

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

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

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

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

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

VIABILIDAD DE UNA CONVENCION PARA LA
ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION Y LA VIOLENCIA
POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO
Cristhian Manuel Jiménez

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

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

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



Julio - Diciembre 2017

REVISTA
IIDH

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

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Versalles S.A.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

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

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Intersexualidad y la Opinión Consultiva OC-24/17. Retos pendientes del sistema interamericano de derechos humanos	11
<i>Olga Lucía Camacho Gutiérrez</i>	
Intersex and the Law: How can the law protect intersex rights?	37
<i>Luiza Drummond Veado</i>	
Educação, direito à não-discriminação de LGBTI e o artigo 12.4 da CADH	59
<i>Sergio Gardenghi Suiama</i>	
Matrimonio, un concepto jurídico dinámico. Entre el perfeccionismo moral y el enfoque igualitario ...	81
<i>Eduardo Elías Gutiérrez López</i> <i>Raymundo Gutiérrez López</i>	
Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género	101
<i>Cristhian Manuel Jiménez</i>	
El matrimonio igualitario: el caso de Honduras y una perspectiva kantiana	125
<i>Leonardo Rivera Mendoza</i>	

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

Carlos Enrique González Aguirre

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

William Vega-Murillo

Esteban Vargas-Mazas

Presentación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

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

*Leonardo Rivera Mendoza**

Introducción

En este artículo buscamos dar una posible salida para algunos problemas que comúnmente surgen al tratar el tema del matrimonio igualitario; esta vez, a la luz de la reciente opinión consultiva OC-24/17¹ (en adelante la OC-24/17) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorteIDH). Motivados por las particularidades constitucionales y políticas acerca de los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante LGBTI) hondureñas, damos una respuesta a la usual intención de invocar postulados éticos y teológicos para mermar los avances en la obtención de una figura marital menos excluyente, menos discriminatoria y más favorecedora de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Esta respuesta consta de dos partes. La primera es un examen y una réplica a la postura negativa absoluta frente a la posibilidad de reconocer derechos a las personas LGBTI en Honduras, exhibida por miembros de los poderes del Estado y ampliamente difundida a todo estrato de la sociedad. Consiste en:

* Operador judicial en materia civil. Estudios de licenciatura en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-24/17, opinión consultiva del 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 17.

(a) proponer un freno a la subrepción de las convicciones privadas de los agentes estatales en el diseño y aplicación de normas de carácter general, (b) examinar la validez de las justificaciones propuestas para las reformas constitucionales que derivaron en la prohibición expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo, (c) traer a la memoria los deberes del Estado frente a las obligaciones contempladas en los tratados y convenciones sobre derechos humanos y (d) avanzar una salida a la confusión sobre el valor vinculante de las opiniones consultivas de la CorteIDH en Honduras.

La segunda parte toma la forma de una respuesta sustantiva a algunos argumentos vernáculos acerca de la naturaleza y la función del matrimonio, así como la legitimidad de su prohibición por consideraciones del género u orientación sexual de la pareja contrayente. Para ello, nos inspiramos en el modelo kantiano propuesto en “La metafísica de la moral”² que justifica el basamento del matrimonio en la dignidad humana sola, como condición suficiente para imposibilitar que su acceso por parejas del mismo sexo sea jurídicamente prohibido.

En esta parte, (a) explicamos la segunda fórmula del imperativo categórico kantiano y la vinculamos con un modelo del matrimonio, (b) explicamos la caracterización kantiana de las uniones maritales y la extendemos a las uniones de personas LGBTI, (c) exponemos algunos principios de necesaria observancia para delimitar entre el razonamiento ético y el jurídico, y (d) motivamos la extensión de las máximas de no

2 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik der Sitten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 6:295, Berlín: de Gruyter, 1968 [1797-98], pág. 205 a 493. Por motivos de estándar, todas las referencias a los trabajos de Kant en este documento remiten a su reproducción en la *Akademieausgabe*, salvo las de la *Crítica de la razón pura* (para la que usamos la segunda edición original). Toda cita de estas obras en español es traducción del autor de este ensayo.

discriminación al ejercicio de los derechos derivados de las uniones afectivas o familiares.

I. El caso hondureño

Honduras cuenta con numerosos pronunciamientos nacionales e internacionales de preocupación por la situación de derechos humanos de las personas LGBTI. En estos, constantemente se ha exhortado al Estado a mitigar los patrones de exclusión, violencia, falta de investigación y falta de prevención de los crímenes de odio cometidos por motivos de la identidad de género y orientación sexual de las víctimas, así como su constante situación de desigualdad legal³. También se ha expresado consternación por lo que parece ser una tendencia estatal hacia invisibilizar o aminorar la relevancia del tema, tanto en su práctica como en sus informes periódicos sobre derechos humanos⁴.

3 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de derechos humanos en Honduras*, capítulo 2.5, OEA/Ser.L/V/I, 31 de diciembre de 2015; cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas LGBTI*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 3, párrs. 121, 139 y 141; cfr. Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Honduras*, Asamblea General, A/HRC/30/11, 15 de julio de 2015, párrs. 105, 120, 124.10 y otros, y 125.11; cfr. Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/3/Add.2, 9 de febrero de 2017, párrs. 4, 10, 47, 48 y 64; cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. *Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, 2013, pág. 109 a 164; cfr. Human Rights Watch. “No Vales un Centavo”: *Abusos de Derechos Humanos en contra de las personas Transgénero en Honduras*, 2009.

