

**LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN
NICARAGUA.
UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL
PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA
ORIENTACIÓN SEXUAL**

Dra. Wendy M. Jarquín Orozco

Profesora Invitada de la Universidad de Castilla-La Mancha

“Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual”¹.

RESUMEN: El matrimonio visto como la unión entre dos personas de distinto sexo ya no es la única concepción que se tiene a nivel global. La evolución de la sociedad demanda una regulación más amplia e incluyente de esta institución. Este artículo analiza la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio con base en una interpretación de la Constitución Política nicaragüense o si requiere de una reforma constitucional para poder regular legislativamente este tema. Asimismo se toman en cuenta, los principios de igualdad y no discriminación como base para este análisis.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, homosexualidad, interpretación, constitución política, igualdad, no discriminación.

ABSTRACT: Marriage, seen as the union between two people of different sexes, is no longer the only conception we have globally. The evolution of society requires a bigger and more inclusive regulation of the institution of

¹ Véase párrafo 93 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 [en línea], en página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (última consulta, 25 de febrero de 2015)

marriage. This article analyzes whether there is a possibility for homosexual people to get married in Nicaragua, based on an interpretation of the Political Constitution, or if a constitutional reform is necessary to regulate this new concept. As well, it is mandatory to take into account the principles of equality and non-discrimination as the basis for this analysis.

KEYWORDS: Marriage, homosexuality, interpretation, constitution, equality, non-discrimination.

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2016.

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2016.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente en Nicaragua se ha aprobado el Código de Familia², que regula el régimen jurídico de la familia y de sus integrantes, es decir, regula las relaciones jurídicas intrafamiliares, de esta con terceros y con las entidades de sectores públicos y privados, así como los efectos jurídicos que de ellas surjan³. Durante la discusión de este Código se produjo un intenso debate público en torno a la posibilidad de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, en razón de que la regulación anterior contenida en el Código Civil de 1904, solo reconocía como válido el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Finalmente, el Código de Familia, con base en una interpretación literal del art. 72 de la Constitución Política de Nicaragua continuó -en la misma línea del Código Civil- estableciendo el principio heterosexual del matrimonio, es decir, asumiendo el matrimonio como la unión voluntaria de un hombre y una mujer. Si bien esta ha sido la concepción tradicional de la institución del

² Aprobado mediante la Ley nº 870 de 24 de junio de 2014, publicada en la Gaceta, Diario Oficial, nº 190 de 8 de octubre de 2014.

³ Por primera vez se regula en un único cuerpo jurídico los asuntos de familia que antes estaban dispersos en diversos instrumentos, entre ellos: el Código Civil de la República de Nicaragua, la Ley Orgánica del Patrimonio Familiar y de las Asignaciones Forzosas Testamentarias, la Ley de Adopción y su reforma, la Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las partes y su reforma, la Ley Reguladora de las Relaciones Madre, Padre, Hijos e Hijas, la Ley de Alimentos y su reforma, la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna y su reglamento, entre otras normas jurídicas.

matrimonio, no resulta pacífico entender que sea la única pues existen datos que demuestran que la misma no se ha mantenido estática o invariable, sino que ha evolucionado a la par de la realidad social, con lo cual se hace necesario estudiar si dentro del marco constitucional es posible, hoy día, una opción legislativa que permita regular el derecho al matrimonio como derecho de las personas o si esto ameritaría una reforma constitucional.

El art. 1.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que todas las personas nacemos libres e iguales en dignidad y derechos⁴, por tanto, la primera parte de este estudio se centrará en analizar si a partir de una interpretación evolutiva de la Constitución es posible la concepción del matrimonio como derecho de las personas, para lo cual se abordará al matrimonio en su doble faceta: por un lado, como una institución garantizada por la Constitución y, por otro, como un derecho constitucional que debe ser desarrollado mediante ley. La garantía institucional implica que el matrimonio es una institución preexistente a su constitucionalización, que cuenta con características definitorias y esenciales que le hacen reconocible como tal, y que constituyen un límite al legislador que al momento de regularlas no puede suprimirlas, so riesgo de desnaturalizar a la institución o hacerla irreconocible, en consecuencia, el análisis deberá centrarse en la identificación de dichas características y específicamente en determinar si la heterosexualidad puede considerarse como perteneciente a dicha categoría. Por otro lado, también es preciso estudiar si el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo limitaría el ejercicio del derecho subjetivo en relación a las condiciones con las que existe en la actualidad.

Finalmente el objetivo principal será analizar si reconociendo el matrimonio como derecho de las personas, una regulación legal que impidiese su ejercicio a las parejas del mismo sexo vulneraría los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la orientación sexual.

⁴ Esto ha sido interpretado por los Principios de Yogyakarta de la siguiente manera: “Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”. Esto exige que los Estados consagren los principios de universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en sus Constituciones nacionales y en su sistema jurídico, debiendo modificar toda legislación a fin de asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos. Véase Principios de Yogyakarta [en línea], http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (última consulta, 7 de abril de 2015).

Es necesario aclarar que con el presente estudio no se pretende realizar un juicio de constitucionalidad del nuevo Código de Familia pues esa labor solamente corresponde al juez constitucional nicaragüense, sino que la finalidad se limita a presentar una lectura constitucional que permita dilucidar si existe alguna vía que, sin necesidad de una reforma constitucional, abra las puertas a un futuro reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo.

2. REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

La Constitución de la República de Nicaragua -en adelante, CP- regula en su art. 72 del Capítulo IV “Derechos de la familia”, del Título IV “Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”, a la institución del matrimonio -y al régimen de convivencia *more uxorio*- en los siguientes términos:

Artículo 72: El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado; descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por el mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia⁵.

Como antecedente habrá que decir que hasta la aprobación del Código de Familia, la regulación de la institución del matrimonio estuvo contenida en el Código Civil de 1904, cuya vigencia es previa a la de la Constitución⁶. Dicho cuerpo legal definía en su art. 94 al matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre se unía con una mujer para toda la vida, teniendo como único objeto la procreación y el mutuo auxilio. Regulando, por tanto, a dicha institución -según la idea general y tradicional que inspiraba a los códigos civilistas de la época- como la unión de un hombre con una mujer.

⁵ Véase *Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas incorporadas* [en línea], <http://digesto.asamblea.gob.ni/iunp/docspdf/gacetas/2014/2/g32.pdf> (última consulta, 21 de febrero de 2015). Esta versión incluye la última reforma aprobada por Ley n° 854 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”, publicada en la Gaceta, Diario Oficial n° 26, de 10 de febrero de 2014.

⁶ Este Código siguió vigente en base al art. 198 de la Constitución que mantenía la vigencia de las leyes preconstitucionales en tanto no se le opusieran.

El art. 53 del vigente Código de Familia -en adelante, CF- define al matrimonio como la unión voluntaria entre un hombre y una mujer constituida por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes con la aptitud legal para ello, con el fin de hacer una vida en común y constituir una familia basada en la solidaridad y el respeto mutuo.

Por lo que se debe puntualizar, en primer lugar, que conforme al texto constitucional corresponde al legislador regular a la institución del matrimonio tomando como criterio principal al art. 72 CP, pero sin dejar de tener en cuenta al resto de preceptos constitucionales, es decir, que la legislación sobre la materia debe ser acorde también con los valores y principios fundamentales que irradian todo el ordenamiento jurídico-constitucional, entre ellos: la dignidad de la persona, la libertad, la justicia, la igualdad, la prohibición de discriminación y la preeminencia de los derechos humanos.

En segundo lugar, el legislador nicaragüense realizó una interpretación literal del art. 72 CP lo que le llevó a considerar que existe una reserva constitucional a favor del matrimonio heterosexual. Lo cierto es que partiendo exclusivamente de aquel precepto constitucional se podría entender que el matrimonio heterosexual es la única opción constitucionalmente admisible para el legislador, sin embargo, la postura que se defiende en este trabajo es que la interpretación de este precepto constitucional también puede realizarse desde una perspectiva no literal sino evolutiva, tomando en consideración los avances sociales de la vida moderna, que incluyen una nueva manera de vivir las relaciones personales y de pareja, que debe ser regulada también por el derecho. Además reiteramos que esta interpretación constitucional debería hacerse de manera sistemática a la luz de los principios y valores que inspiran al ordenamiento jurídico-constitucional.

3. HACIA UNA CONCEPCIÓN DEL MATRIMONIO COMO DERECHO DE LAS PERSONAS

Una de las premisas sobre las que se podría fundamentar el reconocimiento del matrimonio como derecho de las personas es la admisión de que el concepto “matrimonio” no ha sido único o estático, sino que ha vivido

una evolución paralela a la evolución social, de este modo se puede afirmar que el concepto varía de cultura en cultura y de época en época. Así, la idea con la que se concibe esta institución en la cultura árabe no es la misma que la sostiene en la cultura occidental, ni el concepto jurídico actual de matrimonio es el mismo que el contenido en las bases del derecho romano clásico⁷.

La concepción jurídico-tradicional del matrimonio en el mundo occidental ha tenido sus bases tanto en el Derecho Romano cuanto el Derecho Canónico, así encontramos la definición que daba Modestino en el Digesto: “*nuptia sunt coiunctio maris et feminae et consortium totius vitae, divini et humani iuris comunicatio*”⁸. Como se observa, este concepto de matrimonio tiene como elementos principales a la monogamia, la diferencia de sexo y la pervivencia en el tiempo. Por otro lado, el Derecho Canónico es el que ha terminado de configurar el modelo de matrimonio en Occidente, así se encuentra que hasta el siglo X las cuestiones matrimoniales fueron competencia de las autoridades civiles, pero a partir de ese momento se comienza a asentar la competencia exclusiva sobre esa materia de las autoridades eclesiásticas, a partir de la concepción del matrimonio como un sacramento. De esta manera durante siglos la única regulación del matrimonio existente en Europa fue la contenida en el Derecho Canónico.

