

## EL DERECHO ¿FUNDAMENTAL? A LA DIVERSIDAD SEXUAL

León Phelipe RAMÍREZ GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos humanos y derechos fundamentales*. III. *¿Qué es la diversidad sexual?* IV. *La visión católica de la identidad genérica*. V. *¿Existe el derecho fundamental a la diversidad sexual?* VI. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

La discriminación como política de Estado —en forma vedada, por supuesto— ha sido uno de los retos más importantes para la puesta en práctica del constitucionalismo. La discriminación consiste, básicamente, en una acción violatoria de derechos fundamentales basada en distinciones, fácticas y legales, entre los grupos humanos que conforman una sociedad de acuerdo con criterios políticos, ideológicos, raciales, etcétera, que por sí mismos no alcanzan a justificar racional y objetivamente dicha práctica.

La discriminación ha recorrido numerosos estadios en la historia: desde la división del trabajo entre clases socioeconómicas hasta la prohibición del sufragio a la mujer. Es un hecho que la superación objetiva de estas prácticas pasa, necesariamente, por el grado de avance que experimenta el sistema de producción donde se lleva a cabo la discriminación. Lo realmente importante es reconocer que al menos en el Estado constitucional, discurso técnico jurídico —diría Óscar Correas— del capitalismo contemporáneo, se pondera en enorme medida la puesta en práctica de los derechos fundamentales clásicos o de primera generación oponibles al Estado.

El Estado debe ser capaz de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de primera generación si es que pretende gozar de la denominación constitucionalista y, por lo tanto, ser capaz de ejecutar una de sus más celosas máximas —como indicara Ferrajoli—: no decidir acerca de lo

no-decidible. En otras palabras: no perturbar los derechos subjetivos públicos de los gobernados a través de decisiones que afecten al núcleo constitucional del Estado.

Las prácticas discriminatorias institucionalizadas son justamente la intromisión directa al coto vedado de la Constitución política. A través de ella se decide algo no-decidible, esto es, el Estado adopta conductas que violentan el derecho fundamental de la igualdad ante la ley y consecuentemente produce actos que el acuerdo político de la sociedad le prohibió expresamente. No debe olvidarse que el Estado actúa no únicamente a través del Poder Ejecutivo, sino también del Legislativo y Judicial; así las cosas, la violación al derecho fundamental de igualdad jurídica es susceptible de producirse por conductas administrativas respecto de hechos concretos, mediante la legislación que efectúe, o bien, por el Poder Judicial durante la aplicación e interpretación de las normas.

En este trabajo analizaré una forma de discriminación que por sus peculiaridades no es abordada comúnmente o su tratamiento suele hacerse con cierto recelo. Me refiero a la discriminación basada en la preferencia sexual del gobernado. Para tal efecto analizaré los casos que al respecto se han dado a escala internacional y su interpretación jurisdiccional, así como el caso nacional, particularmente el queretano.

## II. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Quisiera iniciar esta ponencia señalando que los signos de interrogación que presento en el título de esta ponencia no son gratuitos. En la teoría constitucional de los derechos humanos existe una diferencia entre derechos fundamentales y los derechos humanos en estricto sentido.

De acuerdo con un positivismo de corte ético, un derecho humano es aquella potestad que los seres humanos gozamos por el solo hecho de serlos, siempre y cuando tal potestad se encuentre contenida en cualquiera de los sistemas normativos no jurídicos que socialmente han sido creados a través de la historia, es decir, la moral o la religión por citar algunos ejemplos. Ahora bien, un derecho fundamental es cosa distinta por un detalle clave: sin importar dónde surge su contenido concreto o inspiración básica, el Estado constitucional ha decidido *juridizarlo*, esto es, incorporarlo de manera legal y reglamentada dentro del *corpus* jurídico del Estado

—particularmente la Constitución—, adoptándolo de manera definitiva como principio o regla jurídica en el ámbito constitucional.<sup>1</sup>

¿Por qué es importante hacer el señalamiento precedente? Porque no debe caber duda de dónde provienen los derechos humanos que luego se transforman en fundamentales.

