



Análisis de la figura de matrimonio, del artículo 72, de la Constitución Política de la República de Nicaragua: Derechos de Personas LGBTI

Autor: Mauricio Antonio Molina Sugrález

Tutora: Teresita María José Zapata Chavarría

Dedicatoria

Quisiera dedicar este trabajo a todas las personas que a lo largo de mi vida me han motivado para salir adelante. Es imposible ser alguien en esta vida sin el apoyo de aquellas personas tan cercanas, cuya influencia juega un papel en el desarrollo de mi persona, tanto en lo íntimo como en lo profesional.

Agradecimientos

Quiero agradecer a todas las personas que en mayor o menor medida han influenciado en el profesional que soy el día de hoy. Quisiera agradecer también a aquellos que colaboraron en la redacción de este trabajo, ya que sin su aporte no hubiera sido posible completarlo.

Tabla de Contenido

Listado de Abreviaturas

Resumen

Introducción

Capítulo 1: El Matrimonio	1
1.1 CUESTIÓN ANTROPOLÓGICA	1
1.2 DERECHO ROMANO	2
1.3 DERECHO CANÓNICO	4
1.4 ANTECEDENTES EN NICARAGUA	5
1.5 NATURALEZA JURÍDICA	7
1.5.1 Teoría contractual	7
1.5.2 Teoría del negocio jurídico de Derecho de Familia	12
1.6 OBSERVACIONES	15
Capítulo 2: Colectivo Social LGBTI	16
2.1 OBSERVACIONES PRELIMINARES	16
2.2 FENÓMENO SOCIAL Y REACCIÓN COLECTIVA	17
2.2.1 Antigua Grecia	17
2.2.2 Roma	18
2.2.3 Represión Social	19
2.3 ORIGEN DE DERECHOS LGBTI	22
Capítulo 3: Análisis Constitucional	24
3.1 TEST DE IGUALDAD: CUESTIONES PRELIMINARES	24
3.1.1 Razonabilidad de la Diferenciación	28

3.1.2	Proporcionalidad de los Medios Incorporados	28
3.1.3	Tipos de Test de Igualdad	30
3.2	METODOLOGÍA DEL PODER JUDICIAL	33
3.3	EJECUCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD	35
3.3.1	Rigor del análisis	35
3.3.2	Legitimidad	37
3.3.3	Artículo 72 Cn	39
3.3.4	Necesidad del medio designado	44
3.3.5	Límite del medio designado	47
Capítulo 4:	Matrimonio Homosexual en la Legislación Civil	49
4.1	LEY DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL	49
4.2	ESTRUCTURACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR.....	50
4.3	CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA.....	54
4.3.1	Artículo 94	54
4.3.2	Derechos Derivados del Estado Civil.....	58
4.4	LEY PARA LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES	60
4.5	LA ADOPCIÓN.....	61
Conclusiones	63
Recomendaciones	65
Lista de Referencias	66
Anexo 1	74
Anexo 2	75

Listado de Abreviaturas

AN	Asamblea Nacional de la República de Nicaragua
APA	Sociedad Sicológica Americana (siglas en inglés)
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado del Reino de España
C	Código Civil de la República de Nicaragua
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIC	Código de Derecho Canónico
Cort Cn Col	Corte Constitucional de la República de Colombia
Cn	Constitución Política de la República de Nicaragua
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua
Ej.	Ejemplo
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos de la República de Chile
LGBTI	Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
TCE	Tribunal Constitucional del Reino de España
UE	Unión Europea

Resumen

En el presente trabajo se justifica la legitimidad del matrimonio homosexual. El análisis se inicia desde la perspectiva del principio de igualdad; del cual surge la necesidad de protección jurídica de la pareja homosexual, como un modo de convivencia que no es contrario al orden público y el bien común. Se abordó el tema del matrimonio homosexual, que resulta ser una figura protegida constitucionalmente. El estándar de protección que debe garantizar el Estado a las parejas homosexuales se fijó en los derechos inter-partes, y en los derechos derivados de la relación entre el matrimonio y el Estado. El matrimonio fue estudiado como negocio jurídico de derecho de familia, demostrando que la teoría contractual utilizada por el Código Civil, es errónea. El análisis determinó que el objeto del matrimonio homosexual tiene su límite en los derechos fundamentales de terceros. Se descartó la adopción como objeto del matrimonio, puesto que la primera es una figura de naturaleza distinta a la segunda. La inclusión de la adopción en este trabajo pudo suponer la confusión del tema planteado, pero su exclusión no conllevó a una investigación menos fructuosa.

Introducción

La sociedad nicaragüense contemporánea es de naturaleza multicultural. Como toda sociedad, dentro de ella es posible encontrar grupos distinguidos dentro del colectivo social. Entre estos, existe el conjunto social diferenciado de las personas LGBTI (Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales, tomado de las referencias de la OEA). Constituye un grupo social con presencia mundial, y cuyos derechos han sido reconocidos en mayor o menor medida en los últimos treinta años. Las personas homosexuales son parte del grupo denominado LGBTI. Dada la naturaleza multifacética del nicho social, los derechos exigidos por estas personas en los últimos años pueden tener distintas naturalezas. Empero, la fuente de todos esos derechos surge del principio de igualdad. Es el caso del matrimonio homosexual, que es un Derecho LGBTI y que en la última década ha pasado a ser una realidad en algunos ordenamientos.

En Nicaragua, las personas LGBTI no gozan de una amplia aceptación social. Se encuentran en una situación precaria, como consecuencia de la falta de interés por parte del Estado de garantizarles seguridad jurídica. En vista del desamparo de las personas LGBTI en general, es necesario indagar sobre la fundamentación de los derechos que reclaman. En concreto, las parejas homosexuales han reclamado el reconocimiento de sus situaciones de hecho, para poder adquirir un estado civil que proteja sus intereses. En vista de que el matrimonio es la institución social de la cual se acogen las parejas heterosexuales para someter sus relaciones de hecho a una protección jurídica, las parejas homosexuales reclaman ser derechohabientes de dicha institución social. Más allá de la situación precaria, la problemática surge a la hora de determinar si las parejas homosexuales tienen un interés legítimo en solicitar al Estado un matrimonio

confeccionado a sus intereses. Desafortunadamente, la sociedad en general suele ver de manera negativa el tema en Nicaragua.

A la luz de lo expuesto, se considera que las parejas homosexuales sí tienen derecho a gozar del matrimonio. En primer lugar, la situación en la que se encuentran las parejas homosexuales, es inaceptable dentro de un Estado Social de Derecho. En segundo lugar, porque el artículo 72 de la Constitución Política, estipula que la voluntad es el fundamento del matrimonio en Nicaragua. Por tanto, los principales problemas que se les presentan a las parejas homosexuales para reclamar al Estado la protección de sus intereses, es la falta de madurez de la cultura jurídica y la ausencia de interés estatal. Cosas que no se pueden atribuir a una falta de legitimidad, ya que el modo de convivencia de las parejas homosexuales no es contrario al orden público y el bien común. El límite del matrimonio homosexual se establece en los derechos inter-partes y los derechos del matrimonio en relación al Estado. Extender el alcance del matrimonio en relación al derecho de terceros no es una cuestión que nace del matrimonio. Es una materia que surge de la ponderación de los derechos fundamentales de terceros, frente al matrimonio como un negocio jurídico y no como derecho fundamental. El ordenamiento civil debe someterse a una reforma para dar inclusión al matrimonio homosexual. Dicha reforma no es extensiva, ya que la equiparación del matrimonio heterosexual con el homosexual es una cuestión de adecuación gramatical en base al género. Los derechos a reformar son los que nacen de la voluntad de los cónyuges; y no los que por razón de imposibilidad biológica no pueden ser realizados por las parejas homosexuales.

En síntesis, las limitaciones contrarias al matrimonio homosexual son de índole social y política. El fundamento de las parejas homosexuales en la solicitud de un matrimonio homosexual se asienta en el principio de igualdad. El desarrollo del marco jurídico llamado a subsanar el desamparo se hace bajo las directrices del artículo 72 Cn, que enaltece la voluntad como fundamento del matrimonio.

Capítulo 1: El Matrimonio

1.1 CUESTIÓN ANTROPOLÓGICA

En la Filosofía del Derecho se imparte que los derechos nacen a medida que la sociedad genera fuentes susceptibles de gozarlos. Incontables autores concuerdan que dentro de la sociedad existen fenómenos que, debido a su antigüedad e importancia, se consideran instituciones sociales. Durkheim (1986), define este tipo de institución como los hechos que tienen consistencia social, que obligan e influyen en sus acciones. Tal es el caso del matrimonio, el cual surge del comportamiento social de convivencia, que con el desarrollo de la sociedad y la trascendencia que adquirió, nació la necesidad de regularlo de manera jurídica.