En términos generales, podría decirse que el concepto de matrimonio en el Derecho Canónico ha experimentado algunos cambios, no obstante, se han conservado ciertos rasgos, entre ellos, su definición como “unión entre hombre y mujer”⁹. Por tanto, para el Derecho Canónico la diferencia de sexo continúa

⁷ En este mismo sentido CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ exponen que: “El concepto jurídico de ‘matrimonio’ no es algo estático que se haya mantenido inalterado en todos los países del mundo y a través del tiempo. Todo lo contrario. El concepto de ‘matrimonio’ es variable: es distinto de país a país, de cultura a cultura, y además, es un concepto que ha cambiado profundamente con el paso de los años”. Continúan razonando estos autores en la relatividad del concepto de matrimonio basándose en que el matrimonio que regula el derecho musulmán es diferente al que se regula en el Código Civil español, y así concluyen que aún siendo el mismo nombre, el concepto y el contenido son muy diferentes. Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia nº 23, 2005, p. 15.

⁸ Digesto 23,2,1 El matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano.

⁹ Así el canon 1055 del vigente Código de Derecho Canónico de 1983, reconoce que el matrimonio es la alianza por la que el varón y la mujer constituyen un consorcio de toda la vida, ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Véase *Código de Derecho Canónico* [en línea], en http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM (última consulta, 23 de febrero de 2015). El canon 1056 establece como propiedades esenciales del sacramento del matrimonio a la unidad y la indisolubilidad; y el inciso 2 del canon 1057, establece que el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para

siendo una característica esencial, propia e invariable del matrimonio a partir de la base de la procreación como finalidad esencial de dicha institución. De este modo la identidad de sexo entre los contrayentes sería un impedimento matrimonial y afectaría la capacidad para contraer matrimonio religioso pues es taxativo que “*dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio entre sí porque el matrimonio es, per definitionem, una unión entre varón y mujer*”¹⁰.

Hasta el siglo XV la regulación del matrimonio vino dada por el Derecho Canónico, pero a partir de ese momento los países que se vieron influenciados por la reforma protestante vieron surgir “el modelo de matrimonio civil¹¹”, en donde este ya no es considerado como un sacramento, sino que se asume como una cuestión jurídica o un contrato que debe estar regulada por el propio Estado. Esta nueva regulación que alcanzó su máximo auge con la Revolución Francesa de 1789 -donde el matrimonio terminó por secularizarse- seguirá conservando los perfiles propios que hasta el momento venían caracterizando a la institución¹², así el Código Civil francés de 1804 concibe al matrimonio como una “unión entre varón y mujer”, es decir, continua manteniendo a la distinción de sexo como elemento propio de la institución¹³. Este fue el modelo acogido por la mayor parte de los Códigos Civiles europeos y fue la concepción asumida por el Código Civil nicaragüense de 1904.

No obstante, hoy día es razonable plantearse algunas dudas con relación a este concepto histórico o tradicional de matrimonio, entre ellas, si puede entenderse que ese vínculo continúa siendo perpetuo¹⁴, o si la finalidad

constituir el matrimonio. Con lo cual se destaca que la indisolubilidad de la institución sigue siendo considerada -salvo algunas excepciones- como una característica invariable.

¹⁰ Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo*, op. cit., p. 20.

¹¹ Que convive en la actualidad con el modelo religioso. En este artículo nos vamos a centrar en el matrimonio civil.

¹² Véase CAMAÑARES ARRIBAS, Santiago, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Iustel, Madrid, 2007, p. 18.

¹³ PICHARDO GALÁN relata que durante el siglo XIX se produjo un proceso en el cual la teología fue sustituida por el naturalismo científico que intenta explicar las relaciones sociales a través de la naturaleza. Expone que “[l]a naturalización de las relaciones de parentesco encuentra su correlato en la concepción de la sexualidad como un impulso natural que empuja a la heterosexualidad y, por tanto, en la naturalización de las diferencias de género, ya que dichas diferencias son básicas y necesarias para la reproducción”. Asumiendo que desde esta perspectiva, la familia nuclear heterosexual sería el núcleo básico del parentesco. Véase PICHARDO GALÁN, José Ignacio, *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, Bellaterra, Barcelona, 2009, p. 50.

¹⁴ En relación a esta características algún autor considera que partiendo de la estabilidad del matrimonio existen dos corrientes discrepantes basadas en la libertad y la dignidad de las personas, por un lado, la que defiende la indisolubilidad del matrimonio (salvo por muerte de uno de los cónyuges) y, por otro, la

esencial del mismo es la procreación, caso que esta última premisa fuera cierta, se debería considerar como impedimento para contraer matrimonio o como causa de su nulidad, a la negativa o a la imposibilidad de algunas parejas heterosexuales de procrear hijos. Por otro lado, cabría cuestionarse si el único modelo de familia que sigue existiendo en la actualidad es aquel que tiene su base en el matrimonio. A mi juicio, la respuesta a estos cuestionamientos debe servir de fundamento para defender la evolución de la institución del matrimonio.

Desde ya se puede adelantar que en el derecho comparado el concepto jurídico de matrimonio no coincide con el concepto tradicional que se ha manejado en el mundo occidental, pues algunos elementos o perfiles de esta institución han sufrido una evolución o cambio, principalmente a partir de la última década del siglo XX y primera del presente. Ejemplo de ello es la tendencia de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en una gran parte de países europeos y latinoamericanos.

Lo importante de este planteamiento es defender que en esta evolución, el matrimonio ha pasado a ser un “derecho de las personas” con independencia

que defiende la posibilidad de producirse el divorcio cuando sobrevienen causas previstas en la ley. El autor partidario de la primera corriente, entiende que contemplar la posibilidad del divorcio hace que el matrimonio regulado sea irreconocible como perteneciente al tipo abstracto preestablecido por la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, no obstante, expresa que el contenido esencial de un derecho viene determinado por las convicciones generales admitidas por los juristas y esto se convierte en un límite para el legislador, por lo que a su juicio al existir dos posiciones preexistentes en la conciencia jurídica, se debería permitir un régimen opcional entre matrimonio disoluble e indisoluble, lo que se traduce en no imponer una concepción matrimonial. En conclusión, el autor entiende que la disolubilidad y la indisolubilidad son ambas características esenciales del matrimonio, acordes con el pluralismo, la libertad y la igualdad jurídica, por lo que propugna por la regulación de dos tipos de matrimonio pues la existencia del matrimonio disoluble no alteraría el contenido esencial del matrimonio indisoluble, y viceversa. A mi entender el autor adopta una postura paradójica por cuanto no se puede entender que una cosa y su contraria sea una característica esencial de la institución del matrimonio, aunque quizá su postura dual haga referencia a lo que debe entenderse por matrimonio en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico, desde luego, lo interesante es la defensa que hace de la regulación simultánea de dos tipos matrimoniales, en aras de satisfacer el respeto a la igualdad. Véase BAURA, Carlos, “El «contenido esencial» del derecho constitucional al matrimonio”, en *Ius Canonicum*, VOL. XXVII, n° 54 Universidad de Navarra, 1987, pp. 697-739. Para CASTRO SÁENZ, el consorcio para toda la vida existe en el Derecho Canónico -no en el romano- como manifestación de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, de ello deriva por una parte, la consecuencia de la imposibilidad canónica del divorcio y, por otra, la posibilidad en el derecho romano de la disolución del vínculo por consenso o por la voluntad de uno de los cónyuges. Esto lo explica a partir de que el consenso -la sincronía de voluntades- en el régimen canónico solamente es necesario expresarlo al momento del acto del matrimonio, siendo este fundacional, existiendo luego el consorcio de toda la vida, en cambio, en el régimen romano, el consenso es necesario reiterarlo a lo largo del estado del matrimonio con lo cual, consenso y consorcio pasan a identificarse. En la tradición romana la *affectio maritalis* se entiende “como la manifestación de un consentimiento que, hecho consorcio, ha de mantenerse para que el vínculo no decaiga”, en el derecho canónico el matrimonio tiene una consideración sacramental y de allí su carácter indisoluble. Véase CASTRO SÁENZ, Alfonso, “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo”, en *Revista de estudio histórico-jurídicos* n° 23, Valparaíso, 2001 [en línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300003> (última consulta, 31 de marzo de 2015).

de su orientación sexual. Para ello se presenta este análisis del derecho al matrimonio desde la perspectiva objetiva o institucional y desde la perspectiva subjetiva, a fin de determinar dos aspectos: en primer lugar, si la diferencia de sexo constituye un rasgo esencial de dicha institución o si, por el contrario, esta se mantiene inalterable con indiferencia de tal elemento, lo que posibilitaría la opción legislativa a favor del reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otro lado, habrá que analizar si la extensión del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo desvirtúa el contenido esencial del mismo.

3.1 EL MATRIMONIO COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

La garantía institucional es una categoría que fue acuñada en los años veinte por la doctrina alemana con la que se persigue la protección frente al legislador de aquellas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución, es decir, que están enunciadas pero no reguladas. La finalidad de esta protección es preservar a la institución no solo de su destrucción, sino también de su desnaturalización¹⁵.