En lo particular me queda muy claro que los sistemas normativos no jurídicos son muy diversos y extremadamente ricos y, en consecuencia, no gozan de uniformidad puesto que no existe una moral totalizadora de la conducta de los seres humanos que viven en sociedad y que la ética, reflexión filosófica de la propia moral, imbuye al comportamiento matices insospechados.<sup>2</sup>

Nuestro sistema jurídico continental, producto romano-canónico, abrevó desde su cuna la información que el derecho posclásico romano le impuso junto a las reglas morales cristianas (luego católicas). Ese es precisamente el origen de nuestro *derecho civil*.

El intento de despojarlo de su origen, presentándolo como un sistema jurídico científico ajeno a la realidad en la que se aplica, no es sino una pretensión —que espero fútil— de olvidar que la realidad es la que crea el sistema normativo. Mucho de ese intento se recoge en el positivismo ideológico.

Por lo anteriormente dicho, es menester aceptar que las normas no jurídicas, al ganar espacio en la sociedad, van creando nuevos patrones de conducta que el derecho debe tutelar a través de los cuerpos políticos dirigentes del Estado, particularmente el Legislativo.

<sup>1</sup> De perfecta utilidad también es la noción de Ferrajoli y su noción dogmática de derechos humanos: los derechos humanos o fundamentales son aquellos derechos subjetivos —expectativas positivas o negativas— que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* —idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas— de personas, ciudadanos con capacidad de obrar, y que en el Estado constitucional se señalan los límites estatales dentro de los cuales puede o no decidir al respecto de ciertas temas, aun para los cuales a las mayorías democráticas les está vedado intervenir (cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999).

<sup>2</sup> “A lo largo de la historia existen tanto teorías morales como prácticas morales, de manera que la diferencia entre ética y moral no es la misma que existe entre teoría y práctica. La teoría moral se caracteriza por la pretensión de justificar una serie de dogmas que, como tales, son considerados incuestionables”, Rivero Weber, Paulina, “Apología de la inmoralidad”, *Este País*, México, agosto de 2004, núm. 161, p. 46.

Una vez que el cuerpo deliberativo reconoce la existencia, necesidad y urgencia de adoptar un nuevo derecho humano en el ámbito constitucional, entonces estamos ante la génesis de un derecho fundamental.

### III. ¿QUÉ ES LA DIVERSIDAD SEXUAL?

Cuando se entra al campo de la sexualidad humana el terreno es difícil y espinoso. Por tratarse de algo tan íntimo las posiciones al respecto se vuelven tremendamente intolerantes, dogmáticas.

Es justamente aquí donde tres sistemas normativos no jurídicos entran en serio conflicto: la religión y la moral católica chocan de frente con la moral liberal que clama el reconocimiento a otras expresiones de la sexualidad.

La diversidad sexual supone, en principio, el reconocimiento a la identidad genérica.<sup>3</sup>

Ésta es concebida como el rol sexual que desempeña el sujeto en sociedad y que puede corresponder o no a la identidad genital del sujeto. Así, los órganos sexuales no corresponden inevitablemente al papel masculino o femenino que la persona desempeña en la sociedad; alguien cuya identidad genital corresponda a un hombre puede jugar un rol eminentemente femenino en su comportamiento social y es justamente ese indicador, el papel que juega, la identidad genérica que posee. En tal sentido, se admiten identidades genéricas divergentes a la heterosexualidad, tales como la homosexualidad (atracción sexual por miembros del mismo sexo), el bisexualismo (atracción sexual por miembros de ambos sexos) y el transgénero (transformación quirúrgica de un sexo al otro).

Reconocer la identidad genérica que poseemos es el primer paso para entender la diversidad. Así, no existe un comportamiento genuinamente masculino o femenino, es decir, no es posible establecer a ciencia cierta qué actos, sentimientos o comportamientos corresponden en exclusiva a uno y otro sexo. Por lo tanto, la identidad genérica es un fenómeno social vinculado con la identidad genital por medio del cual identificamos o, mejor dicho, asignamos, el papel que desempeñan los sujetos en sociedad de acuerdo con su sexo.

<sup>3</sup> *Diccionario visual del sexo*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1977, p. 46. También la diversidad sexual supone la práctica de otras expresiones de la sexualidad tales como la masturbación, la pornografía, etcétera. En este caso únicamente consideraremos diversidad sexual a la identidad genérica distinta a la heterosexual.