4 Cfr. Secretaría de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización. *Informe de Medio Término sobre el Examen Periódico Universal*, 2017, diapositivas 88 y 89; cfr. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y

En términos generales, la OC-24/17 no parece haber incentivado un cambio de dirección en la actitud de las agencias estatales hondureñas. Por el contrario, su publicación condujo al resurgimiento de un despliegue casi unísono de estereotipos discriminatorios de parte de personas en cargos públicos – especialmente legislativos– y en grupos de sociedad civil. Ante la amplitud del repudio a la OC-24/17, es difícil no convencerse de que la autoridad hondureña carece de un interés significativo por dar consecuencia a este u otros fallos acerca del tema de la identidad de género y de la orientación sexual. Por otro lado, la gravedad actual y potencial de las consecuencias vuelve notoria la necesidad de que hagamos urgente mención de algunos puntos que pueden ser útiles para el acercamiento del sistema jurídico hondureño a uno más garantista de derechos fundamentales. A continuación siguen algunos comentarios al respecto.

Alarmanamente, es siempre en casos como el de los derechos reproductivos de las mujeres⁵ y los derechos de las personas LGBTI que se vuelve evidente la necesidad de hacer recordar a Honduras que los Estados tienen la obligación internacional de integrar al derecho interno, los tratados y convenciones que ratifican. En el caso de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), especialmente, deben realizar un control de convencionalidad a todo nivel que se dirija a adecuar la normativa nacional a esta,

otros. *Presentación audiencia sobre crímenes de odio por orientación sexual y/o identidad de género contra la población LGBT e impunidad en Costa Rica, Honduras y Nicaragua*, sesión del 26 de octubre de 2010 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El informe oficial no contempla las reformas legislativas recomendadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la discriminación en ley y sobre la persecución efectiva del delito.

5 Cfr. Naciones Unidas. *Informe del Alto Comisionado...*, párr. 39. Los comentarios acerca del paternalismo encontrados en este artículo pueden relacionarse al caso de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres hondureñas, dada la similitud de los argumentos en contra de su reconocimiento y protección.

así como a las sentencias y recomendaciones de sus órganos de protección⁶.

Honduras no es ajena a la idea y a los mecanismos del control de convencionalidad, habiéndolos invocado ya su Corte Suprema de Justicia en alguna ocasión para limitar la aplicabilidad de artículos constitucionales⁷, por lo que no es imposible pensar que el descuido referente a los derechos de las personas LGBTI pueda contener marcas de omisión deliberada. Las consecuencias de ello se agravan cuando el Estado no solo se inhibe de proteger, sino que activamente lesiona los derechos humanos de la población. Así, un ejemplo llamativo del último escenario es el del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues –mediante una reforma al artículo 112 de la Constitución en 2005– se endureció y explicitó la prohibición para reconocer jurídicamente los matrimonios, o siquiera las uniones de hecho, de personas LGBTI; aunándose esta prohibición, entonces, al amplio marco problemático relativo a los derechos humanos de este sector.

Los argumentos para esta reforma fueron “[q]ue la familia es la unidad más importante en la sociedad, por lo que el Estado deviene obligado a protegerla”, “[q]ue las formas tradicionales y aceptadas para fundar una familia son el matrimonio y la unión de

6 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124; cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259, párr. 142; cfr. Castilla Juárez, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, en *Revista IIDH*, Vol. 64, Costa Rica, julio-diciembre de 2016, pág. 87 a 125.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Honduras. *RI-1343-2014 y RI-0243-2015*, sentencia acumulada de inconstitucionalidad del 22 de abril de 2015. El control de convencionalidad fue invocado por la Corte Suprema de Justicia de Honduras para declarar la inaplicabilidad de artículos constitucionales que limitan la posibilidad de reelección en la Presidencia de la República.

hecho entre un hombre y una mujer, que tengan la calidad de tales naturalmente” y “[q]ue sólo el matrimonio y la unión de hecho entre un hombre y una mujer, nacidos como tales naturalmente, son moralmente aceptables en nuestra sociedad”⁸. El texto del artículo deriva señalando que “[s]e prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo”⁹.

Ahora, emitida la OC-24/17, la autoridad legislativa hondureña debe tener presente que, si bien es cierta la validez del principio de primacía constitucional sobre las leyes, este no implica que la Constitución sea rígida frente a otras fuentes normativas, especialmente las referentes a los derechos humanos. Debe también recordar que el artículo 15 de la Constitución hondureña reconoce la obligatoriedad ineludible del cumplimiento de las sentencias y fallos de las cortes y tribunales internacionales¹⁰. Asimismo, se ha explicado ya que los tratados, los preceptos constitucionales y los fallos internacionales emitidos por tribunales competentes constituyen un “bloque de constitucionalidad”¹¹ en Honduras, conformado por normas – todas de igual rango– que condicionan material y formalmente la

8 Estos argumentos se encuentran en los “considerandos” del decreto 176-2004, publicado el 3 de enero de 2005.

9 La prohibición obstruye la aplicabilidad del artículo 321 del Código Penal, reformado en 2013, acerca de la punibilidad de conductas discriminatorias en agentes estatales, pues el motivo de discriminación tiene sustento formal mientras persista en la Constitución.

10 Diciendo que “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universal [...] Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”.

11 Cfr. Sala de lo Constitucional. *Fallo de RI-1343-2014*, considerando 8, Corte Suprema de Justicia.

producción de estatutos legales¹². Si esto finalmente se internaliza en el razonamiento de juristas y autoridades hondureñas, se clausurará la discusión arcaica –pero todavía usual– acerca de la relación de primacía entre las normas internacionales y las normas constitucionales, pues ambos cuerpos se integran al mismo nivel.

Valga también recordar que, ante la existencia de dos normas de contenido opuesto y ubicadas al mismo nivel –como el caso de la CADH, interpretada por la OC-24/17, y la Constitución hondureña– se debe recurrir a adecuar la norma más restrictiva a la más ampliativa de derechos fundamentales (interpretación extensiva)¹³, en aplicación del principio *pro persona* de los derechos humanos¹⁴, que también es asumido por el artículo 15 de la Constitución¹⁵. Además, se debe tener presente que la no discriminación es un principio de *ius cogens* internacional “[sobre el que] descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional”¹⁶ y que, desde hace cierto tiempo, ha

12 Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pág. 488.