Este concepto fue recogido por primera vez por el Tribunal Constitucional español en la STC 32/1981, de 28 de julio¹⁶, reconociendo que el orden jurídico-político establecido por la Constitución debe garantizar la existencia de determinadas instituciones consideradas indispensables para asegurar los principios constitucionales. Es decir, que la garantía institucional solo debe extenderse a aquellas instituciones consideradas como “elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional”, que no son reguladas *in extenso* en la Constitución por lo que corresponde al legislador ordinario definir su contenido. Desde esta lógica, la garantía institucional no persigue asegurar “*un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado*

¹⁵ Véase CIDONCHA MARTÍN, Antonio, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 23, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009, p. 150.

¹⁶ Véase Fundamento Jurídico 3 de la STC 32/1981, de 28 de julio [en línea], en página web del Tribunal Constitucional <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32> (última consulta, 24 de febrero de 2015). El Tribunal Constitucional ha reconocido jurisprudencialmente la existencia de las siguientes garantías institucionales: la autonomía local, el régimen foral, la seguridad social, la familia, los colegios profesionales, el *habeas corpus*, el *habeas data*, el derecho de fundación, la autonomía universitaria y el matrimonio.

de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar". En consecuencia, la pretendida garantía sería *"desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre"*.

Extrapolando esta línea argumental al ordenamiento jurídico nicaragüense se puede decir que la sola mención del "matrimonio" en el art. 72 CP implicó que el constituyente incorporara una garantía institucional¹⁷, basándonos en que el matrimonio cumple con las variables de ser una institución enunciada y no desarrollada en la Constitución; una institución fundamental o arquitectural dentro del orden jurídico-constitucional nicaragüense y, finalmente, una institución cuyo contenido debe ser definido por el legislador. Es decir, que la institución del matrimonio existía antes de ser recogida por la Constitución de 1987, no obstante, esta garantía no significa que la institución del matrimonio no pueda ser modificada o no pueda evolucionar, sino que implica que el legislador debe regularla sin desnaturalizarla, para lo cual debe proteger el núcleo esencial -conformado por sus características definitorias- que ha quedado determinado a partir de su evolución histórica y también social.

Por tanto, el razonamiento exige el análisis de si una posible regulación legal que abra las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo supondría la desnaturalización de la institución del matrimonio, es decir, si supondría privarla de su posibilidad de existencia real para convertirla en un simple nombre. A fin de alcanzar este objetivo se debe fijar de previo cuál es el límite que tiene el legislador nicaragüense al momento de regular a dicha institución, y esto solamente se consigue identificando el contenido esencial de

¹⁷ El criterio decisivo para considerar la existencia de una garantía institucional es que se le asignen funciones o un papel estructurante en el sistema diseñado por la Constitución. En tal caso la supresión de dicha institución estaría vedada al legislador porque no se puede reconocer a este la capacidad de incidir en la organización del Estado que deriva de la Constitución. "La finalidad de la garantía institucional es la de otorgar una específica protección constitucional frente al legislador ordinario a determinadas y típicas características de una institución, en la medida en que estas han pasado a ser -como resultado de la evolución histórica de dicha institución- esenciales e identificativas de la misma". Véase PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 23.

la misma, a partir de una interpretación del art. 72 CP y de la evolución social del matrimonio.

Como quedó asentado el art. 72 CP reconoce que tanto el matrimonio cuanto la unión de hecho estable están protegidos por el Estado y que descansan en el acuerdo voluntario “del hombre y la mujer”. Por tanto, una interpretación literal u originalista de dicho precepto nos llevaría a concluir dos cosas: que solamente puede contraer matrimonio un hombre con una mujer, o bien -parafraseando al Tribunal Constitucional español- que el precepto identifica a los titulares del derecho a contraer matrimonio, pero no dice con quién debe contraerse¹⁸.

Sin embargo, es preciso indicar que atendiendo a la evolución histórica del concepto de matrimonio, era lógico que en 1987 -año en que se dicta la Constitución nicaragüense- el mismo se circunscribiese a la unión del hombre y la mujer, pues en esa época el matrimonio entre personas del mismo sexo no se había planteado en el debate social ni jurídico¹⁹. Por tanto, resulta a todas

¹⁸ En esta lógica el Tribunal Constitucional de España en STC 198/2012, de 6 de noviembre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, reconoce que desde una interpretación estrictamente literal del art. 32 de la Constitución española, este solo identifica a los titulares del derecho a contraer matrimonio, pero no con quién debe contraerse. Destacando que eso no supone que el constituyente de 1978 tuviese la voluntad de extender el ejercicio de tal derecho a las uniones homosexuales. Véase Fundamento Jurídico 8 de la STC 198/2012, de 6 de noviembre [en línea], en [página web del Tribunal Constitucional](http://www.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106) <http://www.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106> (última consulta, 25 de febrero de 2015).

¹⁹ Así lo afirman CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, al referirse al concepto de matrimonio empleado por el art. 32 de la Constitución de España de 1978, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 23.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Entienden que: “El matrimonio al que se refieren dichos textos era, pues, el matrimonio ‘entre varón y mujer’, porque, en tal época, para poder hablar de ‘matrimonio’ debía existir una unión entre personas de sexo diferente. Y como cualquier otra cosa era inconcebible, los textos legales citados no se molestaron en especificar que el ‘matrimonio’ era una unión entre ‘varón y mujer’ eso se daba por descontado”. Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia nº 23, 2005, p. 14. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al referirse al mencionado art. 12 del Convenio, manifestó que la redacción de dicho precepto fue deliberada pues en los años cincuenta el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de unión entre personas de diferente sexo. Véase Sentencia del caso *Schalk and Kopf v. Austria*, nº 30141/04, de 24 de junio de 2010, §55 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015). En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de México en la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República en la que solicitó la invalidez de la reforma de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo y les posibilita la adopción, ha entendido que no es posible realizar una interpretación auténtica, desde el espíritu del constituyente, de la concepción del matrimonio en la Constitución Federal, a fin de amparar que solo es posible el matrimonio entre hombre y al mujer, pues es un hecho innegable que en ese momento histórico -1974- las personas homosexuales permanecían ocultas, dada la desaprobación social hacia ellas -considerándolos incluso como enfermos mentales-, por tanto, si no era ni siquiera pensable su existencia mucho menos lo era el reconocimiento de las uniones que establecieran de acuerdo con su orientación sexual. Véase sentencia que resuelve la Acción de

luces coherente que el constituyente ni permitiese ni prohibiese el matrimonio entre personas del mismo sexo.

No obstante, la Constitución es un texto vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales para adaptarse a las realidades de la vida moderna y a las exigencias de la sociedad en el presente²⁰. Lo que hace necesario que, partiendo de la base de la evolución del concepto de matrimonio, la interpretación que se haga de dicho precepto no sea una interpretación literal sino evolutiva, a fin de permitirnos evaluar si una posible reforma legal que abra las puertas al matrimonio entre personas del mismo sexo alteraría el núcleo esencial de la institución del matrimonio tal y como se concibe actualmente.

Durante la evolución del concepto de matrimonio se consideró que su finalidad esencial era contribuir a la reproducción de la especie humana como fundamento único de la familia, para lo cual resultaba imprescindible la unión de dos personas de diferente sexo. Es decir, que si el objetivo fundamental del matrimonio era la procreación, y si el modelo ideal de familia era el conformado por padre, madre e hijos (familia nuclear), es entendible que la institución idónea para fundarla, fuese el matrimonio. De allí que existiese el nexo entre matrimonio y familia; o entre heterosexualidad, matrimonio, procreación y familia.

Como se expresó *supra* debemos cuestionarnos sobre si el único modelo de familia que existe actualmente es el nuclear formado a partir del

Inconstitucionalidad 2/2010, p. 146 [en línea], <http://supremacorteinforma.blogspot.com.es/> (última consulta, 29 de abril de 2015).

²⁰ Sobre esta forma de interpretación habla la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar que los tratados sobre derechos humanos, al ser instrumentos vivos, deben ser interpretados conforme a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Véase párrafo 83 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, *supra*. El Tribunal Constitucional español rescata la consideración de la doctrina canadiense de la Constitución como “árbol vivo”, que a través de la interpretación evolutiva “se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. Véase Fundamento Jurídico 9 de STC 198/2012, *supra*. En este mismo sentido, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en la sentencia *Obergefell et al. v. Hodges Director Ohio Department of Health et al.*: “The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning. When new insight reveals discord between the Constitution’s central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed”. Véase 576 U.S. 2015, p. 11.

matrimonio²¹, o si la finalidad esencial de este continúa siendo la reproducción para lo cual basta observar la realidad existente a nuestro alrededor a fin de constatar que si bien la familia nuclear o tradicional formada por un hombre y una mujer casados y sus hijos, sigue siendo el modelo mayoritario, ya no es el único que existe ni es tampoco el único que goza de aceptación social y de protección estatal²². Hoy día existen familias sin hijos, familias monoparentales, familia sin vínculo formal, familias que surgen de uniones de hecho, familias con padres divorciados o familias homoparentales²³.

Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha reconocido que el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁴, no reconoce un concepto cerrado de familia, ni protege únicamente al modelo tradicional de la misma, en este sentido, ha expresado que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio, sino que debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida en común fuera del matrimonio²⁵. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha variado su postura a la par de la

²¹ Si el único modelo de familia que existiese es el modelo nuclear, la posibilidad de regular a la institución del matrimonio con un fin distinto a la procreación quebrantaría la tutela que el Estado está obligado a brindar a aquella como núcleo esencial de la sociedad.

²² La Constitución Política de Nicaragua no define un modelo de familia, sin embargo el Código de Familia en el art. 37 reconoce la existencia de estos modelos: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer y vínculos de parentesco. De igual forma, las familias encabezadas por madres solteras, padres solteros, viudas, viudos, divorciados, divorciadas, abuelos, abuelas, así como por otros miembros de la familia, que ejerzan la autoridad parental, gozarán de la misma protección y tendrán los mismos deberes y derechos de solidaridad, respeto, tolerancia y buen trato establecidos en este Código". En este sentido, PICHARDO GALÁN reconoce que el cuestionamiento de la familia nuclear como modo de organizar las relaciones de parentesco y la reproducción no es nuevo, sino que entró en crisis desde finales del siglo XIX, expresando que a principios del siglo XX existían en Europa sectores que dentro del marco de la reforma sexual propugnaban por diversos modos de relación afectiva y sexual de las nuevas generaciones. Expone que existen realidades que ponen en duda la concepción de la familia nuclear heterosexual como la médula básica de las relaciones de parentesco, entre ellas: divorcios, separaciones, nuevos casamientos, padres y madres solteros, parejas sin hijos, hijos al margen del matrimonio, parejas sin vínculo formal, familias homosexuales, varias generaciones viviendo en una casa, abuelos criando a nietos, mujeres fuera del hogar, migraciones y familias transnacionales, entre otras. Véase PICHARDO GALÁN, José Ignacio, *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, op. cit., p. 51.

²³ Tanto el Diccionario de la Real Academia Española como la doctrina la define como aquellas familias formadas por dos personas del mismo sexo y sus hijos. Véase LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, *Homosexualidad y familia. Lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales deben saber y hacer*, editorial Graó, Barcelona, 2006, p. 15.

²⁴ Art. 17: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención". Véase *Convención Americana sobre Derechos Humanos* [en línea], http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (última consulta, 1 de marzo de 2015).

²⁵ Véase párrafo 142 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, *supra*.

evolución social en relación con la concepción del binomio matrimonio-familia, así en un primer momento sostuvo que el art. 12 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales protegía únicamente al matrimonio heterosexual como la base de la familia²⁶, sin embargo, posteriormente cambió su criterio al reconocer que si bien el art. 12 de la Convención garantiza el derecho al matrimonio y a fundar una familia, este segundo aspecto no es una condición del primero por lo que la incapacidad de un pareja -heterosexual- para concebir un hijo no puede ser considerada *per se* como un impedimento para contraer matrimonio²⁷. El cambio definitivo, y fundamental para la argumentación que aquí se sostiene se da en la sentencia del caso *Kozak v. Poland*²⁸, donde el TEDH sostiene que la Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales por lo que el Estado a la hora de elegir los medios para proteger a la familia y asegurar el respeto de la vida familiar, debe tomar en cuenta el desarrollo de la sociedad y los cambios en la percepción del estatus social, civil y de las relaciones, incluyendo el hecho de que no hay una sola manera de conducir la vida familiar y privada. En *Schalk and Kopf v. Austria* reitera que la noción de familia que protege la Convención no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que puede abarcar otros lazos familiares²⁹.

Llegados a este punto podemos concluir que la familia nuclear ya no es el único modelo de familia existente en las sociedades contemporáneas, y que ha existido una disociación del concepto matrimonio-familia³⁰ y del concepto

²⁶ Véase sentencia del caso *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, de 30 de julio de 1998, § 66 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212#{"itemid":\["001-58212"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015).

²⁷ Véase sentencia del caso *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, n° 28957/95, de 11 de julio de 2002, § 98 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596#{"itemid":\["001-60596"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60596#{) (última consulta, 1 de marzo de 2012). En esta sentencia el TEDH encuentra que ha existido, entre otras, la vulneración del 12 de la Convención por no permitir a una persona transexual -que había hecho el cambio del sexo masculino al femenino- el reconocimiento del género asignado tras la operación, y seguir tratándolo como hombre en base al sexo biológico, impidiéndole contraer matrimonio con otro hombre. Como se expresó reconoce que la imposibilidad de esta pareja heterosexual de tener hijos no les debe impedir contraer matrimonio.

²⁸ Véase sentencia del caso *Kozak v. Poland*, de 2 de marzo de 2010, n° 13102/02, § 98 [en línea] [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97597#{"itemid":\["001-97597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97597#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015).

²⁹ *Supra*, nota 19, § 91.

³⁰ "Se considera que 'el matrimonio' y la 'familia' son dos bienes constitucionales diferentes y por ello, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 de la Constitución Española salvaguarda con independencia de que éstos hayan sido concebidos fuera o dentro del matrimonio, de que se haya

matrimonio-procreación, en razón de que la “*potencialidad de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio*”³¹.

Es decir, que aunque históricamente el matrimonio ha sido considerado como la base fundamental de la familia -de un tipo específico e ideal de familia-, lo que hizo que la procreación desempeñase un papel importante y esencial dentro de su definición, hoy día constatamos que existe una evolución de dicho concepto que se ha secularizado y adaptado a las nuevas relaciones de pareja, así la procreación ya no constituye ese elemento esencial, en consecuencia, se debe reconocer que perfectamente puede existir un matrimonio desvinculado de este fin.

Una vez realizada la valoración anterior se puede intentar esbozar un concepto contemporáneo y occidental de *matrimonio como derecho de las personas*, en este sentido, el matrimonio sería la unión de dos personas que cumpliendo con la forma y con los requisitos legales, consienten de manera libre en formar un consorcio de vida y afecto con vocación de estabilidad y permanencia -con o sin hijos- basado en el respeto, la igualdad y ayuda mutua, a la que el Estado reconoce derechos y obligaciones. En consecuencia, los elementos esenciales de esta institución serían:

- a) La monogamia
- b) El libre consentimiento
- c) La finalidad de asumir un proyecto de vida en común
- d) El reconocimiento de derechos³² y obligaciones
- e) El cumplimiento de los requisitos legales

Este razonamiento desvirtuaría, por tanto, la postura que se opone a homologar el matrimonio homosexual, bajo el alegato de que la diferencia de

producido nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio...”. Véase BONILLA SÁNCHEZ, Juan José, “Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario”, en *Espacio y Tiempo. Revista de Ciencias Humanas*, n° 27, Universidad de Sevilla, 2013, p. 40.

³¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha reconocido que si bien es cierto existe una diferencia entre las parejas heterosexuales y homosexuales en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicos, ello no debe incidir en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil a las segundas, puesto que “la ‘potencialidad’ de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél, tratándose de las parejas heterosexuales que (...) dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, o bien, se encuentran ante la imposibilidad de tenerlos, lo que en modo alguno les impide contraerlo, ni es una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva”. Véase vistos y resultandos sexto de la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 156, *supra*.

³² El matrimonio es una institución de orden público pues implica el reconocimiento de derechos sucesorios, patrimoniales, fiscales, de seguridad social, entre otros.

sexo es un elemento imprescindible de dicha institución, en la medida que se hace necesario para contribuir a la procreación y a la formación de la familia. Por tanto, en principio no existiría una razón objetiva y razonable para negar el ejercicio del *ius connubii* a las personas del mismo sexo, siendo constitucionalmente admisible, a partir de esta interpretación evolutiva, una modificación legal que redefina a la institución sin que esto constituya una desnaturalización de la misma o una alteración de sus características esenciales³³.

El Tribunal Constitucional español ha expresado que la interpretación evolutiva de la Constitución proyectada sobre la garantía institucional conlleva a desarrollar la noción de “cultura jurídica”, que parafraseándolo es aquella en la que el derecho se considera como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla, y que se construye no solo desde la interpretación literal o sistemática de los textos jurídicos, sino que también se debe observar la realidad social, la opinión de la doctrina, el derecho comparado, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos que los interpretan, así como las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas u otros organismos internacionales de reconocida posición³⁴.

En consecuencia, habrá que decir que en la cultura jurídica nicaragüense se han ido dando pasos paulatinos pero constantes en la aceptación de la diversidad sexual³⁵, y aunque aún queda mucha materia

³³ Así se ha establecido claramente en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México que resuelve la acción de inconstitucionalidad 2/2010, vistos y resultando sexto: “(...) esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual entre los contrayentes no es ni constitucional ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, más no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo de esta manera ese derecho civil a las personas homosexuales y lesbianas, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción legal por parte del legislador ordinario”. Véase vistos y resultandos sexto de la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 156, *supra*.

³⁴ Véase Fundamento Jurídico 9 de STC 198/2012, *supra*.

³⁵ Existe un fuerte activismo por parte de organismos no gubernamentales enfocados en promover los derechos de la comunidad homosexual y generar debates a fin de alcanzar una transformación social y jurídica. Por otro lado, el actual gobierno ha mantenido una postura a favor de la diversidad sexual, promoviendo diversas políticas, entre ellas, se puede mencionar que el Código Penal, que entró en vigencia en el año 2008, puso fin a la penalización de las relaciones homosexuales a partir de la eliminación del delito de sodomía; a la vez que el art. 36 reconoce como circunstancia agravante de la responsabilidad penal la comisión de un delito por motivo de orientación sexual -aquí la prohibición de discriminación alcanzaría a las relaciones entre particulares dado el grave impacto en la dignidad de la persona que supone el prejuicio social homofóbico, en este sentido véase REYES MARTÍNEZ, Fernando,

pendiente en relación a los perjuicios sociales, el avance debe venir de la mano de la implementación de políticas educativas, sociales y legislativas, a fin de eliminar estos estereotipos³⁶.