La definición anterior obliga a la pregunta: ¿quién define qué papel se juega por lo masculino y lo femenino en la sociedad? Y más precisamente ¿qué dice la moral cristiana al respecto?

#### IV. LA VISIÓN CATÓLICA DE LA IDENTIDAD GENÉRICA

El documento básico de la opinión del catolicismo respecto a la diversidad sexual es el Catecismo de la Iglesia, documento explicativo de los diez mandamientos. De acuerdo con el sexto de ellos (no comerás adulterio) afirma la dignidad de la unión entre hombre y mujer:

2335. Cada uno de los dos sexos es, con una dignidad igual, aunque de manera distinta, imagen del poder y de la ternura de Dios. La unión del hombre y de la mujer en el matrimonio es una manera de imitar en la carne la generosidad y la fecundidad del Creador: “El hombre deja a su padre y a su madre y se une a su mujer, y se hacen una sola carne” (Gn. 2, 24). De esta unión proceden todas las generaciones humanas (*cf.* Gn 4, 1-2.25-26; 5, 1).<sup>4</sup>

Luego, desarrolla lo que entiende por la homosexualidad:

2357. La homosexualidad designa las relaciones entre hombres o mujeres que experimentan una atracción sexual, exclusiva o predominante, hacia personas del mismo sexo. Reviste formas muy variadas a través de los siglos y las culturas. Su origen psíquico permanece en gran medida inexplicado. Apoyándose en la Sagrada Escritura que los presenta como depravaciones graves (*cf.* Gn. 19, 1-29; Rm. 1, 24-27; 1 Co. 6, 10; 1 Tm. 1, 10), la tradición ha declarado siempre que “los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados” (CDF, decl. “persona humana”, 8). Son contrarios a la ley natural. Cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso.

En principio, la religión católica reprueba categóricamente la homosexualidad como forma de identidad genérica. Indica luego:

<sup>4</sup> [http://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/p3s2c2a6\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html) (1o. de noviembre de 2004).

2358. Un número apreciable de hombres y mujeres presentan tendencias homosexuales instintivas. No eligen su condición homosexual; ésta constituye para la mayoría de ellos una auténtica prueba. Deben ser acogidos con respeto, compasión y delicadeza. Se evitará, respecto a ellos, todo signo de discriminación injusta. Estas personas están llamadas a realizar la voluntad de Dios en su vida, y, si son cristianas, a unir al sacrificio de la cruz del Señor las dificultades que pueden encontrar a causa de su condición.

A pesar de la primera cita, el párrafo del Catecismo contiene un mensaje de tolerancia y respeto, lo cual es sin duda alguna loable y digno de encomio, ya que a pesar de encontrar un rechazo a la homosexualidad también se corta con la pretensión de hacer objeto de castigo o represión dicha preferencia.

#### V. ¿EXISTE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIVERSIDAD SEXUAL?

La respuesta rápida es no. Existe, en todo caso, un derecho humano de la diversidad sexual. No debemos olvidar que el derecho humano existe en tanto un grupo humano, minoritario o de alto riesgo, reclama la existencia de una determinada protección a efecto de subsistir y no ser perseguido; sin embargo, no existirá ninguna obligación para el Estado constitucional de proveer protección alguna si el derecho humano no se encuentra incorporado a la Constitución Política como un derecho fundamental.

Estaríamos, pues, ante la pugna por la inclusión de una nueva cláusula al contrato de la democracia constitucional. No debemos olvidar que “la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos”,<sup>5</sup> obtenida mediante conquistas provenientes de rupturas institucionales, esto es, ruptura con la moral católica.

#### 1. *El nivel internacional*

No existen instrumentos en el ámbito internacional que tutelen expresamente la protección a este derecho humano. Sin embargo, es posible —a decir de diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs)— inferir que

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 54.

la práctica de discriminar a las personas por su preferencia sexual está vedada.