Es necesario dejar claro que dentro de la investigación jurídica de una institución social, como lo es el matrimonio, el análisis hermenéutico debe encontrar armonía entre las situaciones legales y los acontecimientos sociales. La figura ha experimentado varias transformaciones a lo largo de la historia, consecuencia de la perspectiva dominante en la sociedad, según su época correspondiente. Estas mutaciones son producto de las tendencias sociales, como la religión o postura cultural. El derecho se ha visto obligado, tarde o temprano, a sistematizar el matrimonio para reflejar el deseo del pueblo en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el actuar de la ciencia jurídica no siempre ha sido recibido con brazos abiertos por parte del colectivo social. Esto se ejemplifica con el cultivo general del prejuicio social. Como consecuencia de la costumbre a un modelo anterior del matrimonio, en la mayoría de los casos, la aceptación de la constitución posterior de la figura ha tardado en llegar a un nivel de conformidad mayoritaria dentro de la cultura. Debido al arraigo del matrimonio en una sociedad, es normal que se

defienda al modelo matrimonial que la sociedad considere como adecuado. El matrimonio, por más que se intente definirlo como una institución, un negocio jurídico, un contrato o un sacramento; es producto de la relación de cercanía (llámesele también como relación de convivencia) entre dos personas que desean unirse y crear un estado social superior, en el cual las cosas relativas a la pareja adquieren una trascendencia por consecuencia de esa enunciación de enaltecimiento. El origen del matrimonio proviene de las instancias naturales de las personas que lo contraen y no pueden ser dictadas por un tercero, puesto que son “la realización vital de las realidades humanas profundas” (Viladrich, 2001, p. 49).

1.2 DERECHO ROMANO

En el derecho romano, la figura del matrimonio no contaba con mucho peso jurídico. Se consideraba como “una relación interpersonas, fuente de otras tantas relaciones jurídicas que, en ocasiones, incidía en el aspecto patrimonial” (Guzmán García, 2002, p. 412). D’Ors (1997), considera que la importancia del matrimonio radica en el hecho de que era el fundamento de la familia romana. A pesar de que en sus inicios la institución social no estaba enmarcada en las leyes romanas (no constituía un acto jurídico *per se*), esta producía ciertas consecuencias jurídicas. Estas se relacionaban “con la condición de los hijos, el patrimonio de los cónyuges (especialmente la dote) y la sucesión hereditaria, y también respecto de la misma esposa que puede quedar sometida a la *manus* o potestad de su marido” (Adame Goddard, 2009, p. 144).

Para que un matrimonio fuera legítimo o *iustae nuptiae*, era necesario ser derechohabiente del *ius connubi*. Los cónyuges debían tener cierta edad para poder casarse. En concreto, haber llegado a la pubertad, que se consideraba cuando el hombre cumplía catorce y la mujer doce años de edad. Algunos doctrinarios piensan que la capacidad en cuanto a la edad, iba ligada a la finalidad

de procreación del matrimonio, sin embargo, Adame Goddard (2009), alega que la edad no era más que una atribución de la honorabilidad del matrimonio, y el establecimiento de un requisito que evitara el reconocimiento de matrimonios con, o entre impúberes. No se puede determinar con certeza que el matrimonio buscaba una finalidad procreativa, puesto que las obligaciones generadas del matrimonio, aunque contemplaban las situaciones filiales, no justifican que dentro del Imperio Romano, la figura haya sido adoptada como una que diera nacimiento a obligaciones de carácter reproductivo. Existía una diferencia de legalidad entre matrimonio y concubinato. Este último, al igual que la unión entre esclavos (el contubernio), no producía efectos legales, pero si era reconocido por la sociedad como una relación de hecho. No todos los habitantes de Roma podían contraer matrimonio. Este se reservaba para los ciudadanos y los latinos. En el año 212 AD, Caracalla mediante su *Constitutio Antoniniana*, extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres de Roma y sus provincias, excluyendo de la capacidad de realizar el contrato únicamente a los esclavos.

Para poder llevar a cabo un matrimonio, debían estar en concordancia las voluntades de las partes. Sin embargo, la voluntad se encontraba sometida a factores como la capacidad jurídica. Para los sujetos que tenían su propia potestad (*sui iuris*) solo bastaba su propia aceptación, pero para los que se encontraban bajo la *pater potestas*, (por ende *alieni iuris*), era necesario que el titular del poder potestativo aceptara la realización del matrimonio. La voluntad de los novios no fue tomada en cuenta en este último escenario hasta el siglo II, que con la introducción del cristianismo, supuso la importancia cuestión de la voluntad de los sujetos *alieni iuris*. Ya dentro del vínculo matrimonial, la mujer pasaba de estar bajo la patria potestad de su padre, a estar bajo la patria potestad de su marido, y era considerada como colateral en la filiación con respecto a sus hijos. En el Derecho Romano, la voluntad de las partes daba nacimiento al vínculo, y así como se creaba, se deshacía.

Cualquiera de los cónyuges, en cualquier tiempo, y sin necesidad de probar alguna causa, puede terminar unilateralmente el matrimonio, manifestando al otro, de manera formal, su voluntad de terminar la convivencia. El acto por el que se notifica esta voluntad se llama «repudio» (*repudium*); el hecho de que los esposos se separen y cese la convivencia entre ellos es el «divorcio» (*divortium*). (Adame Goddard, 2009, p. 145)

Otros motivos de disolución del matrimonio eran “la muerte o pérdida de la libertad o de la ciudadanía de alguno de los cónyuges” (Adame Goddard, 2009, p. 145).

1.3 DERECHO CANÓNICO

Con la caída del Imperio Romano y el auge del Cristianismo, el matrimonio se elevó a la categoría de sacramento eclesiástico. El matrimonio adquirió en ese entonces el grado de institución social, gracias a la importancia que le dio la Iglesia Católica. El Decreto de Graciano fue el primer texto normativo que recogió la figura del matrimonio romano y la convirtió en el matrimonio canónico. San Agustín (2001) estipuló que el matrimonio realizado por dos infieles (en aquel entonces, todo aquel que no practicara la fe católica) no carecía de legalidad, pero si carecía de *ratum* que garantizaba la indisolubilidad absoluta del sacramento. Como parte de los dogmas de la fe católica, San Isidoro de Sevilla ahonda más en la definición del matrimonio, y estipula que el *sacramentum* radica en la indisolubilidad del matrimonio, que a su vez se asienta sobre las bases de la indivisibilidad de Cristo con la Iglesia (Miralles, 1997). La indisolubilidad se encuentra plasmada en el Código de Derecho Canónico de 1983 (CIC), en su Título VII, que recoge la definición que la Iglesia Católica da al matrimonio. Se crea un cambio en la finalidad de la figura, uno que aporta al estudio de su evolución. En el artículo 1055 § 1 se define el sacramento y se le da a la relación de convivencia entre el hombre y la mujer, el carácter de consorcio perpetuo. Se pone de manifiesto que el matrimonio pasa a ser reconocido como institución, no solo como un aspecto de la sociedad, sino que sancionado con la importancia de ser una institución divina.

El Derecho Canónico ha sido modificado y alterado por más de un milenio. Esto dificultó la organización de los cuerpos normativos hasta la ratificación del CIC en 1983. El carácter pluri-normativo del Derecho Canónico dificultó la interpretación de las estipulaciones reguladas por la iglesia, pero la definición del sacramento ha sido uniforme, los teólogos solo disciernen en aspectos interpretativos. El dogma católico siempre ha mantenido que “las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento” (CIC, art. 1056 § 1). En relación a los sujetos, se establece que la voluntad es lo que da nacimiento al acto, y la alianza que crean es indisoluble. Es claro el principio heterosexual del matrimonio canónico, puesto que se estipula que es un vínculo entre un hombre y una mujer. Dentro de los impedimentos del Capítulo II, del Título VII (CIC, arts. 1073-1082) no se indican expresamente las causales de impedimentos para contraer matrimonio, y se remiten las potestades de invalidar o no la realización de un matrimonio a las autoridades eclesiásticas.