Por otra parte, para atender a esta realidad social también se debe valorar -entre otras cosas- la experiencia vivida en el derecho comparado, encontrando que si bien no existe una posición unánime en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo -pues el proceso va a depender de los contextos socioculturales e históricos propios de cada país-, tampoco se puede negar que al día de hoy existe una imagen plural de la institución cada vez más extendida, que posibilita una nueva concepción del matrimonio en el mundo occidental³⁷.

Todo lo afirmado nos lleva a concluir que desde la perspectiva de la garantía institucional del matrimonio, el legislador nicaragüense estaría legitimado para abrir las puertas de dicha institución a las parejas del mismo sexo, pues esta opción no supondría una ruptura de la noción institucional del matrimonio tal y como se concibe actualmente. Ahora bien, a mi juicio una actuación tal exige el acompañamiento del debido estudio sociológico, así como la implementación de políticas estatales educativas y de sensibilización hacia el respeto y tolerancia de la orientación sexual -y por qué no, también de la identidad de género- de las personas.

3.2 EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL MATRIMONIO

Desde la dimensión subjetiva del derecho al matrimonio se hace preciso determinar cuál es su contenido esencial que se traduce en un límite absoluto

“Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 17, Iustel, 2013, p. 15-. Asimismo, se debe destacar la creación de la Procuraduría de Diversidad Sexual para velar por el respeto de los derechos humanos de las personas de la diversidad sexual, y el establecimiento de directrices, entre otras en el ámbito de la salud, a fin de promover el acceso sin discriminación por orientación sexual, a los establecimientos de salud públicos y privados.

³⁶ Los principios de Yogyakarta exigen que el Estado debe emprender programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de los derechos humanos por todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género

³⁷ Entre los países que han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo están: Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Canadá, Sudáfrica, Argentina, Uruguay, Estados Unidos de América. En México a pesar de que legalmente solo se permitía en algunos estados, a partir de la jurisprudencia 43/2015 de 12 de junio de 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la inconstitucionalidad de la legislación civil de las entidades federativas en las que el matrimonio sea entendido como la unión entre un hombre y una mujer.

para el legislador, en este sentido el Tribunal Constitucional español en la STC 11/1981, de 8 de abril³⁸, manifestó:

...existen dos caminos complementarios para aproximarse a la noción de contenido esencial de un derecho: el primero, que trata de acudir a la llamada naturaleza jurídica o modo de concebir cada derecho, de este modo, “[c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (...) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. El segundo camino haría referencia a aquella parte del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real y eficazmente protegidos, “[d]e este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

En este sentido, y siguiendo siempre la línea del Tribunal Constitucional español puede decirse que la autorización de contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo, no ampliaría el elenco de titulares del derecho, que como dice el art. 72 CP “descansa en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer”, sino que lo que se modificaría sería la forma de su ejercicio al equiparar el estatuto jurídico de las personas con independencia de su orientación sexual. En consecuencia, tal opción no vulneraría el contenido esencial del derecho pues no supondría una limitación de este, por cuanto no impediría a las parejas heterosexuales casarse o no casarse, ni reducirían la esfera de libertad en las mismas condiciones en las que lo hacen actualmente³⁹. Lo que

³⁸ Véase Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril [en línea], en página web del Tribunal Constitucional <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11> (última consulta, 4 de marzo de 2015).

³⁹ En cuanto al contenido esencial del derecho al matrimonio, el Tribunal Constitucional de España ha defendido que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no afecta el contenido esencial del derecho, no lo desnaturaliza, no lo convierte en otro derecho ni impide a las personas heterosexuales casarse libremente o no casarse “[l]as personas heterosexuales no han visto reducida la

se daría es “*un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (...) que ha de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales*”⁴⁰.

Por otro lado, conforme al principio *pro homine*, que se inclina a favor de una interpretación que favorezca el ejercicio de los derechos y en contra de una que los restrinja, no puede impedirse que un Estado tome la decisión de extender ciertos derechos a favor de determinadas personas o colectivos, todo lo contrario -como ha manifestado el TEDH- lo que se impediría y sería reprochable es que los limite hasta el punto de hacer imposible su ejercicio⁴¹.

4. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Siendo que desde una perspectiva evolutiva resulta viable una interpretación constitucional que permita configurar al matrimonio como derecho de las personas, queda por determinar si la exclusión por parte del legislador de un determinado grupo de personas en el goce y ejercicio de tal derecho constituiría o no una discriminación, es decir, que el razonamiento se centra en analizar si siendo el derecho al matrimonio un derecho de las personas, una exclusión legal de las personas homosexuales conllevaría o no a la vulneración del principio de igualdad⁴² y de la prohibición de discriminación, desde la perspectiva de la orientación sexual⁴³.

esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil”. Véase Fundamento Jurídico 11 de la STC 198/2012, *supra*. En este punto cabría preguntarse si ha existido un descenso en el número de matrimonios heterosexuales a raíz de la aprobación del matrimonio homosexual en los países que así lo han hecho.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Véase Sentencia del caso *Schalk and Kopf v. Austria*, *supra*, nota 19, § 49.

⁴² El núcleo central del argumento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de catorce estados que prohibían el matrimonio entre personas del mismo sexo fue considerar que las mismas vulneraban la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal que consagra los principios del debido proceso y de la igualdad ante la ley. La Corte reconoció que la cláusula de la igualdad ante la ley puede ayudar a identificar y corregir desigualdades en la institución del matrimonio reivindicando los principios de libertad y de igualdad que subyacen en la Constitución, así sostuvo que: “Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right. Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm. The imposition of this disability on gays and lesbians serves to disrespect and subordinate them. And the Equal Protection

4.1 ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NICARAGÜENSE

El concepto de igualdad surge como una reivindicación de las revoluciones liberales desde la perspectiva de la equiparación de todos los ciudadanos frente a los efectos y alcance de la ley, es decir, que en un primer momento se alude a la igualdad formal de la norma, exigiendo de esta su alcance universal, general y abstracto indiferente a la posición social de sus destinatarios: “la ley debe ser la misma para todos”, pero no se hizo referencia a su contenido⁴⁴. En su evolución posterior, este concepto de igualdad se extiende también al contenido de la ley y parte de la constatación de que las situaciones reales de sus destinatarios no son iguales, por tanto, la ley podría darles un tratamiento diferente. En este momento se habla entonces de la “igualdad en la ley” que impone el derecho a ser tratados igual por esta: el legislador debe tratar igual a los supuestos iguales, pero reconociendo que los ciudadanos se encuentran en una situación real de desigualdad se le permite introducir un trato diferente, siempre y cuando se encuentre objetiva y razonablemente justificado.

La igualdad en la ley no exige una completa paridad jurídica, en tanto no impide que existan tratos diferenciadores, siempre y cuando esta diferenciación

Clause, like the Due Process Clause, prohibits this unjustified infringement of the fundamental right to marry”. Véase 576 U.S. 2015, p. 22.

⁴³ REY MARTÍNEZ considera que el lugar constitucional de la homosexualidad se debe determinar desde la perspectiva de la libertad, puesto que el núcleo del asunto es la orientación sexual de las personas, pero expone que también está implicada la igualdad porque la Constitución española -citando Juez Harlan en su *dissent* a la sentencia *Plessy v. Ferguson*- “ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos”. Véase REY MARTÍNEZ, Fernando, *Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual*, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ Sobre la igualdad formal, GARCÍA MORILLO nos dice que surge para hacer frente a la realidad del Antiguo Régimen en el que existía una pluralidad de ordenamientos jurídicos en función de la posición social del destinatario de la norma, así a cada estamento le correspondían normas jurídicas diferentes y a la vez, distintos tribunales. Los revolucionarios liberales procuraron igualar los efectos de la ley para todos sus destinatarios, pero esto con independencia de su contenido concreto. Concluyendo que la “igualdad ante la ley tenía más que ver con los efectos de la ley que con la igualdad de los ciudadanos pues de lo que en realidad se trataba era de garantizar el alcance general de la ley”. Véase GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional*, volumen I, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 159-160.

sea objetiva y razonable para lo cual debe cumplir una serie de test y razonamientos⁴⁵.

La Constitución nicaragüense consagra el principio de igualdad en el art. 27 al establecer que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social". No obstante, como se puede observar este precepto va más allá de la consagración de la igualdad ante la ley, pues también contiene un interdicción de discriminación por diversas causas o motivos específicos, sobre esto último se volverá más adelante⁴⁶.