Antes de proseguir, no debemos olvidar que tratándose de derechos humanos, la interpretación de las normas jurídicas existentes se basa en el principio *pro homine*, gracias al cual todo derecho fundamental reconocido y tutelado por el derecho positivo no puede entenderse en un sentido restrictivo y a favor del Estado, sino que su alcance, por el contrario, se extiende siempre a favor de su titular aun en contra del derecho interno.<sup>6</sup>

Respecto a la diversidad sexual existen dos argumentos fundamentales al nivel del derecho público internacional; esto es, acuerdos —no importa el nombre— por el cual dos o más sujetos de derecho crean derechos y obligaciones recíprocos de carácter internacional.

*A. Los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup> (10 de diciembre de 1948)*

El preámbulo de dicha Declaración, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, indica que todos los hombres, como miembros de la familia humana, gozan por igual de la misma dignidad y derechos, la cual es la base para la libertad, la justicia y la paz.

Así, dicen estos artículos lo siguiente:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros (artículo 1).

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2).

<sup>6</sup> En ese sentido se pronuncia el artículo 46 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el sistema de tratados protectores de los derechos fundamentales limita la soberanía estatal cuando se trata de su respeto y promoción; igualmente, es obligatorio aceptar la supervisión efectuada por autoridades internacionales cuando los actos domésticos alteren los derechos fundamentales. Al respecto puede consultarse a Bayefsky, Anne F., *How to complain to the UN human rights treaty system*, s/l, Transnational publishers, 2002, p. 1.

<sup>7</sup> <http://www.unhcr.ch/udhr/lang/spn.htm> (10. de noviembre de 2004).

El artículo 2 es el más significativo: el disfrute de los derechos y libertades no distinguen ninguna condición puesto que los seres humanos nacemos libres e iguales. Por ello, crear distinciones artificiosas basadas en la identidad genérica no está permitido en tanto discrimina a un determinado grupo de seres humanos.

B. *El artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>8</sup> (en vigor el 3 de septiembre de 1981)

Esta Convención, relativa a la discriminación a las que son sujetas las mujeres por política de estado, también es sujeta a una interpretación diversa. Así, en ella se colige que su protección comprende a las mujeres cuya identidad genérica tuviera como orientación sexual las propias mujeres.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

La última parte del artículo es la fundamental: el Estado debe eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en funciones estereotipadas de las mujeres. En diversas sociedades a las mujeres se les asigna un papel determinado que incluye, por supuesto, el de una preferencia sexual determinada. La Convención es permisiva al respecto, ya que abre la puerta a una función no convencional que, en el último de los casos, abarca la de la preferencia sexual.

Pese a la interpretación *pro homine* que se ha impulsado en la lectura de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la tarea no ha sido sencilla. Organizaciones de derechos humanos a escala internacional han trabajado al respecto y existen dos buenos ejemplos: Human Rights Watch y Amnistía Internacional.

<sup>8</sup> [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm) (1o. de noviembre de 2004).

En el caso de Amnistía Internacional,<sup>9</sup> cuya existencia data desde la década de los sesenta en el Reino Unido, en 1979 declaró que los derechos de las personas cuya identidad genérica correspondiera a la homosexualidad, bisexualidad o transgénero eran sujetos a la protección de sus Estados. En el caso mexicano, Amnistía Internacional reportó en 2001 el caso de César Salazar Góngora, quien por su preferencia sexual fue torturado y la procuraduría de justicia estatal tuvo severas deficiencias durante las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal.

### C. *El ejemplo de las Naciones Unidas*

Si las ONGs han tenido problemas al buscar tutela legal a la diversidad sexual, el caso de las Naciones Unidas es diametralmente distinto. Existen dos casos paradigmáticos en la Organización de las Naciones Unidas relativos a los derechos de la diversidad sexual y que fueron considerados en su oportunidad por el Comité de Derechos Humanos del mismo organismo. Se trata en ambos casos de violaciones cometidas por Australia, analizadas en los años de 1994 y 2003 en contra de dos de sus ciudadanos.

Dichos asuntos fueron recibidos por el señalado Comité en atención a lo estipulado por la cuarta parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como por su Protocolo Facultativo<sup>10</sup> (en vigor el 23 de marzo de 1976). En estos instrumentos se indica que el Comité estará facultado para recibir y considerar los casos de violaciones a los derechos fundamentales que los ciudadanos aleguen en contra de los Estados parte de dicho Protocolo (estas alegaciones reciben el nombre de “comunicaciones”). La labor del Comité es, evidentemente, de carácter interpretativo y en última instancia, jurisprudencial.

