el Estado la demostración de la existencia de razones imperiosas para recurrir a esas categorías en principio inaceptables. Algunos autores, como también se discute en este volumen, equiparan este tipo de situaciones a la existencia de las denominadas categorías sospechosas.

Esta noción de la igualdad como trato no arbitrario ha sido objeto de críticas en las últimas tres décadas desde algunos sectores de la academia por no capturar situaciones de desigualdad provocadas u originadas en prácticas o normas, estatales o privadas, incluso cuando mediaran tratos no arbitrarios por parte del Estado o de los individuos. También existe jurisprudencia en el derecho comparado, tanto de tribunales nacionales como internacionales, que se ha hecho eco de esta problemática. La igualdad en-

tendida como trato no arbitrario hace foco en la razonabilidad de los criterios que justifican los tratos diferentes, pero es posible que aún sin que medie irrazonabilidad alguna de los requisitos impuestos, los tratos no arbitrarios pueden generar *efectos* sobre algunos individuos que podrían ser considerados inadmisibles desde el punto de vista del compromiso con la igualdad constitucional. Por ejemplo, la legislación existente en todos los países de América Latina no impone ningún obstáculo normativo al acceso de las mujeres a los parlamentos o a las personas con discapacidad al empleo público, sin embargo, resulta evidente que en más de un siglo de historia democrática en la región, las mujeres han sido siempre una marginal minoría en los poderes legislativos de nuestros países, y que casi no es posible encontrar personas con discapacidad entre los empleados públicos de las administraciones de América Latina. En estos ejemplos, como en tantos otros, los requisitos impuestos por la ley no son irrazonables —generalmente se refieren a la idoneidad para realizar la tarea—, pero la combinación de una enorme cantidad de prácticas y decisiones de cientos de miles de individuos produce el efecto de que los miembros de estos grupos sean sistemática, perpetua y estructuralmente excluidos de ámbitos sumamente relevantes de la vida en sociedad, privándolos de desarrollar sus planes de vida en forma autónoma. Estas prácticas sociales, que involucran al Estado pero también a los particulares, contribuyen a la generación de una estructura social que algunos han asociado al sistema de castas, pues no importa qué haga el individuo afectado ni cuánto se esfuerce por modificar su situación, ésta no se modificará a menos que la estructura de castas sea desmantelada. En el ámbito del derecho comparado es interesante mencionar en este punto la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y fundamentalmente el voto del juez William Brennan, en el *caso Plyler vs. Doe*¹² decidido en 1982. La decisión se relaciona con una ley del Estado de Texas que prohibía a los hijos de los inmigrantes que habían ingresado ilegalmente al país asistir a las escuelas públicas. Esta norma, como resulta evidente, colocaba a esos niños en una situación de desventaja que, con el tiempo, se convertiría en estructural. El trato que recibían era la consecuencia de una causa que no habían provocado —el ingreso ilegal de sus padres a los Estados Unidos— y no había nada que pudieran hacer para salir de esa situación. Además, privar a esos niños de la educación escolar, implicaba condenarlos a ellos y a sus descendientes a una situación de desventaja perpetua completamente fuera de su control. En las propias palabras de Brennan:

¹² 457 U.S. 202.

La más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas por el frustrado establecimiento de una barrera efectiva contra el empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ [*shadow population*] de inmigrantes ilegales —que llega a sumar millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación agita el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como mano de obra barata, pero negándoles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado [*underclass*] representa uno de sus problemas más complejos para una nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley.¹³

Los demandantes en este caso no eran los “padres ilegales”, sino los niños y niñas que, con la nueva ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. En este sentido, Brennan define con mayor precisión a este grupo peculiar de “marginados” cuando, citando el caso *Trimble c. Gordon*, de 1977,¹⁴ sostiene que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, como tampoco en su propio estatus. [Además,] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las más elementales concepciones de justicia”.¹⁵