Recapitulando, la igualdad ante la ley exige que esta trate a todos por igual, pero en la realidad resulta evidente que las personas no nos encontramos en una situación de igualdad, esta desigualdad real está contemplada por la Constitución hasta el punto de exigir -art. 48 párrafo segundo- que el Estado elimine los obstáculos que impidan que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva. Para ello los poderes públicos, en

⁴⁵ "(...) la Igualdad se configura hoy, como una noción más compleja que la de la igualdad ante la ley que predicaron las revoluciones liberales, se construye sobre todo, como un límite de la actuación de los Poderes Públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del Poder (...) No es pues un derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado igual a quienes se encuentran en idéntica situación. La Igualdad, es también una obligación constitucional impuesta a los Poderes Públicos, obligación consistente en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho; siendo así, los Poderes Públicos no pueden tratar a los ciudadanos según su libre consideración, ni tampoco pueden realizar tratamientos diferentes en función de su sexo, su pertenencia a una u otra raza, u otras características personales; han de ofrecer un tratamiento similar a todos cuanto se encuentren en similar situación". Véase sentencia n° 220, de 2 de julio de 2007, 1:45 pm, en *Criterios jurisprudenciales. Sala de Constitucional 1990-2010*, Centro Especializado de Documentación e Información Judicial, Nicaragua, 2013, p. 454. Continúa sosteniendo la Sala que "Parece claro que la intención del Constituyente Originario es evitar cualquier tipo de discriminación por cualquier circunstancia personal o social: Dicho de otra forma, ha pretendido excluir cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable": Véase Considerando VI de la sentencia n° 504-2009 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia [en línea] http://www.profesionalesandinistas.com.ni/?attachment_id=588 (última consulta, 4 de mayo de 2015).

⁴⁶ Existen otras menciones de la igualdad en la Constitución nicaragüense, así: el art. 6 recoge a la igualdad como valor superior. El art. 48, párrafo segundo, hace mención a la igualdad real o efectiva. Otras menciones las encontramos en el art. 48, párrafo primero, que se refiere a la igualdad de los nicaragüenses en el goce de los derechos políticos; el art. 50 reconoce la igualdad de todos los ciudadanos en la participación de los asuntos políticos y en la gestión estatal; el art. 59 proclama la igualdad de los nicaragüenses en el acceso a la salud; el art. 73 recoge la igualdad de derechos y responsabilidad de hombres y mujeres en las relaciones familiares; el art. 75 hace referencia a la igualdad en materia de filiación, el art. 131, párrafo 4, habla de la igualdad en la actuación de la Administración Pública y el art. 166 de la igualdad en el ejercicio de la actividad judicial.

específico el legislador pueden regular situaciones y necesidades diferentes de manera diferente. En consecuencia, el vínculo que existe entre el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, exige que los tratos diferenciadores que introduzca el legislador tengan una justificación objetiva y razonable, careciendo de esta, esa diferenciación devendría en discriminación⁴⁷. En esta lógica, todo trato diferenciador arbitrario implicaría una vulneración del principio de igualdad, sin embargo, la prohibición de discriminación va más allá de la exigencia de una igualdad de trato o de una razonabilidad de la desigualdad de trato⁴⁸.

Por otro lado, la discriminación implica no solamente otorgar un trato diferenciador, sino más allá de ello que dicho trato sea de inferioridad normalmente en base a una condición o circunstancia personal o a la pertenencia a una minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido⁴⁹.

Igualdad ante la ley y prohibición de discriminación pasan a formar parte de un todo que sería el valor de la igualdad que irradia al ordenamiento jurídico, sin embargo, la doctrina difiere al entender si ambos son dos principios autónomos o son consecuencia uno del otro. REY MARTÍNEZ considera que la igualdad en general -que a su entender es la igualdad ante la ley, contenida en la primera parte del art. 14 de la Constitución española, al mandar que *los españoles son iguales ante la ley*- y la prohibición de discriminación guardan una relación de género a especie, así “la prohibición de discriminación es una variedad del género igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es

⁴⁷ GARCÍA MORILLO entiende que la prohibición de discriminación constituye un límite a la relativización del principio de igualdad, al entender que este no es absoluto pues puede ceder ante las exigencias de la realidad que requieran la actuación de los poderes públicos y del legislador en particular, para atender a las necesidades sociales. Véase GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La cláusula general de igualdad*, op. cit., p. 164.

⁴⁸ REY MARTÍNEZ diferencia entre discriminación en sentido amplio, que sería aquella que se produce a partir de una vulneración del principio de igualdad ante la ley, esto es, cuando la diferencia de trato que se aplique por el legislador sea arbitraria, y una discriminación en sentido específico o especial, que se refiere a los supuestos -contenidos en el art. 14 de la Constitución española, que en nuestro caso lo están en el mencionado art. 27- en los que el criterio de diferenciación es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión “o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona”. En este sentido manifiesta que el derecho a la igualdad en general -la discriminación en sentido amplio- se satisface si la diferencia de trato es razonable, no obstante, la razonabilidad no sirve para las discriminaciones especiales, en las que el control judicial es más riguroso, pues se aplica el principio de proporcionalidad. Véase REY MARTÍNEZ, Fernando, “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, volumen 8, Universidad de Oviedo y Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014, pp. 294-296.

⁴⁹ Véase DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2015, p. 77.

uno de los «sospechosos»⁵⁰. Por su parte, DÍAZ REVORIO defiende la tesis de que la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación son dos principios -o incluso derechos- distintos aunque relacionados entre sí. De este modo, la prohibición de discriminación no sería una simple especificación del principio de igualdad ante la ley “*sino un mandato especial que incluye la mención específica de ciertos criterios de discriminación especialmente prohibidos, y que tiene por tanto sus perfiles propios*”⁵¹.

La discriminación, por tanto, no solo hace referencia a un trato desigual e irrazonable, sino que este produce una situación de inferioridad atentatoria contra la dignidad de la persona, situación que deriva de determinada condición o circunstancia personal del individuo o de su pertenencia a un determinado grupo históricamente estigmatizado.

Todo lo anterior lleva a plantearse la duda de si puede considerarse como objetiva y razonable la exclusión de un determinado grupo de personas -homosexuales- al acceso y disfrute del derecho al matrimonio, cuando tal exclusión se hace en razón de su orientación sexual⁵². En este sentido, deviene

⁵⁰ Véase REY MARTÍNEZ, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales*, op. cit., p. 297.

⁵¹ Véase DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 60. Este autor considera que la autonomía del principio de no discriminación se ha ido consiguiendo con el tiempo, pues en un origen igualdad ante la ley y no discriminación constituían un único derecho a la igualdad, de tal modo que una vulneración del primero -un trato desigual arbitrario- suponía en todo caso una discriminación. Hoy día, entiende que si bien la afirmación anterior se mantiene a partir de un concepto amplio de discriminación, este último principio goza de perfiles propios que impiden diluirlo en el derecho a la igualdad, en razón de que aquel no siempre exige una igualdad de trato. Como perfiles propios de la prohibición de discriminación señala, entre otros: su vinculación directa con la dignidad de la persona -en cambio la igualdad se vincula con el valor igualdad y con el valor justicia-. Por otro lado, el principio de igualdad ante la ley se dirige solo a los poderes públicos -en especial al legislador-, en cambio la prohibición de discriminación es aplicable a los particulares. Finalmente, destaca que la prohibición de discriminación puede llegar incluso a exigir un trato diferente, lo que no sucede con la igualdad ante la ley que puede permitirlo mas no exigirlo. Esto, entiende, es una consecuencia del mandato de suprimir situaciones de discriminación que puede exigir a veces actuaciones positivas -acciones positivas o discriminaciones inversas- a fin de conseguir la igualdad material o real. Para una lectura más detenida del razonamiento del autor, *ibíd.*, pp.78-80.

⁵² MARTÍN SÁNCHEZ sostiene que es en base a la igualdad y no discriminación donde el derecho a la convivencia homosexual encuentra uno de sus más sólidos fundamentos constitucionales. Y se plantea la siguiente duda: “Si cualquier persona puede vivir ‘more uxorio’ con su pareja heterosexual, ¿por qué no puede hacerlo el homosexual con la suya, atribuyéndosele por ello la misma consideración, si la Constitución Española dice que todos somos iguales?, y más aún ¿por qué a la persona homosexual se le veta la posibilidad de juridificar su convivencia en pareja, omitiendo su existencia ante el Derecho?”. Véase MARTÍN SÁNCHEZ, María, *Matrimonio Homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 31. En el caso *Kozak v. Poland* el TEDH reconoció que la orientación sexual es un concepto que está protegido por el art. 14 de la Convención, añadiendo que: “Cuando la distinción en cuestión opera en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada de las personas, se exigirán razones de peso para justificar ante este Tribunal la medida acordada. Por otro lado, cuando la diferencia de trato se basa en el sexo o en la orientación sexual el margen de apreciación del Estado es menor y en tal caso, el principio de proporcionalidad no solamente exige que la medida elegida sea la adecuada para la realización del objetivo perseguido, sino que también se debe demostrar que era necesaria en las circunstancias. En efecto, si las razones invocadas para la diferencia de trato se basan únicamente en la orientación sexual

la siguiente interrogante ¿Consistiría tal diferenciación de trato una vulneración no solo del principio de igualdad, sino también de la prohibición de discriminación? Y a esas preguntas es a las que finalmente intentaré dar una respuesta en las siguientes páginas.

4.2 LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA DE DISCRIMINACIÓN

4.2.1 DEFINICIÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Por orientación sexual debemos entender aquella atracción emocional, afectiva o sexual hacia otros. La orientación sexual entonces abarca los deseos, sentimientos, prácticas e identificación sexual y la atracción puede ser hacia personas del mismo sexo (orientación homosexual), de diferente sexo (orientación heterosexual) o hacia ambos sexos (orientación bisexual)⁵³.