- *Nicholas Toonen vs. Australia* (1994).<sup>11</sup>

En este caso, el ciudadano Toonen fue investigado por la policía australiana por la comisión de un delito previsto en el Código Criminal de Tas-

<sup>9</sup> [http://www.ai-lgbt.org/general\\_info.htm](http://www.ai-lgbt.org/general_info.htm) (1o. de noviembre de 2004).

<sup>10</sup> [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_opt\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_opt_sp.htm) (1o. de noviembre de 2004). México es parte de dicho Protocolo desde su adhesión el 15 de marzo de 2002. Debe añadirse que este protocolo contiene obligaciones adicionales al Pacto del cual se origina.

<sup>11</sup> <http://hrw.org/lgbt/pdf/toonen.pdf> (1o. de noviembre de 2004) y [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.50.D.488.1992.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.50.D.488.1992.Sp?Opendocument) (1o. de noviembre de 2004).

mania y cuyo tipo consistía en sostener relaciones sexuales, aun en privado y consentidas, entre hombres. Como requisito de procedibilidad sólo basta la sospecha de los agentes policiacos.

Las violaciones alegadas por Toonen fueron aquellas contrarias a los derechos previstos por los artículos 17, primer párrafo, y 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, afirmando que el Estado australiano violó por una parte su derecho a la privacidad y por el otro su derecho a la igualdad ante la ley. Veamos ambas disposiciones:

Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En la resolución del asunto el Comité de Derechos Humanos señaló, entre otras cosas, las siguientes:

- Cualquier intervención a la vida privada debe ser acorde con los principios tutelados por el Pacto y en todo caso, debe ser razonable.
- La actividad sexual consensuada entre adultos es parte de la vida privada.
- Los argumentos de salud pública (prevención del SIDA) que pretenden justificar la criminalización de la homosexualidad son insuficientes e irracionales. Para la prevención de enfermedades de transmisión sexual se requiere una educación en programas preventivos y, por otro lado, no hay nexo que se puede establecer claramente entre los homosexuales y la transmisión del SIDA.
- La moral no puede argumentarse como una excepción al artículo 17 del Pacto Internacional, ya que admitir excepciones al principio de privacidad abre la puerta a potenciales invasiones legales basadas en cualquier argumento de moralidad.
- El artículo 2, párrafo 1, y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admiten que el concepto “sexo” no se

refiere únicamente a “hombre” o “mujer” sino que comprende también la inclinación sexual.

Finalmente, se adoptó la resolución de recomendar la supresión de los artículos que sancionaban la conducta de Toonen del Código Criminal de Tasmania.

- El voto particular de Bertil Wennergren en *Toonen vs. Australia*.

Como parte de la comunicación relativa al asunto presentado por Toonen, el señor Bertil Wennergren, integrante del Comité de Derechos Humanos, manifestó textualmente en su voto particular:

El Estado parte tiene en principio derecho a injerirse en la vida privada de las personas por vía de legislación basándose en motivos discrecionales, no solamente en motivos relacionados con la seguridad pública, el orden, la salud, la moral, o los derechos y libertades fundamentales de otras personas, como se indica en otras disposiciones del Pacto. Sin embargo, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder a un Estado derecho a realizar actos encaminados a la limitación de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto en mayor medida que la prevista en él.

En otras palabras, aun cuando los Estados pueden intervenir en la vida privada de las personas al amparo de la legislación nacional y basado en las disposiciones del Pacto, el señor Wennergren señala que esta intervención, aun cuando sea legal, será contraria a lo establecido por el referido instrumento internacional en tanto limite los derechos y libertades establecidas en él.

- *Edward Young vs. Australia* (2003).<sup>12</sup>

En este asunto, el ciudadano Young mantuvo una relación de pareja con un viejo veterano de las fuerzas armadas de Australia. Al fallecimiento de éste, Young presentó ante el comité respectivo de su país una solicitud de pensión como pareja del fallecido veterano. Una vez que el comité de pensiones estudió el caso, decidió no otorgar la pensión porque el solicitante no cubría

<sup>12</sup> <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Symbol/CCPR.C.78.D.941.2000>. (1o. de noviembre de 2004).

los requisitos legales exigidos en la Ley sobre los derechos de los ex combatientes, principalmente el consistente en que para ser considerado miembro de la pareja debía ser del sexo opuesto al del combatiente fallecido.