13 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-22/16*, opinión consultiva del 26 de febrero de 1999, Serie A No. 22, párr. 49; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-16/99*, opinión consultiva del 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114; Cfr. Canosa Usera, Raúl. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como Investigador del Derecho*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silvero Salgueira, Jorge (Coord.), Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 2012, pág. 57 a 98.

14 Cfr. Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, Vol. 39, Costa Rica, enero-junio de 2004, pág. 71 a 99.

15 Cfr., *supra*, nota 11.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza González vs. Perú*, sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 216.

sido un motivo para eliminar las restricciones de derechos por motivos de identidad de género y orientación sexual, inclusive previo a la reforma constitucional de 2005. Por ello, (a) la reforma constitucional no debió ocurrir, en su momento, y (b) ahora tiene que corregirse.

La OC-24/17 debe ser vista como una nueva oportunidad –notoriamente didáctica– para que Honduras rectifique la discriminación incluida en su derecho interno, adecuando este al contenido de la CADH. No obstante, optando nuevamente por la vía opuesta, ciertos sectores sociales no conformes con el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI han encontrado ocasión para dirigir nuevos cuestionamientos, esta vez a la fuerza compulsoria de las opiniones consultivas de la CorteIDH. De esa manera, en los últimos meses se ha negado su carácter “vinculante”, sosteniéndose –incluso– que la pretensión de dotar a la OC-24/17 de fuerza normativa es un intento de agresión contra la soberanía nacional, por medio de la supuesta imposición de una agenda política ajena a la propia de Honduras.

La CorteIDH se ha pronunciado ya, aunque en forma relativamente inexacta, acerca del valor de sus opiniones consultivas. Ha dicho que “[n]o debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas, [...] por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”¹⁷; además, ha expresado que “aún cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”¹⁸. Desde la reacción hondureña, es manifiesto que la forma en que estos fragmentos se encuentran

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-1/82*, opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 51.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-15/97*, opinión consultiva del 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 15, párr. 26.

redactados posibilita confusiones respecto del significado de la diferencia en concreto y sobre cuáles son, entonces, los “efectos jurídicos innegables” retenidos por las opiniones consultivas.

Es recomendable que la CorteIDH prontamente provea de mayor precisión a este asunto y direcciona la línea jurisprudencial, en forma más contundente, hacia la vía que posibilite la mayor protección de derechos. Por ahora, se puede eliminar cualquier tensión al respecto recordando que la CorteIDH es intérprete última de la CADH, según su artículo 64¹⁹. Desde ello, las lecturas que haga a de la misma pasan a *determinar su contenido y significado* más allá que lo que el texto original se permitió hacer. Los efectos jurídicos innegables de las opiniones consultivas son los mismos efectos jurídicos innegables que los de la propia CADH; es decir, la debida observancia de todo Estado parte.

La diferencia en lo relativo al carácter vinculante se deduce simplemente de la ausencia de partes en el proceso de opinión consultiva. Al no haber un reconocimiento de responsabilidad internacional de un Estado individual en un caso concreto, tampoco hay condena a reparaciones específicas. Puede entonces decirse que el procedimiento contencioso tiene dos dimensiones de vinculación, que varían en su intensidad normativa pero no en su extensión: (a) la interpretativa o general, con efecto de elaborar el contenido de los artículos de la CADH, de debida observancia por todo Estado parte y (b) la condenatoria o individual, con efecto de prescribir medidas de reparación concretas al Estado condenado. La opinión consultiva solo tiene el primer efecto, pero esto no comporta que el cumplimiento de cuanto en estas se dice sea opcional, pues retiene el valor interpretativo de la CADH. Un criterio contrario puede ser equivalente a proclamar que los

19 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 193.

Estados solo cumplirán con la CADH cuando se les imponga una sanción internacional en el procedimiento contencioso, en contraposición al principio de buena fe internacional²⁰.

Es claro, pero necesario recordar, que tanto la firma y ratificación de tratados y convenciones internacionales, el reconocimiento de las competencias de los órganos de vigilancia, y el cumplimiento de sus fallos y recomendaciones no son cesiones de soberanía. Por el contrario, todos estos actos son producto de la deliberación autónoma que presupone y proclama potestades de los Estados respecto de sí mismos y de su relación con la comunidad internacional. Finalmente, la emisión de la OC-24/17 y el deber de observar su contenido no pueden ser vistos como parte de un ataque a la individualidad estatal, sino como una consecuencia de la proclamación expresa de la voluntad del Estado de formar parte del sistema interamericano de derechos humanos.

Es igualmente cuestionable el giro que toman los discursos propuestos como justificantes de estas omisiones estatales. No es posible obviar que la discusión pública del tema del matrimonio igualitario, entre otros asuntos relativos a la vida sexual, es usualmente sustanciada con amparo en los textos del pentateuco judeocristiano y en los preceptos catequéticos de algunas religiones, que son invocados a la manera de norma universal humana, vinculante para toda la ciudadanía, y como criterio determinante de lo que puede o no entrar en la agenda legislativa. Esto obvia el necesario reconocimiento de que los argumentos de este corte –cuando son empleados por personas en ejercicio de cargos públicos– no pueden, por ningún motivo, ser tomados como despliegues loables de intenciones inocentes, altruistas o beatas de parte de quienes los utilicen. Las agencias

20 *Cfr.* Convención de Viena, 1969, artículo 26.

que operan los poderes estatales deben siempre tener presente que estos planteamientos son inadmisibles en un Estado de derecho, pues entran en notorio incumplimiento de las máximas jurídicas acerca de la no preeminencia de alguna religión o culto sobre otro, sobre otro sistema de creencias o sobre la ausencia de alguno²¹.

Si bien cada persona está facultada para cultivar la fe y la cosmovisión que estime convenientes a nivel privado, la inspiración bíblico-teológica en el ejercicio de funciones públicas –de toda clase– necesariamente conlleva consecuencias lesivas contra quienes opten por realizar actos o mostrar características que han sido objeto de vilificación por los credos hegemónicos. De otro lado, el recurso a estatutos eclesiásticos por parte de las autoridades estatales contiene indicios de una ausencia de familiaridad con la naturaleza permanentemente democrática de los cargos a los que libremente optaron y en los que tienden a desempeñarse por extensos períodos; y habilita la pregunta sobre los motivos para no dar solución a la constante y manifiesta réplica de estos errores.