1.4 ANTECEDENTES EN NICARAGUA

En los tiempos de la Colonia, el matrimonio se encontraba regulado por las Siete Partidas, redactadas en la época del Rey Alfonso X (1252-1284) y las cuales sirvieron de Derecho Común para las colonias españolas por casi cuatro siglos. En ellas, se establece que el matrimonio proviene de *matris* y *monium*, el oficio de la madre (Escritos Críticos, 2011). El ordenamiento jurídico en ese entonces tenía sus raíces en el Derecho Canónico, y no existía distinción entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico. Estaba prohibida cualquier modalidad de matrimonio que fuera contraria a lo que se estipulaba en el Derecho de la Iglesia Católica. Selva (1976), concluyó que la característica preponderante en el articulado de las Siete Partidas, era la superioridad jurídica que ostentaba el hombre dentro del matrimonio. La mujer se encontraba sometida bajo una especie de tutela, y el

hombre contaba con autoridad marital a expensas de la capacidad jurídica de su cónyuge.

Una vez adquirida la independencia de España, fue hasta la implementación del Código Civil de 1867, que en Nicaragua se reguló el ordenamiento civil con un cuerpo jurídico de creación propia. Dicho Código Civil tenía un fondo canónico, y era de naturaleza mixta, puesto que estuvo influenciado por leyes coloniales, derecho romano, germánico, feudal y consuetudinario (Meza, 2004). No existía diferencia entre lo eclesiástico y lo civil. Por ejemplo, en el artículo 104, se estipulaba que se confería a la autoridad eclesiástica el poder de decidir sobre la validez del matrimonio. Las desigualdades entre los cónyuges tuvieron amparo legal en este código. Se le exigía a la mujer obediencia a su marido, sometiéndola “a un dominio absoluto” (Meza, 2004), con el cual el esposo podía obligar o prohibir a su mujer la realización de actos civiles. El vínculo matrimonial se caracterizaba por ser perpetuo e indisoluble. La situación de la mujer dentro del matrimonio en Nicaragua en aquel entonces, era una especie de combinación entre el matrimonio del derecho romano y el del derecho canónico. Al realizarse la ceremonia se creaba una sociedad de bienes *ipso iure*, de la cual el administrador era el marido.

El giro hacia el laicismo de legislación civil nicaragüense se dio con la Ley Reglamentaria de 1894, que da nacimiento al contrato matrimonial. La legislación contaba con ciertas peculiaridades tomadas del derecho canónico, como la posibilidad de contraer matrimonio por medio de apoderado. Empero, se introduce la disolución del vínculo matrimonial por la vía del divorcio. En 1898 se aprobó una ley especial que dejaba sin efecto civil el matrimonio eclesiástico, dando validez jurídica únicamente, al matrimonio realizado ante las autoridades civiles.

Con el Código Civil de 1904 concluyó la influencia eclesiástica en el matrimonio civil. El artículo 94 C dotó de solemnidad al matrimonio, que en principio consiste en la unión de por vida de un hombre y una mujer, pero faculta a estos la

posibilidad de disolverlo por medio de divorcio (art. 174 C). Las incapacidades para contraer matrimonio se redujeron a la capacidad civil de los contrayentes. En comparación con el Código Civil de 1867, el Código Civil de 1904 sostiene el concepto contractualista del matrimonio. Meza hace una crítica a la naturaleza contractual del matrimonio estipulada en el artículo 94 C. Considera que la denominación que le atribuye el legislador es “incoherente con los principios contractuales, pues no admite ni atribuye fuerza alguna a la promesa de futuro contrato” (Meza, 2004). Dicha crítica se expondrá a mayor detalle en la siguiente sección, relativa a la naturaleza jurídica del matrimonio.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1987, la figura fue recogida en el artículo 72 Cn, que establece que el matrimonio está protegido por el Estado y descansa sobre el acuerdo voluntario del hombre y la mujer. Se permite la disolución del matrimonio por voluntad unilateral, materializada con la creación de la Ley para la disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes (Ley No. 38).

1.5 NATURALEZA JURÍDICA

El matrimonio es una figura que cuenta con una variedad de definiciones. A lo largo de la historia, ha evolucionado para adecuarse a las necesidades de la sociedad correspondiente. En el ámbito jurídico, el matrimonio es el enfoque de varias teorías. En esta sección se expone la teoría contractual y la teoría del negocio jurídico de derecho de familia.

1.5.1 Teoría contractual

La teoría contractualista del matrimonio es producto de la tesis regalista. Esta línea de doctrinal surge del conflicto entre los soberanos europeos y la Iglesia Católica, en cuanto a la calidad del matrimonio como sacramento. El matrimonio dentro del desarrollo del regalismo, supone la manifestación del Estado de quitar

la potestad exclusiva sobre el matrimonio a la Iglesia. Pothier (1977) “expone la idea de que el matrimonio se constituye en sacramento sólo a partir del contrato que le sirve de base, por ello el Estado tiene por derecho propio la capacidad y la legitimidad de su regulación” (Guzmán García, 2002, p. 99). Varios iusnaturalistas justificaban que la sacramentalidad del matrimonio, nace con la realización del contrato ante una autoridad eclesiástica, empero, el contrato es la base sobre la cual se asienta la figura. Gaudemet (1993), colige que la interpretación regalista realizada durante la época previa a la revolución francesa, llegó a la siguiente conclusión:

El contrato y el sacramento en el matrimonio son cuestiones absolutamente separables. Establece que en la bendición del sacerdote reside la esencia del sacramento que a su vez presupone ya al contrato; no obstante, el contrato puede realizarse sin la concurrencia del sacramento porque es un contrato igual a cualquiera otro contrato que puede verificar una persona. Por tal razón corresponde al Estado, de manera exclusiva, la regulación de los impedimentos dirimentes y su dispensa. (Guzmán García, 2002, p. 93).

El salto a la trascendencia de la tesis regalista acaece con la elaboración de la constitución francesa de septiembre de 1791, donde la influencia los doctrinarios galicanos (partidarios de la tesis regalista), llevó a la estipulación del matrimonio como un contrato civil (Guzmán García, 2002). La conceptualización se trasladó a otros cuerpos normativos, en concreto, el Código de Napoleón, que llegó a influenciar los ordenamientos de corte continental.

El artículo 94 C, establece que el matrimonio es un “contrato solemne”. Dicha conceptualización tajante se profundiza en el artículo 95 C, donde se estipula que “la ley no considera el matrimonio sino como contrato”, y por ende se deduce que es parte las figuras contractuales establecidas. Atribuir al matrimonio una naturaleza contractual, requiere la necesidad de asentar las bases de la figura en las reglas generales de los contratos. Por lo tanto, para poder declarar que el matrimonio es un contrato, “es necesario determinar que en el matrimonio se da con toda exactitud una configuración idéntica a la que se produce en el contrato”

(Guzmán García, 2002, p. 163). De no realizar el ejercicio hermenéutico adecuado, la argumentación de la teoría contractual es insostenible. Los requisitos del contrato (consentimiento, objeto y causa), deben ubicarse dentro del matrimonio para que este pueda ser un contrato. Se somete el matrimonio a las reglas generales de los contratos, ya que se busca identificar la figura con aquellos, y no a la inversa.

a) Consentimiento

La voluntad de las partes, tanto en los contratos como en el matrimonio, es la piedra angular en la cual se asientan ambas figuras. Basta con leer el artículo 72 Cn, en el caso del matrimonio, y el artículo 1832, numeral 1 “c”, de las obligaciones contractuales, para encontrar el nexo de la autonomía de la voluntad. La similitud en el fundamento, no basta para determinar que el matrimonio es un contrato, más cuando se ahonda en el alcance de la voluntad de las partes. Se demuestra la debilidad del argumento en pro de la equivalencia entre matrimonio y contrato, en cinco aseveraciones puntuales (Guzmán García, 2002, pp. 166-167):

- En el matrimonio no tiene lugar el mutuo disenso que es característico de los contratos, debido que “la autonomía de la voluntad en sede matrimonial resulta reducida tan sólo a la posibilidad de elegir la forma de celebración” (Guzmán García, 2002, p. 168). La voluntad se limita únicamente a realizar el matrimonio regulado en el ordenamiento. Lo mismo ocurre a la hora de deshacerlo, puesto que es necesaria la intervención del Estado.
- En el matrimonio, las partes no pueden estipular el contenido de las cláusulas del “contrato”. La negociación no tiene lugar en el matrimonio. La potestad del Estado impera al momento de determinar el contenido de la figura:

En el matrimonio la autonomía de la voluntad, a diferencia de lo que ocurre en el contrato, aun que tiene una presencia real, no se extiende a la estipulación de las condiciones

deseadas individualmente por las partes, porque dicho acto reviste una relevante importancia para el Estado y la sociedad y su contenido no debe ni puede quedar a la libre voluntad de los sujetos, sino que, está llamado a participar del carácter de generalidad e igualdad que informa a las normas jurídicas, y en tal entendido debe ser general e igual para todos los que estén interesados en llegar a contar con el estado civil -que genera el matrimonio y- que el Estado otorga a los que se acogen a lo por él estipulado. (Guzmán García, 2002, pp. 172-173).