Ante esta perspectiva, Young alegó ante el Comité de Derechos Humanos que se violaba en su perjuicio el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto la legislación de su país distinguía a las personas por su orientación sexual y por lo tanto, se violaba la igualdad ante la ley. En ese sentido, Young apuntó que la legislación lo victimizaba puesto que al reconocer únicamente parejas conformadas por sexos opuestos discriminaba a aquellas conformadas por miembros del mismo sexo.

Al resolver el fondo del asunto, el Comité de Derechos Humanos decidió lo siguiente:

- No toda distinción legal equivale a una forma de discriminación, ya que si aquella se basa en criterios objetivos y razonables es permisible.
- Si en la ley en cuestión no existen expresadas las razones de la distinción de manera clara y objetiva, debe tenerse por acreditada una forma de discriminación. En ese sentido, debe aclararse que cuando la ley prevé supuestos en que concede una pensión para compañeros heterosexuales no casados y por otro lado la niega para compañeros homosexuales —obviamente no casados—, la distinción se convierte en irracional y violatoria del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puesto que la única diferencia entre ambas parejas es el sexo y por consiguiente, la preferencia sexual.

En resumen, en dicho asunto fue tratada una cuestión de mayor envergadura que el caso Toonen, esto es, la igualdad ante la ley violada por la legislación nacional. Finalmente, se recomendó al Estado australiano resolver por vía legislativa el diferendo.

*Conclusión preliminar.* En conclusión, la jurisprudencia formada por las Naciones Unidas a través del Comité de Derechos Humanos aclara y sostiene el derecho a la diversidad sexual basado en dos artículos del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales:<sup>13</sup> los artículos 17, primer párrafo y 26.

<sup>13</sup> Ratificado por México el 23 de marzo de 1981. Los artículos indicados no contienen reserva alguna por parte del Estado mexicano.

En primer término, el artículo 17 garantiza a los gobernados de los Estados parte su derecho a la privacidad. Éste debe ser entendido como el derecho subjetivo que el gobernado opone al Estado a efecto de que éste, efectuando una conducta de no hacer, se abstenga de intervenir arbitraria e ilegalmente en sus actividades privadas.

Precisamente el asunto de *Toonen vs. Australia* se basó principalmente en dicho argumento fallándose en el sentido de que ni la moral ni la salud pública justifican la intervención en la vida privada cuando se trata de sancionar la inclinación sexual de las personas. Adicionalmente, se falló que el concepto “sexo” incluye la preferencia sexual.

En segundo lugar, el artículo 26 aseguraría a los gobernados de los Estados parte la igualdad ante la ley, entendida ésta como el trato igual y equitativo que los gobernados reciben por parte de su Estado a través del Poder Legislativo. El asunto *Young* es el mejor ejemplo que se tiene al respecto, ya que dentro de su resolución se dice que la ley que contiene diferencias no racionales u objetivas en sus hipótesis normativas y que hayan sido basadas en diferencias de preferencia sexual —por muy sutiles que éstas sean— no son admisibles y sí violatorias de la igualdad ante la ley.

## 2. *El nivel nacional*

Pese a lo anteriormente señalado, me parece que el problema subsiste de buena forma. Así, al no existir de manera clara y terminante que la preferencia sexual es objeto de protección en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existe el problema de invocar su protección. Veamos el caso mexicano.

Antes que cualquier cosa, habrá que decir que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es parte del orden jurídico mexicano, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 76, fracción I, 89, fracción X y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es decir, forma parte integrante del *corpus* jurídico nacional y, por lo tanto, goza de toda la fuerza normativa que la legislación tiene en nuestro orden normativo.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Lo anterior se dice sin perjuicio de la tesis aislada visible bajo el rubro TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, localizable en Novena época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre

En principio, los Estados que hayan adoptado el señalado Pacto están comprometidos con el cumplimiento del mismo de la manera más celosa posible de acuerdo con el artículo 2, párrafos 1 y 2, del Pacto. En dicho artículo se prevé que los Estados parte deben garantizar los derechos reconocidos por él.