La aparente perpetuidad de esta confusión en Honduras pone de relieve una inaceptable apatía por solucionar las falencias gnoseológicas que imposibilitan un correcto ejercicio de los poderes estatales. Esto conduce al forzamiento oficial de intencionalidades de carácter teológico y subjetivo acerca de “qué es lo que el ser supremo dice o desea”, en lo que parece una proclamación de contacto directo entre la autoridad hondureña y la divinidad –al estilo premoderno– y abre una vía para el ejercicio de lo que podría llamarse un “despotismo teocrático”²²,

21 *Cfr.* Constitución de la República de Honduras, 1982, artículo 77.

22 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Der Streit der Fakultäten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 7:5, Berlín: de Gruyter, 1973 [1798], pág. 28 y 29; *Cfr.* Kant, Immanuel. “Die Religion innerhalb der Grenzen der

con el potencial de vulnerar sistemática y continuamente la dignidad humana de las personas comprendidas en los grupos discriminados, con un supuesto arraigo supranatural.

Estas son algunas de las consideraciones acerca del caso de Honduras que configuran un entramado dificultoso claramente necesitado de una solución tomada desde el cambio en la voluntad programática de las agencias responsables; acompañado de un abordaje serio y completo, que incluya diversas perspectivas para disminuir y erradicar la discriminación por motivos de género y orientación sexual. A continuación, consternados por el caso específico de la prohibición del matrimonio igualitario, buscaremos dar un aporte que –a nuestro juicio– puede limitar la apelación a cualquier fundamentalismo dogmático y a la convicción inerte acerca de la supuesta necesidad de que el matrimonio cumpla con alguna función, usualmente procreativa. Para ello, recurrimos a un modelo alternativo del matrimonio fundamentado en la dignidad humana sola. La discusión preliminar acerca de algunos deberes concretos de los Estados –y el de Honduras en específico– dará paso entonces a una propuesta abstracta de aproximación al matrimonio igualitario, inspirado por el esquema kantiano.

II. El modelo kantiano del matrimonio

Consideramos que el planteamiento kantiano del matrimonio es óptimo para habilitar una óptica que permita deducir la libre opción de toda persona para contraerlo –incluidas las parejas del mismo sexo– dada la manera *sui generis* en que el autor caracteriza a esta institución, orientada por un sistema de filosofía

bloßen Vernunft”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 6:3, Berlín: de Gruyter, 1969 [1793], pág. 131.

práctica que comporta una escisión entre los deberes éticos y los jurídicos. Téngase en mente, sin embargo, que la presente no será una exégesis kantiana estricta, sino una variación interpretativa sobre el tema, embebida del convencimiento de la inocuidad moral y social del reconocimiento de la igualdad jurídica de toda persona, independientemente de la orientación sexual o identidad de género²³. La lectura que proponemos puede llegar a ser útil para eliminar los puntos de arraigo de algunas objeciones contra el matrimonio de las personas LGBTI, por cuanto:

- a. Previene las trabas semánticas y dogmáticas derivadas de la noción procreativa o reproductiva del matrimonio, o de cualquier teoría que le impute una función.
- b. Nace de la autonomía ética y busca protegerla; consecuentemente, busca proteger la dignidad de las personas contrayentes.
- c. Justifica el origen de derechos derivados del matrimonio para con las personas contrayentes, oponibles frente a terceros y al Estado mismo.

23 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:243, Berlín: de Gruyter, 1974 [1785], pág. 391; *cfr.* Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:479, Berlín: de Gruyter, 1975 [1793], pág. 604; *cfr.* Kant, Immanuel. “Naturrecht Feyerabend”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 27:1,319, Berlín: de Gruyter, 1979 [1784], pág. 1,379. A pesar de fuertes censuras en sus cátedras de ética, es importante tener en mente que Kant no llega a justificar la prohibición jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo.

1. El principio del respeto de la dignidad humana

Es usualmente referenciada, en el contexto de los estudios de derechos humanos, la segunda fórmula del imperativo categórico o “fórmula de la humanidad como propósito en sí misma”, que Kant elabora en la “Crítica de la razón práctica”²⁴ y que introduce en los “Cimientos para la metafísica de la moral”. Según estos últimos, la actividad humana se limita con respecto a la humanidad misma, “de manera que siempre uses a la humanidad, sea en tu propia persona como en persona la de toda otra, siempre al mismo tiempo como un propósito, y nunca solo como un medio”²⁵. En lo sucesivo nos referiremos a la dignidad humana como el respeto por la fórmula de la humanidad.

Esta fórmula es la que principalmente motiva la deducción de los deberes éticos y jurídicos en “La metafísica de la moral”²⁶, y es la que justifica la explicación kantiana del matrimonio²⁷.

24 Cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der praktischen Vernunft”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 5:3, Berlín: de Gruyter, 1908 [1788], pág. 87.

25 Kant, Immanuel. “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 4:387, Berlín: de Gruyter, 1963 [1785], pág. 429.

26 Cfr. Wood, Allen. “The final form of Kant’s Practical Philosophy”, en *Kant’s Metaphysics of Morals, Interpretative Essays* (ed. Mark Timmons), Oxford: Oxford University Press, 2002, pág. 13.