- La constitución del matrimonio y el estado civil dependen de la intervención de un tercero. En concreto, un tercero calificado que hace constar al Estado la voluntad de que la pareja desea consolidar su relación, y someterse a lo que establece el ordenamiento (Guzmán García, 2002, p. 174). Cierta condición existe en algunos contratos, en los cuales la fe pública es esencial, sin embargo no es un requisito característico de los contratos.
- Los contratos se caracterizan por los intereses contrapuestos de las partes, buscando una finalidad negocial. En el matrimonio, si se aceptara una “finalidad negocial”, esta estaría dotada por intereses similares por ambas partes.

Las partes del matrimonio no tienen posibilidad de divergir sobre lo que cada uno pretende de la realización de dicho negocio porque la sustancia constitutiva de dicho contrato, que las partes podrían legítimamente querer o estructurar, en el caso matrimonial sólo es una, la que el ordenamiento ordena y manda. (Guzmán García, 2002, p. 177).

- A diferencia de los contratos, en el caso de incumplimiento de la realización del matrimonio, no se da lugar al ejercicio de la indemnización por daños y perjuicios.

b) Objeto

Entrando en materia del objeto, las finalidades de procreación y mutuo auxilio, ubicadas en el artículo 94 C, serán abordadas en un capítulo posterior. Se refiere entonces a los objetos atribuidos por algunos doctrinarios:

- Algunos que afirman que el objeto del matrimonio está “en las personas de los contrayentes” (Guzmán García, 2002, p. 187).
- Ramos (1979), quien ubica el objeto “en la voluntad de convivencia y la convivencia misma” (Guzmán García, 2002, p. 187).

La primera propuesta se refuta inmediatamente, ya que al corresponder a los sujetos con el objeto, se subyuga “a los contrayentes a elementos de tráfico que se realiza, a través del contrato” (Guzmán García, 2002, p. 188). Resulta un perjuicio hacia la dignidad de las personas el justificar que son objeto de un contrato, aun tratando de adecuarlo a la explicación contractual del matrimonio. El objeto del contrato es aquel del cual los sujetos obtienen beneficio y, al reducir la humanidad a simples bienes transferibles, se atenta contra la dignidad de las personas. Se debe proceder con cautela a la hora de querer enaltecer este tipo de teorías, porque aun cuando la intención es dar sentido a un contrato matrimonial, su interpretación puede traer al foro de discusión temas peligrosos, ajenos a la finalidad que se persigue:

Si se aceptara que los sujetos del acto constitutivo del matrimonio son a la vez el objeto de dicho contrato no estaríamos ubicados muy lejos de concebir el esclavismo como aceptable jurídicamente hablando, pues la distancia que hay entre aceptar a las personas de los cónyuges como bienes de tráfico en el matrimonio a tener por legítimo el tráfico de personas para obtener la utilidad de sus órganos o el rendimiento de su trabajo sin contraprestación alguna, no es amplia. (Guzmán García, 2002, p. 188).

La convivencia no puede ser considerada como objeto del contrato. Resulta del hecho de que es una cuestión personal, imposible de determinar si reúne los

requisitos para ser considerado objeto. El legislador nicaragüense acertó en dotar a la convivencia de los cónyuges como “una consecuencia del matrimonio” (Guzmán García, 2002, p. 189), en el artículo 152 C. Este artículo es parte de las obligaciones y deberes del matrimonio, que a razón de la época de la redacción del Código Civil, se consideraba a la convivencia como una obligación derivada de la figura. Sin embargo, hoy en día el artículo está desfasado, debido que la voluntad de las partes prima a la hora de cómo determinar su relación de convivencia. El matrimonio es jurídicamente válido, aun cuando los cónyuges no cohabiten o cuya convivencia sea reducida a momentos limitados.

c) Causa

Como se ha podido apreciar hasta el momento, el matrimonio se caracteriza por el preponderante dominio de la subjetividad. No es sorpresa que la causa del contrato del matrimonio se encuentre en temas subjetivos, cuyo análisis jurídico es imposible. En los contratos, la causa es la situación que los califica. Cada contrato, típico o atípico, cuenta con su causa que los define. En cambio, el matrimonio se puede consolidar por varias causas. Se puede decir que el amor es una de las causas del matrimonio, pero también hay parejas que se casan por otros motivos (Ej. los individuos de la pareja están por ser padres). Por lo tanto, no es posible atribuir de manera concreta, una causa anterior a la ejecución del contrato matrimonial, cuando esta carece de una delimitación exacta.

1.5.2 Teoría del negocio jurídico de Derecho de Familia

Se define el negocio jurídico como el “acto jurídico lícito integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada que el derecho reconoce como base para la producción de efectos jurídicos, buscados y queridos por su autor o autores, siempre que concurren determinados requisitos o elementos” (Enciclopedia Jurídica, 2009). En la teoría correspondiente a esta sección, se sub-clasifica al matrimonio dentro de los negocios jurídicos del Derecho de Familia. De la

definición propuesta por Guzmán García (2002), se colige que el matrimonio es “el negocio jurídico bilateral y formal por el cual las partes en él intervinientes procuran obtener los bienes propios del estado civil de casados” (Guzmán García, 2002, p. 325). En este sentido, a diferencia de la teoría contractual, el matrimonio es el acto que nace de la voluntad de los interesados, y que al constituirse su legalidad por validación del Estado, le brinda a los individuos seguridad jurídica a favor de su relación de pareja. La voluntad de las partes es lo que permite que se realice, pero una vez establecido, es el Estado el encargado de brindar los efectos jurídicos.

Se nota a primera vista que la teoría del negocio jurídico familiar, subsana las problemáticas traídas a colación en la teoría contractual del matrimonio. Si se trata de ubicar al matrimonio dentro de las figuras contractuales, es necesario que se adecúe a ellas. Se toma como directriz la primera definición de esta sección. La necesidad del Estado de regular las relaciones de convivencia entre personas, para poder otorgar a estas una seguridad jurídica efectiva, caracteriza al matrimonio como “un acto jurídico lícito”. Sería ilógico que se prohibiera el comportamiento milenar de relaciones entre individuos, por consiguiente, no es necesario cuestionar la licitud del matrimonio.

La voluntad privada es el núcleo de la autonomía privada de las partes. La diferencia entre voluntad y autonomía privada es, que la última se caracteriza por su reconocimiento estatal, donde “el ordenamiento otorga eficacia jurídica a la voluntad del hombre” (Guzmán García, 2002, p. 236). Las personas son libres para hacer lo que tengan a bien, pero no todo lo que se les ocurra. La autonomía privada pone de manifiesto el hecho, de que solo se puede gozar de los derechos y cumplir las obligaciones de un negocio jurídico, si uno está dispuesto a someterse a la tutela del Estado. Realizar modificaciones a lo establecido por el ordenamiento está prohibido. La voluntad de las personas no se extiende a otros ámbitos del negocio, como el mutuo disenso de los contratos. Se hace hincapié en la voluntad, puesto que es el elemento primordial del negocio jurídico, y que “se

dirige a la obtención de los bienes que le procuren la satisfacción de necesidades, es decir, a la concreción en la realidad de un fin que le procure un provecho” (Guzmán García, 2002, p. 241). Aun cuando la voluntad de las personas se ve limitada a consolidar su relación por medio de un matrimonio, el Estado no puede obligar a las personas a llevarlo a cabo.

El objeto del negocio jurídico familiar se identifica de la siguiente manera:

El estatus familiar en cuanto cualidad de la persona dentro de la vida social y familiar, que determina su posición en la comunidad (el cual se asimilaría al estado civil) y sus atributos jurídicos; la vida común de los miembros de la familia y los bienes que constituyen el patrimonio de los sujetos. (Guzmán García, 2002, p. 294).

Los tres bienes relativos al matrimonio no son bienes del tráfico negocial, sino que son “la representación que las partes del negocio cumplen con relación a una determinada entidad del mundo, o a ciertos comportamientos” (Guzmán García, 2002, p. 293). Adquieren esta calidad, una vez las partes han consolidado su relación por medio del matrimonio. La diferencia entre el objeto del contrato y del negocio jurídico se delimita, en que los objetos del último, se obtienen a manera de beneficio por parte del Estado, y no como producto de la voluntad de las partes. Los tres objetos mencionados arriba se pueden englobar en uno: el estado civil. De este se determina: la posición de los sujetos en la sociedad, su estatus familiar, su vida en común y sus bienes, que adquieren seguridad jurídica como consecuencia del estado adquirido (Guzmán García, 2002, pp. 294-295).