El texto de Roberto Niembro Ortega incluido en este volumen sobre los enfoques que denomina de liberalismo no-comparativo e igualitarismo comparativo apunta a esta distinción entre las dos ideas de igualdad y los déficits de la primera respecto de la segunda, regresando sobre la relación entre una concepción de la igualdad demasiado ligado a la noción de libertad —entendida desde la perspectiva del pensamiento liberal clásico— y una concepción de igualdad que se tome en serio los efectos de los tratos aparentemente no arbitrarios pero contrarios a la igualdad. Para este autor, mientras el enfoque liberal-no comparativo entiende que lo censurable de los tratos discriminatorios reside en el cercenamiento de la libertad, el enfoque igualitario-comparativo que propone estima que el problema de la discriminación se encuentra en no tratar a las personas como iguales. Para Niembro, incluso cuando la Corte pudiera llegar a resultados equivalentes recurriendo a una u otra noción de igualdad, las razones y los discursos justificatorios para arribar a esa solución son trascendentes, pues al no dar

¹³ El destacado es agregado.

¹⁴ 430 U.S. 762, 770.

¹⁵ El destacado es agregado.

cuenta en ellos de la situación de subordinación y pretendiendo resolver el problema sólo desde el punto de vista que este autor denomina liberal no-comparativo, la Suprema Corte legítima y reproduce el *statu quo* que afecta estructuralmente a las parejas de homosexuales, concibiéndolas como relaciones desviadas, sin que ello contribuya a erradicar la distinción entre ellos y nosotros o, peor aún, contribuyendo a perpetuar esa distinción que coloca en peor situación a uno de los grupos. Aunque la Corte declare inconstitucional la prohibición de que parejas de un mismo sexo contraigan matrimonio, hacerlo sobre la base de un argumento que impugna el mero trato arbitrario —o liberal no-comparativo— no sería aceptable porque esa declaración no da cuenta e incluso contribuye a perpetuar la situación de desventaja estructural de las personas homosexuales en la sociedad mexicana. Para Niembro, el discurso importa porque es parte del reconocimiento de la identidad de las personas alcanzadas por el trato desigual estructural o por la denominada discriminación indirecta.

Esta incomodidad con el discurso estrictamente ligado a la igualdad como trato no arbitrario ha impactado también en el concepto de categorías sospechosas. Si lo que convierte a una categoría en sospechosa es sólo su irrazonabilidad, entonces el listado de esos criterios en principio prohibidos se extendería más allá de la raza, el sexo, la religión o la creencia religiosa, alcanzando a categorías irrazonables tales como la altura, el color de pelo, de ojos o el peinado de una persona. La noción de igualdad como trato no arbitrario soslaya y oculta el dato de que existen grupos en situación de desventaja estructural. Quizá sea esta la razón por la que Pou advierte sobre el riesgo de “abaratamiento” del escrutinio estricto y la necesidad de que el juzgador se detenga en el contexto social y cultural, observando las situaciones pasadas, presentes y futuras que afectan a esos grupos en situación de desventaja sistémica. La categoría sospechosa, entonces, no es sólo irrazonable, sino que su utilización estaría vinculada a la justificación de un trato que afecta particularmente a un grupo específico que es víctima de discriminación estructural. Lo que hace sospechoso al sexo como categoría no es su irrazonabilidad para cualquier trato —alcance simétrico tanto respecto de hombres como de mujeres— sino su uso para perpetuar la situación de subordinación de las mujeres.

Otro tema relacionado con la noción de igualdad como subordinación y que ocupa a varios autores de este volumen, como a Arena y a Alterio, es el de la afectación por estigmatización a partir de la existencia misma de una norma que supone el carácter diferente e inferior de un grupo de personas como es el caso de los individuos homosexuales a los que se les impide contraer matrimonio o adoptar niños. De este modo, la prohibición no

sólo afecta a las personas homosexuales que desean casarse o adoptar, sino a todas las personas de ese grupo, porque aun cuando no deseen contraer matrimonio o adoptar, ellas están siendo estigmatizadas contribuyendo a perpetuar su situación de desventaja estructural. Es por ello que resulta tan relevante desarrollar una teoría del grupo afectado para completar la noción de desigualdad estructural. En esta empresa parece embarcarse Niembro, para quien estos grupos se definen por su situación de subordinación provocada por un “trato sistemático menos favorable” y que “se debe a que no tienen derecho al voto, tienen dificultades para organizarse, la existencia de prejuicios o por alguna otra causa que les impide hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, etc. o combatir los prejuicios”, por lo que entiende que las personas homosexuales constituyen una “minoría social afectada por los prejuicios que existen sobre su incapacidad para tener parejas estables o para criar hijos en un ambiente sano”.