27 Cfr. Kant, Immanuel “Grundlegung...”, pág. 402; cfr. Kant, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*, Riga: Hartknoch (segunda edición), 1787, pág. 3; cfr. Okey Ekijeme, Peter., “Sexual Orientations and Morality” en *International Journal of Humanities and Social Science Invention* 6 (9), septiembre de 2017, pág. 14; cfr. Oliphant, Jill., *OCR Religious Ethics for AS and A2*, segunda edición (ed. John Mayled), Londres & Nueva York: Routledge, 2008, pág. 260. La primera fórmula, o “de la universalidad” establece: “[d]ebo nunca actuar si no puedo también desear que mi máxima fuere una ley universal”. Ambas fórmulas son puras *a priori* en el sentido de la *Crítica de la razón pura*, pero la de la humanidad se estima como más útil al derivar deberes concretos (es decir, aplicar la metafísica

Como veremos, la figura marital es relativa a la dignidad humana porque conlleva el disfrute de ciertas actividades o atributos ajenos relativos a la vida íntima –actividad sexual, compañía, un grado de adjudicación– que dependen del consentimiento de la otra persona para que pueda ejercitárselos legítimamente. El vínculo con la dignidad es estrecho porque si en el matrimonio no hubiera consentimiento o la actividad no fuera precedida por un intercambio racional –es decir, que ambas partes manifiesten compartir el mismo propósito y ninguna solamente use a la otra– se caería en violaciones a la libertad y la integridad ajena, como la violencia sexual, el secuestro o el fraude²⁸, así como en la contravención del imperativo categórico y el principio de autonomía de la voluntad.

2. Un planteamiento del matrimonio basado en la dignidad humana sola

La justificación jurídica del matrimonio kantiano es la de legitimar derechos “personales a la manera de derechos sobre

de la moral a los objetos de la experiencia) cuando se trata de los deberes para con uno mismo o para con los demás, esto por referirse directamente al trato que amerita todo agente racional. Interpretaciones como la de Okey Ejikeme, o la de Oliphant, sostienen que la fórmula de la universalidad del imperativo categórico justifica la inmoralidad de las uniones entre personas del mismo sexo dado que –si se universalizan–, la humanidad supuestamente cesaría de existir, al no haber procreación. Pero esto obvia que el imperativo categórico sirve para examinar la *permisibilidad de máximas* en los agentes (es decir, principios que dependen de circunstancias e intereses subjetivos a los que se incorpora el interés moral) y no para *mandar acciones* concretas (no manda que toda la humanidad solamente entre en uniones entre personas del mismo sexo). Además, es una lectura consecuencialista basada en un juicio *a posteriori*, incompatible con el planteamiento kantiano.

28 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 271.

cosas”²⁹, que surgen cuando “seres libres forman una sociedad de miembros en un todo llamado ‘hogar’”³⁰. La facultad para entrar en esta condición no se fundamenta en un mero contrato o en un hecho, sino en la ley –intelectual– de respeto a su propia humanidad³¹. El matrimonio adquiere este carácter porque conlleva el llamado “comercio sexual”³², acto posible de ser visto como un uso de otra persona para lograr algo; en este caso, como medio para alguna satisfacción fisiológica o afectiva³³. Pero, dado que no se puede tratar a un ser humano como mero medio, la dinámica solo se justificará si –en la unión– las personas no se toman *como cosas* (como objetos sobre los que tienen dominio), sino *a la manera de cosas* (como personas sobre las que han pactado algunos derechos exclusivos semejantes a aquellos de posesión)³⁴. La entrega mutua de la pareja en el matrimonio genera un “derecho de posesión intelectual”³⁵ que no requiere de tenencia física permanente para que exista la titularidad³⁶.

La postura kantiana será, entonces, que este ejercicio de la libertad, por recaer sobre la humanidad misma de las partes, solo puede ser admitido cuando la persona que toma la humanidad de otra para un provecho también entrega la suya³⁷ y, de esta manera,

29 *Ibid.* pág. 275.

30 *Ibid.* Énfasis en “hogar” removido, comillas añadidas.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.* pág. 277.

33 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Anthropologie in pragmatischer Hinsicht”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 7:119, 1973 [1798], Berlín: de Gruyter, pág. 309; *cfr.* “Die Metaphysik...”, pág. 278.

34 Como la adjudicación “mi pareja”: similar, pero no equivalente, a la adjudicación de alguna cosa que se adquiere.

35 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 245. Para la *possessio noumenon*, *cfr.*, *ibid.*, pág. 249-50.

36 *Ibid.*, pág. 254.

37 *Ibid.*, pág. 278.

la otra “se reclama y restaura su personalidad”³⁸ o “se adquiere a sí misma de nuevo”³⁹. Así, el matrimonio será una proclamación de respeto por la dignidad humana ante el prospecto de una entrega mutua⁴⁰.

La habilitación jurídica de tal entrega es el solo objeto del matrimonio. Desde luego, este modelo suprimirá de la esencia de la figura todas las doctrinas que le establecen función específica; por ejemplo, las de autorrealización ética de la mujer⁴¹, las de aseguramiento patrimonial⁴², las de utilidad política⁴³, etc., que usualmente son vestigios de modelos patriarcales de poder⁴⁴. Asimismo –en un fragmento que anticipa algunas recientes opiniones judiciales⁴⁵– el modelo kantiano elimina la postura

38 *Ibid.*

39 Kant, Immanuel. “Nurrecht...”, pág. 1,379.

40 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins...”, pág. 388; *cfr.* Hegel, Georg Friedrich Wilhelm. *Elements of the Philosophy of Right*, trad. H. B. Nisbet, Cambridge: Cambridge University Press, 1991. pág. 201. Kant se refiere, en sus cátedras, a una entrega ética o “unión de voluntades”, no solamente de los atributos sexuales. Hegel asume que Kant se refiere a lo último solo y lo censura como imposibilitando consideraciones relativas a la dialéctica de la vida ética, no reconociendo que la posición kantiana es, en realidad, similar a la suya.

41 *Cfr.* Fichte, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, parte II, Jena & Leipzig: Christian Ernst Gabler, 1797, pág. 168.

42 *Cfr.* Goldman, Emma. *Marriage and Love*, Nueva York: Mother Earth Publishing Association, 1911, pág. 4.

43 *Cfr.* Daumard, Adeline. “Affaire, amour, affection : le mariage dans la société bourgeoise au XIXe siècle”, *Romantisme* 68:33, 1990, pág. 35.