Díaz López (2010), citando a Díez Picazo y Gullón (2005), expone que el estado civil, como concepto general, se configura por cuatro características:

Su relación con la personalidad (un extremo coincidente con lo que venimos señalando respecto a su relación con el concepto de identidad), su trascendencia para el orden público, su eficacia *erga omnes* y el carácter imperativo de sus normas, de forma que sólo

el legislador puede determinar las causas por las que se pierde o adquiere un estado civil. (Díaz López, 2010, p. 121).

Es importante la noción de trascendencia para el orden público, dado que no es conveniente dejar en manos de los particulares, la determinación de la condición legal de las situaciones de hecho. En tanto, es obligación del legislador estipular el marco en el cual se desarrollan los derechos que, en este caso, los sujetos buscan.

1.6 OBSERVACIONES

El matrimonio es un fenómeno social milenario, que se ha visto alterado a través del tiempo, en dependencia del lugar y la época. Es seguro afirmar que, a pesar de las transformaciones a las cuales se ha sometido, referentes a las tendencias jurídico-sociales, el génesis de la figura proviene de la voluntad de las partes (siempre que sea reconocida por el Estado como autonomía privada), que es la piedra angular de la cual depende la subsistencia de la figura. Se determina que el matrimonio no es un contrato, debido a que la inserción del mismo dentro de las figuras contractuales es imposible, y su configuración dentro de ellas no es compatible. Por lo tanto, el matrimonio es un negocio jurídico, en razón de que las pautas de actuación, los derechos y deberes adquiridos, son delimitados por el Estado. Lo último implica, que la ubicación del matrimonio dentro de los negocios jurídicos, en concreto, los de derecho de familia, es más adecuada que la colocación dentro de las figuras contractuales.

Capítulo 2: Colectivo Social LGBTI

2.1 OBSERVACIONES PRELIMINARES

El colectivo social LGBTI es el que engloba a Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales. Dentro del nicho social, se encuentran las personas Gais y Lesbianas, que son aquellas que se diferencian de las personas heterosexuales por tener una orientación sexual diferente. La Asociación Americana de Psicología hace hincapié entre la orientación y la conducta sexual, determinando que la primera “es diferente de la [segunda] porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo” (APA, 2008, p. 1). Existen varias teorías al respecto de la razón por las cuales las personas de orientación sexual diferente, tienden a definirse de tal manera. Indiscutiblemente, esta rama de la psicología puede ser abordada en otros estudios, pero acá se utilizará como referencia subjetiva del negocio propuesto en secciones posteriores.

La «orientación sexual» se refiere a la dirección de la atracción tanto sexual como emocional de un individuo, y esto define los conceptos de heterosexual (atracción por una persona de sexo distinto), homosexual (atracción por una persona del mismo sexo) y bisexual (atracción por otras personas ya sea del mismo sexo o del sexo opuesto). (Negro Alvarado, 2010, p. 4).

Así, las parejas conformadas por sujetos del mismo sexo se denominarán como “parejas homosexuales”, atendiendo a ambas sub-clasificaciones por igual (parejas de gais y parejas de lesbianas). Surge un problema al momento de no delimitar el tema del análisis. Se toma como ejemplo las siguientes cuestiones para traer a la luz la problemática. ¿Se considera que una persona que cambia de

sexo por métodos quirúrgicos (transexual) sea heterosexual, si se siente atraído (física y emocionalmente) a una persona del sexo que tenía antes de realizarse la intervención médica? ¿Es importante la orientación sexual si un gai se casa con una mujer? Generalizar el colectivo LGBTI puede llegar a oscurecer el desarrollo de la investigación, y por lo tanto es necesario señalar los límites del estudio:

- Esta sección sirve como referencia histórica del colectivo LGBTI, con especial atención a los sujetos homosexuales.
- El título del estudio se justifica dentro de los Derechos LGBTI, ya que el matrimonio homosexual es uno de los derechos reclamados por el colectivo.
- No se ahondará en una indagación sociológica de las personas LGBTI, por que no se ajusta a la problemática planteada.
- El estudio del matrimonio homosexual que se abordará en capítulos posteriores, se determina como el matrimonio compuesto por dos personas del mismo género.

2.2 FENÓMENO SOCIAL Y REACCIÓN COLECTIVA

2.2.1 Antigua Grecia

En la antigua Grecia, la sociedad no identificaba a los individuos por su orientación sexual. El diccionario clásico de Oxford, aclara que la homosexualidad en Grecia no se determinaba por el deseo sexual de los sujetos del vínculo, sino más bien por el rol establecido que interpretaban en la relación. El rol se usaba para determinar el estatus social del sujeto. Por un lado, el sujeto que participaba en la relación de forma activa, solía ser un adulto de un estatus social superior. En el otro extremo de la relación, el sujeto que participaba de forma pasiva solía representar la feminidad (indiferencia de género del sujeto) y juventud. Excepción

a la regla de esto último era la característica de la situación social, puesto que si el sujeto era un adulto de clase baja, era considerado sujeto pasivo. En concreto, las conductas homosexuales de la antigua Grecia, no se adaptaban a la experiencia de la homosexualidad en su sentido actual (Nussbaum, 1999). Los comportamientos practicados en la época dieron nacimiento a la aceptación social de la pederastia. El impúber podía entablar relaciones con un hombre mayor a partir de los doce años. Mantener una relación con una persona menor a los doce años era considerado inadecuado, pero estudios antropológicos no han logrado determinar si el comportamiento se sancionaba penalmente. Un caso peculiar, sobre el enaltecimiento de las relaciones erógenas entre hombres, se presenta en el Batallón Sagrado de Tebas (Ludwig, 2002). Dicho régimen militar, estuvo compuesto por ciento cincuenta parejas pederastas, y era el escuadrón élite del ejército de Tebas. Ludwig (2002) utiliza el ejemplo del Batallón Sagrado de Tebas para asentar un nexo, entre la homosexualidad y la polis. Considera que los griegos idealizaban el desarrollo del hombre por medio de la polis, y que la virtud que el hombre desarrollaba por medio de las conductas homosexuales, conllevaba a que la pederastia tuviera un carácter político.

2.2.2 Roma

Durante la República Romana, la homosexualidad era penada por la Ley Scantinia. Esta pena impuesta sobre las personas homosexuales, no iba dirigida hacia la identificación de un sujeto (identidad homosexual), sino a las conductas sexuales consideradas inmorales, como la pederastia (Mommsen, 2008). Al pasar el tiempo, ya en los años finales de la República, se arraigó la práctica de conductas homosexuales en Roma, consecuencia de la influencia de los antiguos griegos. Ya en el Imperio, se despenalizaron las conductas homosexuales dado que habían adquirido un estado social ritualístico, y la necesidad de castigar a los ciudadanos desapareció. Era tal la aceptación de los romanos hacia la homosexualidad, que durante el Imperio, de los primeros doce emperadores, solo Claudio tenía orientación sexual exclusiva hacía el sexo opuesto (Gibbon, 2011).

La realización de conductas homosexuales no era una potestad de todos, solo se permitía a los libertos la posibilidad de entablar dichos actos. La aceptación del fenómeno en la sociedad romana, fue consecuencia de la mentalidad de conquista colectiva, y del estatus social que buscaba el hombre para obtener la *virtus*, que convertía al varón en un hombre completo (Fantham, 1997).

La práctica de conductas homosexuales en el Imperio, llevó a que se realizaran ceremonias matrimoniales entre hombres. En base al estudio realizado por Hersch (2010), hubo casos en los cuales dos hombres realizaban ceremonias matrimoniales (uno de ellos vestido de mujer) ante algunos testigos. Dion Casio relató las ceremonias de las que participó Nerón, en concreto, una con el liberto Pitágoras, y otra, con el esclavo Esporo. Hersch (2010), hace énfasis en el relato del matrimonio con Esporo, en donde los invitados, durante la ceremonia hicieron cánticos hacia la pareja, deseándoles que pudieran tener hijos. La mención de este relato se hace con cautela. Historiadores afirman que la ceremonia sí se llevó a cabo, pero la reacción de los invitados hacia los “cónyuges”, no significa que la sociedad romana validaba el matrimonio entre dos hombres. Es razonable que los invitados participaran de manera emotiva, por temor al emperador. Dichos relatos fueron comentados posteriormente por Juvenal y Marcial. Juvenal, en concreto, afirma que esa clase de ceremonias se llevaba a cabo frecuentemente, sin embargo no producían efectos legales. Lo traído a colación no debe entenderse como fundamento de lo que posteriormente se discutirá, sino como parte de los antecedentes del fenómeno social titular de este capítulo.