A partir de esta noción de igualdad como contraria a la cristalización de una estructura social de castas, surgen responsabilidades estatales respecto del compromiso con la igualdad constitucional que van más allá del compromiso con la razonabilidad y el trato no arbitrario. Frente a la existencia de situaciones de desigualdad estructural como la de los niños del *caso Plyler*, el Estado pasa a tener la responsabilidad de dismantelar todas aquellas condiciones que generan la situación de desventaja de los miembros del grupo subordinado. Así lo ha sostenido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso González vs. México (campo algodoner)* en el que el tribunal entendió que los asesinatos en masa de mujeres en Ciudad Juárez no deben ser percibidos como una agregación de homicidios individuales, sino como la expresión de un fenómeno de violencia estructural dirigido hacia las mujeres como grupo, motivando la responsabilidad del Estado por violación de la igualdad ante la ley. Es esta visión de la igualdad, la que José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta, en su trabajo en este libro, consideran que la Corte Suprema de México pudo haber desarrollado con mejor precisión en la jurisprudencia que analizan, perdiendo una oportunidad preciada por ellos. Para estos autores las sentencias de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México que derivaron en el *caso 43/2015* que incluye el examen de legislaciones civiles correspondientes a los estados de Oaxaca, Baja California, Sonora, Colima y Estado de México, pese a que delinean una doctrina que consideran positiva para la protección de la garantía de los derechos de las personas homosexuales, ella no ha contribuido a sentar las bases de una teoría sólida acerca del principio de igualdad ante la ley que permita operar sobre las causas que han contri-

buido a generar la situación de desventaja estructural que afecta a grupos importantes de la población. Estos autores le reclaman a la Corte —y a mi juicio con razón— que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las sentencias referidas, pese a acertar respecto de las causas estructurales, colocan a las personas homosexuales en situación de desventaja para acceder al matrimonio, lo hacen recurriendo a una perspectiva que ellos llaman liberal —aunque no estoy seguro que éste sea el calificativo correcto— que no alcanza para desarrollar una teoría robusta de igualdad “que le hubiera permitido expandir aún más el alcance de las herramientas derivadas de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo”. En coincidencia con Niembro, estos autores afirman que:

el problema de raíz es que las personas homosexuales no se encuentran consideradas como sujetos políticos relevantes dentro del escenario jurídico, y por tanto su acceso a figuras jurídicas como el matrimonio se ve sumamente limitado, si no es que aniquilado. En términos políticos, el problema está en que las personas homosexuales no fueron incluidas en el *consensus universalis*, es decir, no existía —ni existe— nada en la legislación civil, o en la intención de quienes la redactaron, de incluir y reconocer a la comunidad homosexual y a las personas que la conforman.

En suma, para Ochoa y Huerta la regulación del matrimonio es sólo un emergente más de una acumulación de factores que dan cuenta de una situación de desigualdad estructural del grupo conformado por las personas homosexuales. Ésta es también la noción de igualdad que subyace al estándar de *daño expresivo* que de un modo innovador presenta esa misma Suprema Corte en el *caso 152/2013*, y que David García Sarubbi y Karla Quintana Osuna defienden con sofisticación en el capítulo de este libro que lleva sus firmas. Como argumentan Arena, y como sostiene también Alterio, la ley “educa” y el derecho posee una función expresiva, por lo que la mera existencia de la norma como la sometida a juicio en este caso constituye una contribución del Estado a la perpetuación de la situación de desventaja estructural. En palabras de Alex Alí Méndez Díaz:

es importante recordar que la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación, mediante la regulación de la conducta de terceros, sí les genera un daño derivado de la estigmatización y la consecuente discriminación.