En consecuencia, la orientación sexual constituye un elemento determinante de la identidad del individuo, un rasgo caracterizador e inherente de su personalidad. En este sentido, como afirma MARTÍN SÁNCHEZ la persona es un todo, una unidad en la que no pueden aislarse los rasgos de su personalidad, ya que cada uno de ellos son por sí mismos definitorios y constituyen el *status* especial del que goza la persona al que denominamos dignidad, en consecuencia, resulta complicado limitar o eliminar derechos cuando el factor de diferenciación es un rasgo de la personalidad del ser humano, como lo es el caso de la orientación sexual⁵⁴.

del demandante, esto equivaldría a un trato discriminatorio en virtud de la Convención. Véase sentencia del caso *Kozak v. Poland*, *supra*, § 92. Por su parte, REY MARTÍNEZ considera que la igualdad y la prohibición de discriminación exige que los poderes públicos tengan que aportar una razón especialmente convincente o persuasiva para tratar jurídicamente de modo distinto y peor a los homosexuales que a los heterosexuales, aduciendo que "los argumentos morales o históricos ya no serán suficientes por sí solos para impedir que las personas homosexuales accedan a ciertos derechos que tradicionalmente tenían vedados, como por ejemplo, el derecho a mantener una unión estable reconocida jurídicamente con una persona de su misma orientación sexual". Véase REY MARTÍNEZ, Fernando, *Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual*, *op. cit.*, p. 7.

⁵³ La identidad de género se refiere a la compleja relación entre el sexo y el género en referencia a la experiencia de autoexpresión de una persona respecto a las categorías sociales de masculinidad o femineidad (género). Una persona puede sentir subjetivamente una identidad de género distinta a la de sus características sexuales o fisiológicas. Véase *Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género*, en página web de Amnistía Internacional <https://www.amnesty.org/es/documents/act79/001/2004/es/> (última consulta, 1 de mayo de 2015).

⁵⁴ Véase MARTÍN SÁNCHEZ, María, *Matrimonio Homosexual y Constitución*, *op. cit.*, p. 19.

Parafraseando a la autora, podemos decir que siendo el matrimonio un derecho que debe ser reconocido a la persona en cuanto tal, resulta complicado entender la limitación o la prohibición del ejercicio del mismo, utilizando como factor de diferenciación a la orientación sexual, es decir, basándose única y exclusivamente en un rasgo de la personalidad del individuo. Una actitud tal podría ser entendida como un acto de discriminación arbitraria, contrario a los derechos humanos y que pone en entredicho valores de todo ordenamiento constitucional como pueden ser la igualdad y la dignidad del ser humano.

4.2.2 LA ORIENTACIÓN SEXUAL DENTRO DE LOS CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACIÓN DEL ART. 27 CP

El art. 27 CP contiene una enumeración de criterios sospechosos de discriminación que hacen alusión a grupos desfavorecidos que históricamente han sido sometidos a un trato odioso y atentatorio a la dignidad humana, por lo cual el constituyente consideró necesario enumerarlos expresamente a fin de dotarlos de una mayor protección, al exigir que todo trato diferenciador basado en dichas causas sea sometido a un test de razonabilidad más estricto.

Si bien dentro de estos criterios sospechosos de discriminación del art. 27 CP no se incluye expresamente a la orientación sexual del individuo, a mi juicio existen razones que justifican su consideración como tal. La anterior afirmación se sustenta principalmente en el hecho de que los supuestos enunciados en el art. 27 no constituyen una lista taxativa o cerrada que refleje todos los posibles tratos discriminatorios⁵⁵, sino que queda abierta a la

⁵⁵ Este criterio ha sido sostenido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua en sentencia 504-2009, de 19 de octubre de 2009, al considerar que el constituyente prohibió cualquier tipo de diferenciación de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable mencionando expresamente algunos supuestos que se distinguen “o bien por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana, o bien porque, históricamente han sido con frecuencia causa de discriminación, o bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptibles de constituir, aún hoy en día, un motivo de discriminación o bien en fin, porque los sectores en el mencionado se encuentren en una situación fáctica de inferioridad en la vida social”. Reconociendo expresamente que: “La específica mención de estas causas no implican, sin embargo una lista cerrada de supuestos de discriminación”. Véase Considerando VI de la sentencia nº 504-2009 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *supra*. En este mismo sentido, la CIDH ha manifestado que las causas sospechosas de discriminación contenidas en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no constituyen un listado cerrado, sino meramente enunciativo que debe ser objeto de una interpretación evolutiva, acorde con el desarrollo de los tiempos y las condiciones de vida

evolución de la sociedad porque el carácter de la discriminación puede evolucionar con el tiempo, siendo imposible que el constituyente previese desde un primer momento las posibles causas de discriminación que pudiesen sobrevenir en el futuro⁵⁶. En este sentido, MARTÍN SÁNCHEZ reconoce que:

...la noción «discriminación» no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuales considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando; se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad⁵⁷.

Pocas Constituciones o instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen expresamente a la orientación sexual como causa sospechosa de discriminación⁵⁸, no obstante, no puede negarse que pese al silencio que ha existido alrededor de este asunto, silencio que imperó hasta las últimas décadas del siglo pasado, la orientación sexual ha sido y es un *“elemento caracterizador de un grupo minoritario discriminado en diversos ámbitos en razón de dicha causa^{59”}*, es decir, ha constituido una condición a

actuales. Véase párrafo 85 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, *supra*.

⁵⁶ Como ya se manifestó, al momento de dictarse la Constitución nicaragüense no estaba planteado en el debate público ni político el problema relacionado con la diversidad sexual, no existían organizaciones que reivindicasen la igualdad de las personas homosexuales -quizá porque ellos mismos aún no habían interiorizado que eran personas con iguales derechos que el resto-, sin embargo, hoy día constituye una realidad incuestionable la existencia de reivindicaciones en contra de las diferencias basadas en la orientación sexual a partir de un creciente activismo en pro de los derechos de la diversidad sexual con una fuerte incidencia en la escena pública.

⁵⁷ Véase MARTÍN SÁNCHEZ, María, “La prohibición de discriminación por orientación sexual”, en *Estudios de Deusto*, vol. 58, enero-junio 2010, p. 116.

⁵⁸ El art. 21 párrafo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hace mención expresa de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en línea], http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (última consulta, 6 de abril de 2015).

⁵⁹ Véase MARTÍN SÁNCHEZ, María, *Matrimonio Homosexual y Constitución*, *op. cit.*, p. 30. La autora destaca que durante siglos se ha venido discriminando de manera impune a los grupos minoritarios o desfavorecidos. Agregando que si bien con la aparición de las Constituciones y sus cartas de derechos se empezó a proteger a dichos colectivos, esta equiparación no ocurrió para el caso de la orientación sexual, enfatizando en que ni en la época del constitucionalismo europeo, ni en los años de la elaboración de las Constituciones europeas más modernas -donde se incluye a la española- la orientación sexual se

partir de la cual se ha otorgado un trato peyorativo y discriminatorio a un grupo minoritario. Lo anterior ha llevado a que en el derecho comparado, se vaya incorporando a la orientación sexual como causa sospechosa de discriminación con la consecuencia de que toda medida diferenciadora basada en aquella exija un juicio de razonabilidad más estricto que el común y habitual⁶⁰.

A mi juicio, la incorporación de la orientación sexual como causa sospechosa de discriminación del art. 27 CP podría llevarse a cabo a través de dos vías: a partir de una interpretación del juez constitucional o incorporando la jurisprudencia que en ese sentido ha emitido la CIDH. La última vía sería posible con base a dos criterios: en primer lugar, por el carácter vinculante de dichas resoluciones para el Estado de Nicaragua y, en segundo lugar, en base al art. 46 CP que reconoce la plena vigencia de los derechos consignados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que desde luego incluye no solo al texto jurídico, sino también a la interpretación que del mismo haga la CIDH.

En este sentido, la CIDH ha reconocido en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, a la orientación sexual como una categoría sospechosa de discriminación del art. 1 párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir de la cláusula “cualquier otra condición social”. Para llegar a esta interpretación la Corte se basó en el *corpus iuris* que integra al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶¹, concluyendo que tomando en

consideró como una causa caracterizadora de un grupo socialmente minoritario, sospechosa de discriminación. Hoy día, en base a la evolución social se hace necesaria dicha consideración. *Idem*.

⁶⁰ El Tribunal Constitucional español reconoció mediante STC 41/2006, de 13 de febrero que: “(...) la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE”. Dentro de esa normativa destaca la jurisprudencia del TEDH, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas así como el art. 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Véase Fundamento Jurídico 3 de STC 41/2006, de 13 de febrero [en línea], <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5643> (última consulta, 10 de mayo de 2015).

⁶¹ En este sentido, la Corte tomó en consideración que la orientación sexual ha sido reconocida como criterio determinante de actos discriminatorios por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en sendas resoluciones, entre ellas, la resolución AG/RES. 2653 (XLI-0/11) por la que se condena la discriminación por motivo de la orientación sexual e identidad de género, los actos de violencia y las violaciones de derechos a causa de la misma, instando a los Estados a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación. En el mismo sentido,

cuenta lo establecido por dichos instrumentos internacionales y los estándares establecidos por el TEDH:

...está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁶².