2.2.3 Represión Social

Con la caída del Imperio Romano de Occidente y el auge del cristianismo en la sociedad europea, la homosexualidad pasó de ser un fenómeno común de la sociedad, a ser considerada un comportamiento de orígenes pecaminosos. En occidente, las conductas homosexuales se vieron perjudicadas hasta el punto de ser tipificadas en los códigos penales, bajo la denominación de “sodomía”. Por

muchos siglos, la reacción de la sociedad de cara a la homosexualidad era de total condenación hacia los sujetos identificados con la tendencia. Mención especial merece la postura que tomaba la Iglesia Católica. La gran influencia de la religión en el continente europeo, realizada en las leyes que regían los territorios, causó que la sociedad castigara a las personas que realizaban conductas con individuos de su mismo sexo. McNeill (1979), explica que la postura tradicional de la iglesia consideraba que las relaciones homosexuales eran pecaminosas, tanto subjetiva como objetivamente. El origen de la personalidad iba ligado al pecado, y por ende, presentaba un peligro para la sociedad. Mejía Turizo y Almanza Iglesia (2010), expresan que la transición de la reacción social, desde una perspectiva de mera tolerancia, a una persecución y tipificación de conductas homosexuales, como pecados nefandos, se asentó en el criterio con el cual se consideraban actos contrarios a la naturaleza, y por consecuente debían ser confrontados. A tal extremo llegó la persecución, que en la Inquisición española bastaba un testigo mayor de veinticinco años, para erigir evidencia contundente para enjuiciar por sodomía a una persona.

En la edad contemporánea, la persecución de las personas homosexuales en Europa cesó, sin embargo, la penalización por conductas homosexuales seguía presente. Mejía Turizo y Almanza Iglesia (2010), relatan ciertos estudios realizados por investigadores en la edad contemporánea, que se toman como referencia a la hora de determinar antecedentes de la lucha por los derechos de las personas LGBTI. En concreto, narran lo estipulado por Ulrichs (1870), Kertbeny (1868) y Hirschfeld (1897). El hecho de que estas personas hayan tenido interés académico por las personas homosexuales, en aquel entonces todavía juzgados por su identidad sexual, sirve de punto de referencia histórico para la defensa de los Derechos LGBTI. Kertbeny fue el primero en utilizar el término “homosexual” y el primero en reprochar públicamente las acciones injustas contra las personas de orientación sexual diferente. Ulrichs afrontó el tema de una manera filosófica-social, con la cual trató de abordar la segregación sobre las personas homosexuales. En un ensayo redactado en la década de 1860, equipara

la identidad sexual del individuo con el amor, argumentando la naturaleza biológica en relación con la psique del sujeto. Abogó por la igualdad de trato con los hombres homosexuales, a los que denominaba “urning”. De otro ensayo redactado en la década de 1870, establece lo siguiente:

El “*urning*, también, es una persona, por lo tanto, tiene derechos inalienables. Su orientación sexual es un derecho establecido por la naturaleza. Los legisladores no tienen ningún derecho a vetar la naturaleza; ningún derecho a perseguir la naturaleza en el curso de su trabajo; ningún derecho a torturar a criaturas vivas que están sujetas a esos impulsos que la naturaleza les dio”. Y continúa, “es un ciudadano. Él, también, tiene derechos civiles; y de acuerdo a esos derechos, el estado tiene ciertos deberes que cumplir. El Estado no tiene razones para actuar por capricho o por el placer de la persecución. El Estado no está legitimado, como en el pasado, a tratar a los *urnings* como si no los acogiera la ley”. (Mejía Turizo y Almanza Iglesia, 2010, pp. 83-84).

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, Hirschfeld ideó la teoría del tercer sexo. Dicha teoría analiza las tendencias homo-eróticas, y coloca a las personas homosexuales en una posición intermedia entre el hombre y la mujer. A través del Comité Científico Humanitario, fundado por Hirschfeld en 1897, se trató, por medio de recolección de firmas, abolir el artículo 175 de la ley penal alemana de aquel entonces, donde se tipificaba la homosexualidad e implicaba una pena para los sujetos que entablaban relaciones de tal naturaleza. Desafortunadamente, todos esos esfuerzos fueron en vano, ya que al entrar en el poder el partido nacional-socialista en Alemania, los movimientos iniciados por Hirschfeld fueron censurados. Durante la segunda guerra mundial, los homosexuales sufrieron un destino similar al de los judíos, recolectados en campos de concentración y marcados con un triángulo invertido de color púrpura.

2.3 ORIGEN DE DERECHOS LGBTI

La historia de la lucha por parte de la comunidad LGBTI, contra la opresión social, comenzó con los disturbios de Stonewall en junio de 1969. En dichos disturbios, entraron en conflicto personas del colectivo LGBTI con la policía de Nueva York. Tal influencia tuvo este evento, que el 28 de junio, fecha del altercado, es reconocido a nivel mundial como el día del orgullo de la comunidad LGBTI. Simultáneamente, en Europa, ciertos Estados empiezan a reconocer los Derechos de personas LGBTI. En cambio, en América Latina, el movimiento social es casi nulo debido a la inestabilidad política de los países de la región.

A medida que transcurrían las décadas, las personas LGBTI fueron adquiriendo reconocimiento en diferentes estados. La petición general, era la no discriminación a las personas del colectivo. El 31 de marzo de 1994, la ONU falló a favor de los derechos de las parejas homosexuales en el caso Toonen contra Australia. El dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, concluyó que las regulaciones que penalizaban el comportamiento homosexual, constituían una discriminación al estilo de vida de los sujetos (SCJN, 2009). Dicha discriminación legal se trasponía a la sociedad en forma de amenaza directa al derecho de privacidad de las personas. La resolución hizo eco a las anteriores sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como Dudgeon contra el Reino Unido (1981) y Norris contra Irlanda (1988). Dichas resoluciones descalificaron la penalización de las conductas homosexuales, llevó a la eliminación de los tipos penales anti-homosexuales de los ordenamientos de esos Estados.

En 2001, Holanda fue le primer país que legalizó los matrimonio homosexuales. El matrimonio entre personas del mismo sexo es una figura que está recogida dentro de los Derechos LGBTI. Constituye la ampliación del matrimonio heterosexual, pero no es la única alternativa para reconocer jurídicamente las relaciones de convivencia de parejas del mismo sexo. En Alemania, por ejemplo, se reconoce la unión de hecho entre sujetos del mismo sexo, y esta goza de una variedad

derechos que contiene el matrimonio. Hoy en día existe un bloque de Estados que reconocen la convivencia de las parejas homosexuales, en dependencia del grado que delimita la política interior de cada país. Recientemente, en diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU emitió una declaración (A/63/635) sobre la orientación sexual y la identidad del género. En su numeral 3, se revalidan los derechos de igualdad y de no discriminación de todos los seres humanos:

Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género. (Declaración A/63/635).

En la realidad cultural nicaragüense, en 1992, Violeta Barrios de Chamorro, endureció las penas a las personas homosexuales con la Ley No. 150, Ley de Reformas al Código Penal, publicada en La Gaceta No. 174, del 9 de septiembre de 1992. El artículo 5 de la Ley No. 150, reformó el artículo 204 del Código Penal vigente en 1992. Su restructuración contenía lo siguiente:

Art. 204. Comete delito de sodomía el que induzca, promueva, propagandice o practique en forma escandalosa el concubito entre personas del mismo sexo. Sufrirá la pena de uno a tres años de prisión. Cuando uno de los que lo practican, aún en privado, tuviere sobre el otro poder disciplinario o de mando, como ascendiente, guardador, maestro, jefe, guardián o en cualquier otro concepto que implique influencia de autoridad o de dirección moral, se le aplicará la pena de la seducción ilegítima, como único responsable. (Ley No. 150, Art. 5)

La convivencia y la promulgación del homosexualismo eran penadas. En Nicaragua, fue hasta el siglo XXI que se comenzó a realizar activismo en los derechos de las personas LGBTI. En 2008, se despenalizaron las penas establecidas en 1992 en contra de las personas homosexuales. Se prohibió todo tipo de discriminación y se creó la Procuraduría de Diversidad Sexual de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, para reforzar la defensa de los Derechos Humanos de las personas LGBTI.

Capítulo 3: Análisis Constitucional

3.1 TEST DE IGUALDAD: CUESTIONES PRELIMINARES

El matrimonio entre personas del mismo sexo es una materia que debe ser abordada desde dos puntos de vista, para poder concluir si se puede dar cabida a la figura dentro del ordenamiento jurídico nicaragüense. Primero, desde una aproximación constitucional, y segundo analizando la manera de adecuación a la rama civil del ordenamiento. Siguiendo el esquema de la Pirámide de Kelsen, en este capítulo se someterá el matrimonio entre individuos del mismo sexo, a un estudio sobre su posición en relación a la Constitución Política de Nicaragua.