44 *Cfr.* Petit, Eugène. *Traité élémentaire de droit romain*, cuarta edición, Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1903, pág. 97 a 98.

45 *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tesis Ia. CCLIX/2014 (10a.)*, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 8, Estados Unidos Mexicanos, julio de 2014, pág. 152; *Cfr.* Corte Suprema. *Caso Obergefell vs. Hodges*, Estados

tradicional que toma a la procreación como condición necesaria y fin último de las uniones maritales⁴⁶. Acerca de este, dirá que “el fin de traer y criar niños [...] no es requisito [...] para que [la] unión sea compatible con el derecho, porque de lo contrario el matrimonio terminaría cuando la procreación cese”⁴⁷. El matrimonio puede persistir inclusive cuando una parte pierde la capacidad de reproducirse o sostener comercio sexual⁴⁸ y desaparece o se invalida cuando hay una lesión al propósito asumido en común, a la dignidad de las partes o cuando hay un acuerdo de dar el comercio por terminado.

Ahora, bajo este modelo de matrimonio, todo pacto de exclusividad e intimidad que sea asumido por una pareja es susceptible de conformar una unión marital. Los detalles del comercio sexual no son relevantes, cuando se toma solo en cuenta la mera libertad y autonomía de las personas contrayentes. Si esto es válido, los requisitos para contraer matrimonio serán solo (a) la presencia de humanidad (es decir, poder establecerse propósitos)⁴⁹, (b) la capacidad civil o de obrar y (c) la voluntad de entrar en una unión íntima exclusiva que no lesione las libertades ajenas y que genere derechos derivados.

Unidos de América, 576 U.S. (2015), pág. 15-16, 26.

46 *Cfr.* Hume, David. “Essay XIX: Of Polygamy and Divorces”, en *The Philosophical Works of David Hume* 206, Londres: Adam Black & William Tait, 1826 [1742], pág. 206. Para una defensa actual de esta postura, *cfr.* Lee, Patrick. “Marriage, Procreation and Same-Sex Unions”, en *The Monist*, Vol. 91, 3 y 4, octubre de 2008, pág. 422 a 445.

47 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 277; *cfr.* Kant, Immanuel. *Anthropologie...*, pág. 306. Para Kant, la preservación de la especie no es propósito del matrimonio sino de la naturaleza misma.

48 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Naturanrecht...”, pág. 1,379 y 1,380; *cfr.* Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...”, pág. 640. En este caso, dice aplicarse *casus sentit dominum*, atribuyendo la carga de la pérdida a la pareja de quien ya no tiene la capacidad.

49 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 392.

A esto sigue que toda remisión a la identidad de género o la orientación sexual de las personas contrayentes se encuentra naturalmente desvinculada de los requisitos para contraer matrimonio, bajo este planteamiento. Cualquier objeción contra el matrimonio LGBTI es insostenible frente a este modelo y debe ser hecha, entonces, desde postulados meramente éticos; pero –incluso en este caso– existe una dificultad para permitir que las convicciones internas individuales permeen en normas de aplicación general, como discutimos a continuación.

3. La decisión ética y la prohibición jurídica

Toda decisión basada en principios de acción,⁵⁰ es ética⁵¹. Las decisiones sobre contraer matrimonio o no hacerlo, sobre con quién hacerlo y atendiendo a cuál inclinación, son todas éticas. En palabras de Kant, “el matrimonio es una sociedad basada en la escogencia”⁵².

Los deberes éticos solo tienen consecuencias internas; es decir, de la persona para consigo misma. Esto los diferencia de los deberes jurídicos, caracterizados por su dimensión externa, reforzada por la posibilidad de coerción cuando no se cumpla el principio de que “la libertad de cada quien pueda coexistir con la libertad de los demás”⁵³. Tal coerción, en el hipotético estado de la naturaleza⁵⁴, no habría podido ser ejercida de individuo a individuo –por ejemplo, la venganza privada ante las lesiones–

50 Hablamos de reglas subjetivas de conducta, en sentido formal y avalorativo.

51 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Naturanrecht...”, pág. 1,327.

52 Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 220.

53 Kant, Immanuel. *Kritik der reinen...*, pág. 373.

54 *Cfr.* Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pág. 11.

pues permanecería faltante un tercer criterio que dé validez objetiva a los reclamos jurídicos individuales (por qué una forma de coerción sobre otra o por qué un reclamo es procedente y otro no). Este criterio que homogeneiza las voluntades individuales es la constitución civil⁵⁵ en el Estado de derecho⁵⁶.

El Estado, entonces, deviene en facultado para distribuir justicia y diseñar estatutos por medio de un supuesto concurso de las voluntades de toda la ciudadanía, en el que acceden a conceder a la autoridad el poder de determinar sanciones legítimas. Los reclamos subjetivos, pues, serán *principium diiudicationis* del derecho; mientras, la impartición de justicia y el diseño de estatutos legislativos –a nivel estatal– será el *principium executionis* que valida la puesta en práctica de la coerción intersubjetiva⁵⁷.

Esto nos permite exponer dos teoremas importantes:

(a) Nuestro modelo kantiano justificará la prohibición de una actividad como el matrimonio si, y solo si, lesiona la libertad de otra persona o le impone una coerción ilegítima. Si la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo no lesiona la libertad de nadie, no existe legitimidad para prohibirla. En cambio, si la prohibición de contraer matrimonio es dirigida a un grupo de la ciudadanía que no está ejerciendo coerción ilegítima, lesionando su libertad, esta misma medida será ilegítima y generará un derecho de reclamo ciudadano frente a la autoridad.

55 Cfr. Kant, Immanuel. “Über der Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 8:275, Berlín: de Gruyter, 1969 [1793], pág. 289.