En este sentido es de señalarse que por tratarse de derechos fundamentales de primera generación, el cumplimiento de los mismos se hace de forma inmediata y directa pues estos son derechos subjetivos en el más estricto de los sentidos; por un lado, se encuentra el Estado que debe ejecutar una conducta positiva o negativa en su calidad de deudor y, por el otro, el gobernado que en calidad de acreedor, goza de los beneficios de dichas conductas. Por lo mismo, estos derechos encuentran una garantía inmediata para su cumplimiento, es decir, están tutelados por medios jurisdiccionales de protección a los derechos fundamentales.

En materia legislativa, los derechos fundamentales de primera generación se respetan a través de una legislación permisiva para el gobernado y prohibitiva para el Estado.

¿Cómo es que se hacen efectivos? En nuestro medio y en calidad de gobernados, estaríamos ante un medio concreto de control de la constitucionalidad: el juicio de amparo. Es decir, ante la existencia de una norma jurídica inconstitucional, el gobernado por vía de acción solicita la nulidad constitucional del principio o regla cuestionado.

En nuestro medio ese es el problema sustancial: si existe una norma inconstitucional precisamos de la aplicación concreta de la misma (ley heteroaplicativa) para invocar el medio de control constitucional y, si nadie invoca dicha protección, la norma subsistirá con toda su fuerza (entiéndase sobre el gobernado en particular hasta antes de ejercitar la acción de amparo, esto es, principio de relatividad).

Así, al no haberse contenido a la fecha la no discriminación por motivos de preferencia sexual en los instrumentos internacionales, la única forma para obligar al Estado mexicano a cumplir con su compromiso es mediante la llegada de la controversia al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; lo anterior de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 8 y 11 de la mexicana Ley sobre la Celebración de Tratados.

de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, p. 46. No olvidar que por tratarse de una tesis aislada no forma un criterio obligatorio.

De cualquier forma, no debe olvidarse que como Estado parte de ambos instrumentos internacionales, el Estado mexicano tiene la obligación de considerar cómo han sido interpretados los derechos fundamentales contenidos en los mismos. Las interpretaciones efectuadas por los expertos a través del seguimiento histórico del tratado son una fuente obligatoria de derecho internacional.<sup>15</sup>

### 3. *El derecho fundamental a la diversidad sexual en la legislación queretana. El caso del Código Civil*

El día 3 de octubre de 2003 fueron publicadas en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, *La Sombra de Arteaga*, diversas adiciones y reformas al Código Civil. Destaca principalmente una de ellas; me refiero a la fracción XVIII del artículo 248 que textualmente señala: “Son causales<sup>16</sup> de divorcio necesario:

XVIII. La negativa injustificada de uno de los cónyuges para tener relaciones sexuales con el otro, así como las prácticas homosexuales de cualquiera de ellos”. ¿Cuál es la razón de ser de esta reforma? La exposición de motivos es insuficiente puesto que no explica la razón del añadido. Sin embargo, independientemente de las razones que hayan tenido los legisladores para incluir dicha causal, el supuesto es, a mi criterio, una forma legal de discriminación basada en las preferencias sexuales. Los argumentos por los que afirmo lo anterior son:

- a) No respeta el derecho a la vida privada de los cónyuges en tanto estos tienen derecho a que su intimidad sexual y consensuada sea respetada y por lo tanto, constituye una excepción al derecho de privacidad contenido en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b) No toma en cuenta la interpretación jurisprudencial aceptada por las Naciones Unidas que incluye como práctica discriminatoria las distinciones legales que, sin fundamento racional, atienden a la orientación sexual y, por lo tanto, la norma también es contraria a lo dis-

<sup>15</sup> Cfr. Bayefsky, *op. cit.*, nota 6, p. 5.