Se ha mencionado en el capítulo anterior, que los derechos de la población LGBTI son de desarrollo reciente. Estos nacen y se amparan en el principio de igualdad. Apreciando lo establecido en los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no se indica expresamente la protección a los derechos de las personas del colectivo LGBTI. Sin embargo, su amparo está presente de manera implícita, como el caso del artículo 1.1 CADH, bajo la categoría de “otra condición social”. El uso de la frase permite diferenciar al colectivo LGBTI dentro de la sociedad. El temario de condiciones sociales protegidas por el derecho de igualdad se extiende, a medida que van surgiendo en la sociedad condiciones no reconocidas jurídicamente. Es preciso que la condición cuente con un carácter diferenciante notable, para ser amparada bajo el principio de igualdad. Debe ser legítima, en cuanto no puede transgredir los derechos fundamentales de otro colectivo social. El trato diferenciado injustificado a las personas, que ameritan ser tratadas como iguales por otras condiciones sociales reconocidas, constituye una discriminación.

En el ordenamiento jurídico nicaragüense, el principio de igualdad se recoge en el artículo 27 de la Constitución Política. Se desarrolla en cuerpos legales como la Ley No. 648, Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades, publicada en “La Gaceta” No. 51 del 12 de marzo de 2008, que fomenta el desarrollo de la promoción de la igualdad efectiva en la sociedad nicaragüense a favor de las y los ciudadanos. La Ley nace de la necesidad de fomentar una igualdad efectiva en base al género, pero está fundamentada en “la igualdad, equidad, justicia, no discriminación y no violencia, así como el respeto a la dignidad y la vida de las personas” (Ley No. 648, Art. 2). Según la Ley No. 648, son principios de la República de Nicaragua los siguientes:

- **Respeto a la dignidad humana:** Igual valoración que tiene, tanto la mujer como el hombre y que merece el respeto y la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción alguna de raza, etnia, sexo, edad, lengua, religión, opinión, ideología, política, origen, posición económica o condición humana o social.
- **Igualdad:** Condición equivalente en el goce efectivo de los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de mujeres y hombres sin discriminación alguna.
- **Igualdad real:** Superación de la brecha entre la legislación y las situaciones de hecho en todos los ámbitos de la sociedad.
- **Equidad:** Trato justo dirigido a lograr la igualdad efectiva mediante acciones positivas que permitan el reconocimiento de las condiciones específicas de cada persona o grupo, derivadas de los derechos humanos relacionados con su raza, religión, origen étnico o cualquier otro factor que produzca efectos discriminatorios en derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades en mujeres y hombres. (Ley No. 648, Art. 3).

Como todo Estado Social de Derecho, se reconoce y se garantiza en la mejor medida, el derecho a la igualdad de los ciudadanos. El principio de igualdad en las leyes suele ser de naturaleza retórica, y su traslado a la realidad social no suele ser completo. El legislador, en ocasiones, omite ciertas necesidades de los ciudadanos. La subsanación de las omisiones que surgen de la igualdad retórica, requieren de un análisis de igualdad, para poder superar la brecha entre la retórica

y la efectividad. De no hacerlo, los derechos fundamentales de los habitantes se encuentran mermados porque, como expresa el caudillo colombiano Jorge Eliecer Gaitán, citado por Galeano (2011), “el pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley, sino la igualdad real ante la vida”.

No es una tarea fácil superar la brecha entre la igualdad retórica y la igualdad efectiva. En el caso de las parejas homosexuales, es preciso estipular el alcance de su condición social. Para poder determinar las vulneraciones al derecho de igualdad de estos ciudadanos, es necesario “definir el alcance de la igualdad como una aspiración real y material, y no simplemente formal.” (Galeano, 2011, p. 3). La Corte Constitucional de Colombia (Cort Cn Col), razona que la igualdad ante la ley se debe reconocer por medio de un juicio analítico, ponderando entre los derechos que se reclaman y los derechos que pueden resultar vulnerados. La importancia de este proceso va ligada a los pilares del Estado Social de Derecho, que busca enmarcar la igualdad “como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material.” (Galeano, 2011, p. 4).

Se propone como el procedimiento del desarrollo de este análisis, el test (o juicio) de igualdad. El test de igualdad es un método empírico de desarrollo jurisprudencial, utilizado para subsanar las omisiones cometidas por el Estado, en perjuicio de los ciudadanos. A su vez, fundamenta las sanciones de las acciones discriminatorias realizadas, tanto por el Estado (legal y administrativamente), como los particulares (personas naturales o jurídicas). Para poder dar inicio a un juicio de igualdad, el Instituto Nacional de Derechos Humanos de la República de Chile (INDH) considera lo siguiente:

Es necesaria una base sobre la cual comparar las situaciones y poder establecer la existencia o no de diferencias de trato, requiriéndose en consecuencia un *tertium comparationis* (término de comparación), esto es, “indicar los supuestos de hechos con los

que se ha de comparar aquél en que el recurrente se encuentra a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que alega. (INDH, 2011, p. 14).

Su finalidad persigue corregir la vulneración del derecho de igualdad por leyes que no reúnen el requisito de abstracción, y por la ausencia de leyes que subsanen la brecha entre la igualdad retórica y la efectiva. No equivale a que las leyes particulares a ciertos grupos de la sociedad estén prohibidas, siempre y cuando estas normativas justifiquen el trato diferenciado de los ciudadanos. Las normas particulares referidas se apegan al aforismo de tratar “desigualmente a los desiguales” (INDH, 2011, p. 15). En Nicaragua, este trato desigual se dio con la creación de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de la Costa Atlántica. El legislador constituyente vio la necesidad de otorgar a estos ciudadanos un régimen especial, a modo de compensación por la segregación histórica que sufrieron los pobladores de la zona.

De la jurisprudencia nicaragüense, se puede apreciar que los funcionarios judiciales no acostumbran seguir un método uniforme, a la hora de ventilar los casos de una supuesta discriminación. No significa que los fallos sean inadecuados o injustos, sino que resulta difícil determinar el método utilizado por la autoridad judicial para llegar dicha conclusión. La falta de documentación del método analítico, dificulta la identificación de la tendencia interpretativa de la Corte Suprema de Justicia. En el ordenamiento nicaragüense, el test de igualdad se debe hacer dentro del recurso de amparo. En el análisis presentado a continuación, se ejecutará un test de igualdad sobre la situación de las parejas homosexuales en Nicaragua.

El test de igualdad cuenta con dos límites: la razonabilidad de la diferenciación y la proporcionalidad de los medios de subsanación designados (Galeano, 2011).

3.1.1 Razonabilidad de la Diferenciación

El límite de razonabilidad de la diferenciación implica que, el criterio del juez no puede someterse únicamente a la simple interpretación literal del derecho positivo, si se considera que es insuficiente para satisfacer las necesidades de igualdad de los ciudadanos. Los encargados de realizar el juicio de igualdad deben deliberar y aterrizar en la conclusión más acertada. Esta conclusión debe ser fundamentada de tal manera que traiga a la luz, los motivos por los cuales los derechos reclamados se deben proteger en base a la igualdad. El razonamiento a realizar por el juzgador no es una yuxtaposición de los valores analizados, sino una ponderación de estos a fin de otorgarles validez jurídica. Rodríguez (1994), citado por Galeano (2011), considera lo siguiente:

Corresponde al juez “hacer una valoración prudente, aspirando a alcanzar sólo una decisión provisional y controvertible (...) El razonamiento jurídico no procede en la forma de largas cadenas de silogismos cabalmente encadenados, a la manera de demostraciones matemáticas, sino a través de múltiples argumentos limitados pero que, en conjunto, conforman un tejido consistente”. (Galeano, 2011, p. 6).

El raciocinio del juez proporciona una fundamentación a la interpretación de los principios constitucionales. La racionalidad es el criterio que determina la situación del principio de igualdad. La efectividad del raciocinio va ligada a la naturaleza evolutiva del Derecho. Debido a que la sociedad presenta nuevos supuestos de hecho en razón de la época, el Derecho debe adecuarse a cumplir las necesidades de los habitantes. En el caso de que el legislador prohíba dichas situaciones de hecho, sin antes considerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, u omite estos al no reconocer jurídicamente las situaciones sociales presentes, el juez debe dictaminar la vulneración del principio de igualdad.