Lo anterior significa que una ley que en principio pudiera parecer neutra, podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia. Este autor continúa enfocando en otro aspecto sumamente relevante de la noción de igualdad como no subordinación, y que es el de la irrelevancia de que medie intención de afectar los derechos del grupo subordinado en cuestión. La afectación no se produce como consecuencia de la intención de discriminar, sino que es el efecto de una serie de prácticas estatales, y de los particulares que producen la situación de desventaja. En sus propias palabras.

el significado social que es transmitido por la norma no depende de las intenciones del autor de la norma, sino que es función del contexto social que le asigna ese significado. Por tanto, es irrelevante si se demuestra que no fue intención del legislador discriminar a un grupo vulnerable, sino que es suficiente que ese significado sea perceptible socialmente. Así pues, lo relevante de un acto de autoridad (por acción u omisión) es determinar si el acto es discriminatorio y no si hubo o no intención de discriminar por parte de la autoridad.

El fenómeno de la desigualdad estructural que afecta a las personas por su pertenencia a grupos en situación de desventaja perpetua y sistemática es contradictorio con el compromiso que nuestras Constituciones han asumido en materia de igualdad y, por lo tanto, exige acciones estatales de diferente tipo para que ese compromiso sea honrado. Por ejemplo, el Estado deberá implementar acciones y políticas tendientes a dismantelar aquellas condiciones que colocan al grupo en situación de desventaja, incluso por medio de tratos preferentes que aquellos que sólo vean a la igualdad desde la perspectiva de la no arbitrariedad impugnarán por contrarios a la igualdad. Pero las acciones estatales requeridas no se agotarían allí. Siguiendo la línea del argumento de Sarubbi y Quintana, como así también el de Arena, el legislador deberá abstenerse de contribuir con estereotipos legislativos a perpetuar la imagen de grupo subordinado, lo que conduce al debate de los remedios y las reparaciones requeridos por la noción de igualdad como no subordinación.

III. TRIBUNALES, CONGRESO Y SOCIEDAD CIVIL

La problemática de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo ha vuelto a encender, tal como sucedió y sucede con la despenalización del aborto o con las políticas de acción afirmativa, por ejemplo, el debate en torno a cuál es el mejor modo de lograr la instalación de las normas requeri-

das. En algunos casos, como acaeció con la cuestión de la constitucionalidad de la penalización del aborto en los Estados Unidos, fue la Corte Suprema la que por medio de su decisión en *Roe vs. Wade* impuso a las mayorías contrarias a la despenalización una decisión que es resistida hasta el día de hoy, pero que impuso un límite a la voluntad democrática de un pueblo adverso a reconocer el control que la mujer tiene derecho de ejercer sobre su propio cuerpo. En otros, como en el caso de España, fue el Parlamento el que puso fin a la discusión por medio de una ley general aprobada por mayoría y legitimada democráticamente, lo cual provocó mucha menos resistencia. Es en torno a este debate acerca del mejor modo de tomar la decisión correcta que giran los planteos desarrollados en los capítulos escritos por Micaela Alterio, Alex Ali Méndez Díaz y Geraldina González de la Vega y Roberto Niembro. Estos cuatro trabajos ponen la cuestión del matrimonio entre personas de un mismo sexo en clave del debate teórico sobre control de constitucionalidad y las divergencias que surgen de los extremos de esa discusión. La facultad de los jueces de invalidar las decisiones mayoritarias del pueblo y de sus representantes ha sido en las últimas décadas probablemente el tema central de la teoría constitucional. Defensores y detractores del control judicial de constitucionalidad se han enfrentado y desarrollado doctrinas igualmente sofisticadas a favor y en contra de esa atribución judicial. Así, la cuestión de la regulación del matrimonio es también el vehículo que reintroduce tanto en el debate público como en el más técnico de la academia jurídica diferentes aspectos relacionados con la interpretación constitucional: quién debe poseer la última palabra en materia interpretativa, cuál es la legitimidad del poder judicial para llevarla a cabo, por qué no dejarla en manos del Parlamento, y cuál es el lugar que le corresponde a la sociedad civil en el proceso de asignarle significado a la Constitución. La decisión de la Corte Suprema de México impugnando por inconstitucional el requerimiento de que el matrimonio se debe celebrar sólo entre un hombre y una mujer abre esta discusión en este caso particular, y los autores mencionados iluminan ese debate. Algunos de ellos, como Alterio y Niembro, ahondan en la problemática política y de teoría constitucional en torno a la disputa interpretativa respecto de la noción de igualdad y el vínculo entre ésta y la obligación estatal de dismantelar de situaciones de subordinación. En palabras de este último autor:

las leyes cumplen una función simbólica y expresiva muy poderosa de la cultura dominante y son objeto de disputas culturales. Así, cuando se impugna una ley que conlleva este tipo de mensajes estigmatizantes, las cortes están obligadas a reconocer esta vertiente del reclamo. En efecto, cuando una corte suprema se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a

un individuo o grupo con base en un prejuicio que reproduce, no sólo toma una decisión legal de compatibilidad o no de la ley con la Constitución, sino que puede tomar partido en la disputa cultural, y defender nuevos significados que combaten la subordinación. Incluso, puede ser un motor de cambio y de inclusión.

Otro aspecto importante del reconocimiento de la existencia de situaciones de desigualdad estructural que afecta a ciertos grupos se vincula con los necesarios ajustes que deberán llevarse a cabo para acomodar el derecho procesal, el trámite ante los jueces, el diseño de las sentencias y el alcance de los remedios judiciales, de modo que los reclamos referidos a situaciones de desventajas estructurales puedan efectivamente realizarse. Por ejemplo, es preciso ampliar la noción de legitimación activa más allá de la estrictamente individual del individuo afectado para empoderar a la sociedad civil y abrirle el camino a un activismo cívico ejercido en los tribunales. Así se sugiere en este libro, cuando se analiza el hecho de que la existencia de la propia ley que impide el matrimonio entre personas de un mismo sexo o que les prohíbe adoptar contribuye a la estigmatización del grupo afectado produciéndole un perjuicio no sólo a las personas que, deseando hacerlo, no pueden contraer matrimonio o adoptar niños, sino también a todos los miembros del grupo al que se le niegan esos derechos. Sobre esta relación entre una tesis de igualdad robusta y el derecho procesal se manifiestan Quintana y Sarubbi, por lo que hacen referencia a los precedentes que en esta línea han sido decididos por la Corte Constitucional sudafricana en materia de legitimación activa (*standing*) que ha sostenido que, en ciertos casos:

no es necesario que quien esté siendo afectado o que pueda ser afectado por una ley tenga que ponerse en el supuesto prohibido por la norma —tener un acto de aplicación concreto— para tener legitimidad procesal ante los tribunales nacionales. Al respecto, dicha Corte ha destacado que no puede someterse a una persona ya afectada por la existencia de una legislación a la indignidad de serle negado el acceso a la justicia para que se pueda cuestionar la validez de la legislación.

Alterio refuerza esta línea de razonamiento al afirmar que “la nueva concepción del interés legítimo entiende que la discriminación que conlleva una ley que excluye a las personas del mismo sexo del acceso al régimen matrimonial no sólo se da por la exclusión jurídica y material que implica, sino por el mensaje que acompaña esa exclusión. Mensaje que la Primera Sala considera puede combatir a través de sus sentencias”.

Continuando con los efectos procesales y de diseño institucional derivados de la visión de la igualdad que defiende la mayoría de los autores incluidos en ese volumen; respecto de las reparaciones, Quintana y Sarubbi sostienen que debe superarse el alcance limitado que el amparo mexicano le reconoce a las reparaciones. Si bien esta figura procesal ha buscado históricamente restituir al peticionario al estado en que se encontraba antes de la violación alegada, generando en consecuencia la idea de que la protección otorgada debía limitarse a quien interpuso el recurso y no tener efectos *erga omnes*, ello no debería ser así en los casos en los que el amparo se interpone contra una ley.

A modo de conclusión, es preciso decir que el libro que el lector está a punto de leer es un texto valiente, minucioso, profundo y vanguardista, que nos enfrenta a uno de los temas más complejos y urgentes del derecho contemporáneo. El volumen recorre los nudos más importantes referidos a la relación entre la regulación del matrimonio y los principios constitucionales de autonomía e igualdad, desafiando los entendimientos más asentados y aceptados por la doctrina y el derecho comparado. Todos los autores, cuyos trabajos se entrelazan conformando una compleja trama de argumentos muchas veces consistentes y otras en tensión, nos colocan con sus escritos en el seno de una disputa interpretativa cuya conclusión puede perpetuar desigualdades o contribuir a erradicarlas. Bienvenidas estas ideas y el coraje de plantearlas.