<sup>16</sup> Una causal de divorcio es, a decir de Rojina Villegas, un remedio excepcional en situaciones especiales donde entre los consortes ha desaparecido la *affectio maritalis*. *Derecho civil, primer curso*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 614.

puesto por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- c) No existe una causal de divorcio igual para las prácticas heterosexuales que uno de los cónyuges sostenga fuera del matrimonio, lo que configura un trato desigual ante la ley y, por lo tanto, el criterio de distinción es subjetivo, irracional y violatorio del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- d) La causal del adulterio,<sup>17</sup> que sería el supuesto legal más cercano a una práctica heterosexual sostenida fuera de matrimonio alude al ayuntamiento carnal —infidelidad— de uno de los cónyuges y cuya demostración debe ser fehaciente.<sup>18</sup> Por lo tanto, se reafirma que no existe una causal de divorcio similar para las relaciones heterosexuales puesto que éstas requieren la práctica de la cópula y las homosexuales no.
- e) La definición de “práctica homosexual” es ambigua pero debe interpretarse como toda actividad social —y en consecuencia sexual— que sostenga uno de los cónyuges con miembros de la misma identidad genital en tanto experimenten atracción mutua, lo cual constituye también una invasión legal a la vida privada.

Debo subrayar, sin embargo, que lo realmente importante no es si “las prácticas homosexuales” deben ser o no causales de divorcio. Eso debe quedar a consideración del órgano deliberativo del Estado y de la sociedad. Lo que digo es que es discriminatorio considerar a dichas prácticas como una causal de divorcio y no tomar en consideración las mismas prácticas pero de naturaleza heterosexual. Al haber sancionado unas y no las otras, el Estado incurre en un ejercicio de discriminación en donde tácitamente reprueba una identidad genérica diversa, creando así un estado de cosas en donde la organización política abandona el principio de igualdad ante la ley, violentando

<sup>17</sup> El adulterio es la violación a la fidelidad debida a la pareja: “la fidelidad conyugal puede ser conculcada en un doble aspecto. En su aspecto positivo de la actividad por la negación del débito [cópula]. En su aspecto negativo o de exclusividad por el adulterio o entrega carnal a tercera persona”. Bernáñez Cantón, A., *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, Tecnos, 1961, p. 107, citado por Rojina Villegas, *op. cit.*, nota 16, p. 619.

<sup>18</sup> Así lo corroboran diversas tesis. A saber las visibles en la Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, agosto de 2001, Tesis: II.2o.C.286 C, p. 1169 y Novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, diciembre de 2001, Tesis: II.2o.C.312 C, p. 1718.

así los derechos humanos —en última instancia fundamentales por vía de interpretación— de una importante minoría de ciudadanos.

## VI. CONCLUSIÓN

Por lo analizado en este trabajo, creo que puede llegarse a las siguientes conclusiones.

Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales de primera generación no tutelan expresamente el respeto a la diversidad sexual, entendida como el respeto a la identidad genérica cualquiera que ésta sea.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial autorizada del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha resuelto en sendas comunicaciones que tal derecho debe ser respetado por los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que la discriminación por “sexo” incluye las manifestaciones del mismo, es decir, la preferencia sexual.

El limitar el alcance de ciertos derechos fundamentales debe ser un ejercicio extremadamente cuidadoso y en el que deben señalarse los casos precisos de excepción, velando siempre por el interés social. En el caso de la limitante por razones de moralidad, la restricción debe provenir de la ley y ser acorde con los intereses de una sociedad democrática.<sup>19</sup>

La protección a la diversidad sexual supone el respeto a los derechos de privacidad e igualdad ante la ley. Siendo esta última, la igualdad, el derecho fundamental que mayor tutela recibe, puesto que a diferencia de la privacidad, la igualdad supone un tratamiento estatal equitativo ante supuestos jurídicos similares, donde la única diferencia que puede efectuarse es aquella fundadamente racional y objetiva.

La legislación local civil en Querétaro violenta el derecho fundamental a la diversidad sexual dado que el supuesto contenido en la fracción XVIII del artículo 248 prevé una causal de divorcio discriminatoria, ya que viola la equidad en tanto considera motivo determinante para la imposición de una sanción legal la preferencia sexual de uno de los cónyuges en un solo supuesto: la homosexualidad, dejando a un lado el otro supuesto que haría equitativa la norma: la inclusión como causal de divorcio de las prácticas heterosexuales fuera de matrimonio.

<sup>19</sup> Cfr. Bayefsky, *op. cit.*, nota 6, pp. 11-13.