56 Cfr. Kant, Immanuel. “Naturrecht...”, pág. 1,338.

57 Cfr., *ibid*, pág. 1,337.

(b) La constitución civil y el Estado son instituciones necesarias para proteger el derecho subjetivo de posesión intelectual entre toda pareja casada y terceros⁵⁸, garantizando la pacífica exclusividad y el surgimiento de derechos derivados. La existencia de uniones estables y exclusivas –indistintamente de la orientación sexual de la pareja– que no puedan optar a una institución que las proteja frente a reclamos o agresiones de terceros, es imputable al Estado.

Ahora, la decisión de contraer matrimonio es el simple ejercicio de potestades referentes a la libertad personal, la vida privada y la vida familiar de cada cual⁵⁹, por lo que no es posible que genere, en sí misma, una coerción ilegítima sobre alguien más. Consecuentemente, la prohibición para entrar en ella no puede existir a nivel legal salvo por las causales que contemplen una invariable violación de la libertad de alguien, como –por ejemplo– contraerlo con personas con incapacidades civiles absolutas, pues no están facultadas para dar su consentimiento ni hacer concesiones jurídicas⁶⁰. Las prohibiciones para contraer matrimonio que no contemplen estas causales universales solo

58 Cfr. Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...” pág. 642; cfr. Stacey, Matthew. *Kant on Sex and Marriage: What Kant Should Have Said*, University of Guelph, 2009, pág. 35; cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 273; cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der praktischen...”, pág. 55-56; cfr. Kant, Immanuel. “Kritik der reinen...”, pág. 570 a 586. Es importante recordar que la sanción estatal del matrimonio es para proteger derechos *excludendi alios*. Stacey, con otra opinión, dice que tal sanción es importante para darle permanencia, ya que Kant tendría un problema con las uniones afectivas no formalizadas a causa de su inestabilidad. Stacey olvida, sin embargo, que los ejercicios de la libertad kantianos son abstraídos de las condiciones temporales, dado el carácter inteligible de la libertad, por lo que la duración no puede ser argumento *a priori* de la justificación del matrimonio como institución jurídica.

59 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17...*, párr. 199.

60 Cfr. Corte Interamericana de derechos humanos. *OC-24/17...*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 105 y 107.

pueden hacerse tomando en consideración las particularidades de cada caso y únicamente podrán declararse con conocimiento de causa, a nivel judicial y en sentencias motivadas. Desde ello, toda instancia en que la orientación sexual de una persona sea el criterio determinante para prohibir el matrimonio legal y generalmente, será discriminatoria y susceptible de invalidez jurídica.

De otro lado, si el Estado o sus agentes –actuando en carácter público– optan por emitir disposiciones normativas sobre la vida ética de la ciudadanía –contrariando el artículo 11.2 de la CADH– incurren en *dictar a las personas cómo tomar decisiones privadas* (en este caso, cómo actuar para lograr la redención, con quién hacer vida afectiva para cumplir con un mandato teológico o qué esquema familiar adoptar para procrear). Tomando el ejemplo kantiano, podremos encuadrar esto dentro del paternalismo despótico⁶¹ opuesto directamente a la estabilidad del Estado de derecho, pues lesiona la autonomía de las personas para consigo mismas. Más allá, el imponer principios éticos a la ciudadanía es usarla como medio para el propósito de la autoridad que –valga decirlo– bien puede incluir el de identificarse con la intencionalidad discriminatoria de algunos sectores de la ciudadanía para obtener apoyo electoral, agravando la ofensa a la dignidad humana de las personas cuya escogencia es constreñida.

61 Cfr. Kant, Immanuel. “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”, en *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*, Vol. 8:35, Berlín: de Gruyter 1969 [1784], pág. 39 a 40; cfr. “Über der Gemeinspruch...”, pág. 291 y 302.

4. La igualdad en los derechos derivados del matrimonio

Hasta este punto, debe tenerse presente que la posesión intelectual derivada del matrimonio no es de la persona en sí⁶² sino del estatus conyugal de una con respecto a la otra, en el cual entran para llevar vida íntima⁶³. La posesión, a su vez, implica que si alguien más accediere íntimamente a la pareja marital de alguien, habrá una lesión de los derechos generados⁶⁴. La institución, entonces, será siempre exclusiva, salvo un acuerdo de todas las partes. El propósito de proteger esta exclusividad es de interés común y omnilateral⁶⁵ en una sociedad civil⁶⁶; es decir, que toda persona que desee contraer matrimonio podrá hacerlo, estando segura de que no será conculcada en los derechos que nazcan de la unión, de acuerdo con el axioma jurídico de la armonía en el concurso de libertades. Esta protección estará a cargo del Estado por medio de instituciones legales, judiciales y de registro.

Ahora es necesario tratar los derechos que nacen del matrimonio. La explicación kantiana de este punto no es

62 Cfr. *ibid.*, pág. 358, nota; cfr. “Metaphysik der Sitten Vigilantius...”, pág. 642; cfr. Stacey, Matthew. *Kant on Sex...*, pág. 24, 34, 41 y 43. Otra formulación kantiana indica que, no es “tener a la persona como mía” sino “tener a una persona como aquello que es mío”. Kant es más específico en la cátedra Vigilantius, diciendo que esta forma de ilustración es meramente analógica. Es un error asumir, con Stacey, que la postura kantiana establece que el comercio sexual convierte a las personas en cosas, pues este comercio no implica una pérdida de humanidad en caso alguno. Es crucial tener este punto claro, si no se desea incurrir en la asunción de que el planteamiento kantiano promueve la objetificación de las parejas sexuales; al contrario, es precisamente lo que pretende evitar.

63 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 260.

64 Cfr. *ibid.* pág. 247.

65 Cfr. *ibid.* pág. 260.

66 Cfr. *ibid.* pág. 278.

particularmente clara con respecto a los derechos patrimoniales, al no detallar por qué existe la igualdad de la posesión [*Gleichheit des Besitzes*]⁶⁷ de bienes dentro del matrimonio, limitándose a aseverarla⁶⁸. Pero es posible aclarar el argumento diciendo que, dado que la pareja hace concesiones mutuas y equivalentes acerca de sus propias humanidades, la cuota de posesión intelectual recíproca será idéntica entre las personas contrayentes; por ello, la relación marital comporta una necesaria igualdad en la posesión intelectual de la pareja⁶⁹. Esto implica que cada persona deviene en valorada igualmente dentro del matrimonio y que no existen relaciones desproporcionadas de preferencia relativa a los derechos de una parte sobre los de la otra⁷⁰.