Aun cuando Nicaragua no fue parte de la controversia que dio lugar a esta sentencia, lo interpretado por la CIDH le vincula de manera indirecta como Estado Parte que ha suscrito y ratificado la Convención Americana y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte⁶³. En este sentido, FERRER MAC-GREGOR ha reconocido que la proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia consistiría en la obligación que tienen todas las autoridades nacionales de aplicar:

No sólo la norma convencional sino la `norma convencional interpretada´ (*res interpretata*), es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general, al *corpus juris* interamericano, materia de su

véanse las resoluciones AG/RES.2504 (XXXIX-0/09), AG/RES.2435 (XXXVIII-0/08) y AG/RES.2600 (XL-0/10). Además, hizo mención de la inclusión que hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación del art. 14 de la Convención Europea; así como de las resoluciones y observaciones emitidas por organismos internacionales, entre ellas, la observación general nº 20 E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009, en la que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpreta que en la cláusula "cualquier otra condición social" del párrafo 2, del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye a la orientación sexual; por su parte, el Comité de Derechos Humanos, ha reconocido en el caso *Nicholas Toonen vs. Australia*, que la referencia al "sexo" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye la orientación sexual. La CIDH menciona otros instrumentos tales como la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de 22 de diciembre de 2008, dictada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas y otros informes de los relatores especiales de dicho organismo.

⁶² Véase párrafo 91 del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012, *supra*.

⁶³ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita por el Gobierno de Nicaragua en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. La Convención fue ratificada mediante Decreto nº 174, de 25 de septiembre de 1979. El 12 de febrero de 1991, el Gobierno de Nicaragua presentó ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, el instrumento mediante el cual se reconocía, con carácter general e indefinido, la competencia de la CIDH, sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención.

competencia para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional⁶⁴.

5. CONCLUSIONES

La concepción tradicional del matrimonio ha girado en torno al principio heterosexual, sin embargo, la realidad social y jurídica en el derecho comparado demuestran que ha existido una disociación del binomio matrimonio-familia o matrimonio-reproducción, con lo cual se ha producido una evolución de la institución del matrimonio que permite entenderlo, hoy día, como un derecho de las personas con independencia de su orientación sexual.

En consecuencia, es posible una interpretación del art. 72 CP que permita adaptar el texto constitucional a las exigencias de las condiciones de la vida moderna y a la realidad social que exige en Nicaragua un tratamiento jurídico a situaciones que se han mantenido postergadas y que reclaman un reconocimiento y una regulación. En este sentido, el legislador, a partir de una interpretación evolutiva del mencionado precepto constitucional, estaría habilitado para la promulgación de una futura ley que extienda el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

La regulación del derecho al matrimonio como derecho de las personas no solamente encuentra un fundamento en la interpretación evolutiva del art. 72 CP, sino también en la interpretación conjunta de este con otros preceptos constitucionales, entre ellos, los que consagran los valores superiores del ordenamiento jurídico, como son la igualdad, la justicia, la dignidad del individuo y la preeminencia de los derechos humanos, y en particular con el art. 27 CP que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

La orientación sexual ha sido el elemento determinante para hacer la distinción de trato legal que ha cerrado la puerta del matrimonio a las personas del mismo sexo, esto como consecuencia de la finalidad -ya superada-

⁶⁴ Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del caso *Gelman Vs. Uruguay*)", p. 639 [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf> (última consulta, 4 de abril de 2015). Este texto es reproducción del voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman Vs. Uruguay*.

reproductiva del matrimonio; por tanto, seguir manteniendo esta postura legislativa implicaría un acto de discriminación abierta, pues aun cuando la orientación sexual no haya sido considerada por el constituyente como causas sospechosas de discriminación, se ha demostrado que esta debe ser entendida de esa forma a partir de la interpretación que ha realizado la CIDH del art. 1.1 de la Convención, interpretación que es vinculante para el Estado nicaragüense como estado parte de la Convención y por el reconocimiento que ha hecho de la autoridad de la Corte como órgano de interpretación y aplicación de dicho texto.

Finalmente, habrá que destacar que el Estado nicaragüense ha ido dando pasos importantes a fin de promover la igualdad por razón de la orientación sexual, no obstante, queda mucha tarea pendiente en la que es exigible que el Estado incida no solo en su papel de legislador, sino también en la preparación de programas de educación a fin de sensibilizar en el respeto de la dignidad y la igualdad de todas las personas sin discriminación alguna, y eliminar prejuicios o actitudes discriminatorias basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquier orientación sexual. El Estado en este sentido, deberá promover políticas que reconozcan la indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluida la orientación sexual, lo que se traduce en el respeto de la dignidad del ser humano.

Reiteramos que la finalidad de este estudio es presentar una lectura constitucional que conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, permita una regulación del matrimonio como derecho de las personas, regulación que entiendo es la más conforme con el respeto de los derechos más elementales del ser humano.

BIBLIOGRAFÍA

Baura, Carlos. (1987). *El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio, en Ius Canonicum (VOL. XXVII, nº 54)*. Pamplona: Universidad de Navarra.

- Bonilla, Sánchez, Juan José. (2013). Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario, en Espacio y Tiempo. *Revista de Ciencias Humanas*, n° 27, *Universidad de Sevilla*, 2013, 40.
- Calvo, Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa, González, L. (2005). *Derecho Internacional Privado y matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Anales del Derecho*. Murcia: Universidad de Murcia
- Camañarez Arribas, Santiago. (2007). *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*. Madrid: Iustel
- Castro Sáenz, Alfonso. (2015). Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo. *Revista de estudio histórico-jurídicos* n° 23, *Valparaíso*, 2001 [en línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300003> (última consulta, 31 de marzo de 2015).
- Cidoncha, Martín, Antonio. (2009). *Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial, en Teoría y realidad constitucional*, n° 23. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239 [en línea], en página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (última consulta, 25 de febrero de 2015).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos [en línea], http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (última consulta, 1 de marzo de 2015).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en línea], http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (última consulta, 6 de abril de 2015).

Constitución Política de la República de Nicaragua con sus reformas incorporadas [en línea], <http://digesto.asamblea.gob.ni/iunp/docspdf/gacetas/2014/2/g32.pdf> (última consulta, 21 de febrero de 2015).

Código de Derecho Canónico [en línea], en http://www.vatican.va/archive/ESL0020/___P3T.HTM (última consulta, 23 de febrero de 2015).

Díaz, Revoiro, Francisco Javier (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. México DF: Tirant lo Blanch.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2015). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)", p. 639 [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf> (última consulta, 4 de abril de 2015).

Fundamento Jurídico 3 de STC 41/2006, de 13 de febrero [en línea], <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5643> (última consulta, 10 de mayo de 2015).

Fundamento Jurídico 3 de la STC 32/1981, de 28 de julio [en línea], en página web del Tribunal Constitucional <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32> (última consulta, 24 de febrero de 2015).

Fundamento Jurídico 8 de la STC 198/2012, de 6 de noviembre [en línea], en página web del Tribunal Constitucional <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106> (última consulta, 25 de febrero de 2015).

Fundamento Jurídico 8 de la STC 11/1981, de 8 de abril [en línea], en página web del Tribunal Constitucional <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11> (última consulta, 4 de marzo de 2015).

Ley nº 870 de 24 de junio de 2014, publicada en la Gaceta, Diario Oficial, nº 190 de 8 de octubre de 2014.

Ley nº 854 “Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua”, publicada en la Gaceta, Diario Oficial nº 26, de 10 de febrero de 2014

López, Sánchez, Félix (2006). *Homosexualidad y familia. Lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales deben saber y hacer*. Barcelona: Editorial Graó.

Los derechos humanos y la orientación sexual e identidad de género, en página web de Amnistía Internacional <https://www.amnesty.org/es/documents/act79/001/2004/es/> (última consulta, 1 de mayo de 2015).

Martín, Sánchez, María. (2008). *Matrimonio Homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martín Sánchez, María. (2010). La prohibición de discriminación por orientación sexual”, en Estudios de Deusto, vol. 58.

Parejo, Alfonso, Luis. (1981). *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

Pichardo, Galán, José Ignacio. (2009). *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*. Barcelona: Bellaterra.

Principios de Yogyakarta [en línea], http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf (última consulta, 7 de abril de 2015).

Rey, Martínez, Fernando. (2013). Sentido y alcance del derecho fundamental a no sufrir discriminación por orientación sexual. *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 17, *Iustel*, 15

Rey Martínez, Fernando. (2014). *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: diez problemas actuales*, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional* (volumen 8). XXX: Universidad de Oviedo y Junta General del Principado de Asturias, Oviedo.

Sentencia del caso Schalk and Kopf v. Austria, n° 30141/04, de 24 de junio de 2010, §55 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015)

Sentencia del caso Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, de 30 de julio de 1998, § 66 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212#{"itemid":\["001-58212"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-58212#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015)

Sentencia del caso Christine Goodwin v. The United Kingdom, nº [28957/95](#), de 11 de julio de 2002, § 98 [en línea], [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00160596#{"itemid":\["001-60596"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00160596#{) (última consulta, 1 de marzo de 2012).

Sentencia del caso Kozak v. Poland, de 2 de marzo de 2010, nº 13102/02, § 98 [en línea] [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97597#{"itemid":\["001-97597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97597#{) (última consulta, 1 de marzo de 2015).

Sentencia nº 220, de 2 de julio de 2007, 1:45 pm, en Criterios jurisprudenciales. Sala de Constitucional 1990-2010, Centro Especializado de Documentación e Información Judicial, Nicaragua, 2013, p. 454.

Sentencia del caso Schalk and Kopf v. Austria, nº 30141/04, de García, Morillo, Joaquín (2013). *La cláusula general de igualdad, en Derecho Constitucional (volumen I, 9ª edición)*. Valencia: Tirant Lo Blanch