De la misma manera, no hay motivo para deducir un derecho real preferencial con respecto a los bienes del hogar para con una de las partes por sobre la otra. Es decir, que todo cuanto adquieran será como individuos con igual capacidad de obrar civilmente, pues el matrimonio tampoco da lugar a la cesión de personalidad. Esto comporta que el matrimonio cuenta con apertura para que las partes contrayentes decidan cuál es la manera en que regularán el patrimonio de su hogar –por ejemplo, si adquieren sus bienes a título común o individual, las reglas para la distribución en caso de separación, etc.– pudiendo modificarse inclusive en pactos adicionales de carácter contractual civil⁷¹.

67 Usamos “igualdad de posesión” en lugar de “igualdad en posesión” porque la última parece indicar equivalencia entre las porciones, que no es el punto aquí tratado.

68 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”, pág. 278.

69 Cfr. Kant, Immanuel. “Moralphilosophie Collins...”, pág. 388.

70 Cfr. Petit, Eugène. *Traité...*, pág. 102. Por ejemplo, el caso de las *iustae nuptiae* en Roma antigua y en algunas codificaciones derivadas sí implica una desproporcionalidad que se extiende hasta los derechos de la persona sobre sí misma.

71 Cfr. Kant, Immanuel. “Die Metaphysik...”,

Esto siempre presupondrá la existencia de un matrimonio y será susceptible de ser limitado cuando haya otras personas que dependen del patrimonio familiar formado.

Aunemos este régimen patrimonial a un conjunto –no exhausto aún– de derechos que se fundamentan en que “[...] el alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales [...]”⁷² y que incluyen “[...] impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio, autoridad para tomar decisiones médicas, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, [...] beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos [...]”⁷³. Todos estos son derechos derivados del matrimonio.

Con respecto a estos derechos, la prohibición del matrimonio, e inclusive de la unión de hecho, entre personas LGBTI deja a las partes – frente al resto de la población– en una potencial condición de inaceptable y grave desigualdad. En casos de potestades referentes a decisiones médicas o la sucesión sobre los bienes adquiridos durante la duración del hogar común, por ejemplo, la pareja afectiva de la persona vulnerable o fallecida puede ser sometida a la grave agresión –con arraigo estructural– de no tener derecho alguno frente a las personas reconocidas legalmente para representar o suceder, a pesar de haber hecho vida íntima y familiar consentida con su pareja, habiendo compartido un proyecto de vida.

Como hemos dicho, cualquier prohibición para contraer matrimonio –que no recaiga sobre los requisitos esenciales ya mencionados– es equívoca. Dado que el matrimonio da lugar

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17...*, párrs. 197 y 198.

73 *Ibid.*

a derechos patrimoniales y a un conglomerado de derechos de otras índoles que derivan del mismo, toda prohibición para acceder a aquellos que esté motivada por condiciones ajenas a las que podrían válidamente imposibilitar el matrimonio mismo, también será equívoca. Si existe discriminación por motivos de orientación sexual para contraer matrimonio, existe también discriminación para ejercer los derechos derivados de la convivencia familiar⁷⁴. Por ello, si se quiere eliminar la discriminación, no basta con que la ley faculte el reconocimiento del estatus marital de las parejas del mismo sexo, sino que debe ser un reconocimiento que surta los mismos efectos jurídicos; es decir, los mismos derechos derivados del matrimonio entre parejas de distinto sexo.

Algunas consideraciones finales

Anticipamos que el modelo de matrimonio que hemos expuesto exhiba el potencial de erradicar cualquier subrepción foránea en las discusiones genuinas acerca del derecho a que las uniones afectivas, de toda conformación, sean protegidas. Nuestra base ha sido un planteamiento próximo al contractualismo prerromántico, pero parece idóneo –aun hoy– para limitar el poder estatal frente a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Está claro que el matrimonio es solo uno de los temas problemáticos respecto a los derechos de las personas LGBTI en nuestra región. En países como Honduras, la violencia generalizada y la condición de vulnerabilidad diferenciada de este sector se ha manifestado en una serie ininterrumpida y creciente de crímenes violentos, cuya solución es del máximo

74 *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Karner vs. Austria*, sentencia del 24 de julio de 2003, 40016/98, párrs. 34 y 35.

apremio. Debido al esfuerzo de algunos grupos y organizaciones en su estudio de estos temas, Honduras cuenta ahora con significativos insumos para dar comienzo a medidas sistemáticas que contribuyan a reducir la vulnerabilidad de las personas LGBTI en su territorio. Se puede trabajar ahora en hacerlas realidad.

El prospecto de la construcción de sociedades más equitativas requiere que toda aspiración por el uso de la ley para ofuscar el principio de la igualdad sea renunciada. El reconocimiento del matrimonio igualitario no beneficia solo a las personas LGBTI, sino que significa –para la ciudadanía en general– que, mientras no exista un daño, toda persona podrá buscar su realización privada en la manera en que estime conveniente⁷⁵. Esta es una oportunidad, además, para convencernos de que las discusiones sobre derechos fundamentales necesitan que los argumentos utilizados eleven su nivel y se adecúen a los principios de la democracia material, por lo que no es recomendable dar continuación al constante conflicto de dogmas que frecuentemente nubla el avance en la reducción de las violencias en nuestros países. Bien puede ser ahora el momento para sustituir esta disonancia infructífera con el lenguaje unificado del interés por el respeto a la dignidad humana.

75 *Cfr.* Kant, Immanuel. “Über der Gemeinspruch...”, pág. 290.