3.1.2 Proporcionalidad de los Medios Incorporados

El criterio de proporcionalidad se configura por tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por idoneidad se debe entender

que el fin retributivo que busca el recurrente reúne las condiciones necesarias para subsanar las acciones u omisiones. De esta manera, el juez prevé que el problema en cuestión tiene una solución factible y adecuada al ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la necesidad, es imprescindible asentar el fundamento jurídico de los derechos reclamados. En las acciones que afectan de manera directa a los ciudadanos, la necesidad nace de manera posterior, a causa de la discriminación que emana de lo realizado. En otras palabras, para que haya una reacción, es necesario que primero exista una acción que afecte el orden establecido, de la cual se debe comprobar la necesidad de subsanar los derechos vulnerados. En los casos de las omisiones, la cuestión de necesidad surge de las situaciones de hecho presentes en la sociedad que no se encuentran reguladas, y es por medio de los ciudadanos que se exige al Estado que corrija la omisión, otorgando a las situaciones de hecho una protección legal.

El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a las medidas tomadas para resguardar los derechos fundamentales. Una vez analizada la idoneidad y la necesidad, el método de subsanación no puede afectar de manera excesiva los derechos fundamentales de otros ciudadanos (Cort Cn Col, 2012).

Lo descrito hasta ahora se refiere a los límites que no se pueden traspasar a la hora de realizar un test de igualdad. El juez no está obligado a regirse por los parámetros mencionados anteriormente, dado que no es un método interpretativo de carácter taxativo. Son guías de análisis metodológico no excluyentes, puesto que el judicial cuenta con la libertad de dictaminar lo que tenga a bien, siempre que no sea contrario a lo que establece el ordenamiento. Sin embargo, el método descrito hasta ahora y ampliado a continuación, fundamenta el análisis de una manera que se ajusta a la realidad social y contribuye, de manera minuciosa, al esclarecimiento de la interrogante sobre la igualdad real.

3.1.3 Tipos de Test de Igualdad

El modelo de juicio de igualdad que se empleará en el estudio del matrimonio homosexual, será el modelo híbrido colombiano. Es conveniente exponer los orígenes del método empleado, antes de realizarlo. Galeano (2011), describe tres tipos de Test de Igualdad. Dos de ellos abordan el análisis del principio de igualdad de maneras diferentes, y el último utiliza partes de los primeros para afrontar la materia.

a) Modelo Europeo

El juicio de igualdad europeo se conoce como el juicio de proporcionalidad. Galeano (2011), resume el juicio de la siguiente manera:

- Persigue un *objetivo* constitucionalmente permitido.
- Es *adecuado* para el logro del objetivo perseguido: se intenta establecer si la realización de la medida contribuye a la satisfacción del objetivo enunciado. El cálculo que se hace en esta fase de la prueba es de racionalidad instrumental.
- Es *proporcional* al objetivo buscado: se trata del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Es la fase más compleja de la prueba. La relación de proporcionalidad que exige el test debe darse entre el beneficio obtenido por las personas favorecidas por el acto acusado y el perjuicio sufrido por quienes resultan desfavorecidos por la realización de ese acto. La proporcionalidad se refiere, entonces, a las consecuencias del acto acusado de violar el derecho a la igualdad. El acto es constitucional si promueve un beneficio notorio para un grupo social, sin afectar desmesuradamente a otro grupo. (Galeano, 2011, p. 8).

Se aprecia que el punto de vista europeo para determinar los casos de vulneración del derecho de igualdad, se desenvuelve en un entorno casi monopolístico del análisis proporcionalista. Este modelo es utilizado por gran parte de los Estados que cuentan con un ordenamiento de corte continental. Así como se enfatiza la importancia de proporcionalidad, se suele dejar de lado otros criterios que sirven para realizar un juicio mejor fundamentado. Tal es el caso del criterio de necesidad, que no se toma en cuenta a la hora de realizar este tipo de test.

Galeano (2011), explica que los defensores del modelo europeo estipulan que el criterio de necesidad no tiene cabida en el juicio de igualdad, puesto que coloca al juez en una posición de co-legislador. Sin embargo, no sería correcto que el juez deje en desamparo a los ciudadanos. Los jueces que realizan este tipo de juicio de igualdad suelen dictaminar si existe o no discriminación, pero no interceden a favor de los ciudadanos ante el poder legislativo, puesto que la línea entre las potestades de cada poder estatal puede ser traspasada. Empero, eso no equivale que las sentencias producto de este juicio de igualdad no se acaten, sino que sirven como directriz para la subsanación que posteriormente debe ejecutar el legislador.

b) Modelo Estadounidense

En el Derecho de corte anglo-sajón, por impulso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, la cuestión de la ponderación de los casos de igualdad se realiza de manera gradual. En otras palabras, el análisis se fija en grados de intensidad relativos a la gravedad de la discriminación analizada (Galeano, 2011):

- El escrutinio *suave*: una norma que establece una diferenciación es constitucional si es adecuada para el logro del fin perseguido. Las únicas exigencias que hace la Corte al legislador en este nivel son que busque un fin legítimo y que lo haga a través de medios adecuados. Incluye por lo tanto, sólo la primera y la segunda fase del test europeo.
- El escrutinio *estricto*, cuando la diferenciación hecha por el legislador sea sospechosa –es decir, se funde en criterios que la Constitución establece con especial atención, como la raza o el origen étnico- la Corte ejerce un control severo, según el cual la norma acusada es constitucional sólo si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso (*compelling interest*).
- El llamado escrutinio *intermedio* en los casos en los que la diferenciación establecida por el legislador está basada en criterios “sensibles” –aunque no sospechosos- como el origen nacional o el género. Para que la norma que establece el trato diferente sea constitucional, de acuerdo con el escrutinio intermedio, debe perseguir un objetivo “importante” –aunque no “imperioso”- y ser claramente adecuada para lograrlo. (Galeano, 2011, p. 9).

La razón de los niveles de intensidad surge del resguardo para evitar la supresión por parte del poder judicial, de las potestades políticas del legislador. Reafirma en cierta medida la exclusión del criterio de necesidad en el Modelo Europeo. Su finalidad es delimitar que temas deben ser abordados de manera minuciosa, y cuáles no ameritan un escrutinio pesado. Por ejemplo, no es lo mismo determinar la desigualdad en materia tributaria, que el análisis de derechos fundamentales (Galeano, 2011, 10), de tal manera que si el juez analiza cada cuerpo legal con el mismo criterio de intensidad, sería imposible para el legislador crear cuerpos normativos siguiendo los causales políticos característicos del foro democrático.

c) Modelo Híbrido Colombiano

La Corte Constitucional de Colombia utilizó los dos modelos expuestos arriba por casi una década. Fue hasta en el año 2001, que los magistrados llegaron a la conclusión de que ambos modelos eran complementarios en relación a las ventajas que cada uno ofrecía. El “juicio integrado” comienza por el análisis del principio de proporcionalidad y sus tres sub-principios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) (Galeano, 2011, p. 10). En el estudio de la proporcionalidad, se aplica un criterio de gradualidad del tema en cuestión. Así, el criterio de proporcionalidad se limita o se extiende en base a la categorización que se le da a la materia.

En el test integrado, los casos de materia económica, tributaria o política internacional pertenecen a la categoría de escrutinio leve. En el otro polo, la categoría de escrutinio estricto comprende los derechos fundamentales, y en concreto, atendiendo al objeto de este estudio, “cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones” (Ver Anexo 1). El rigor intermedio del test recae sobre derechos

constitucionales que no son necesariamente fundamentales, y casos que presenten indicios de arbitrariedad (Galeano, 2011, p. 11).

Las materias referentes a los criterios de intensidad no están fijadas a un discernimiento, ni excluidas de poder ser analizadas en otro rigor. La posibilidad de aglomerar dos materias distintas en un nivel de intensidad, depende del caso en concreto. Por ejemplo, se puede proceder de la manera descrita cuando el análisis se realice sobre “una norma de materia económica que además discrimine por razón de la raza o la opinión política” (Galeano, 2011, p. 12). La necesidad de resolver la totalidad de problemas presentados en las situaciones de hecho, lleva a la ejecución del test de igualdad en más de uno de los niveles de intensidad establecidos. De lo contrario, el dirigirse de manera exclusiva en dependencia a los criterios de intensidad, el juicio de igualdad dejaría en desamparo los derechos de los ciudadanos, en vista de que el método de análisis puede ser realizado de manera incompleta (Ver Anexo 1).

3.2 METODOLOGÍA DEL PODER JUDICIAL

El derecho de igualdad en Nicaragua, se concibe en el principio de no discriminación. Así lo establece la Sentencia 1546, del 19 de septiembre de 2012 de la Corte Suprema de Justicia, realizada por la Sala Constitucional. Razona el judicial, que el Estado de Nicaragua debe, a la luz de lo que expone el artículo 48 Cn *in fine*, “eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país” (CSJ, 2012, p. 2). La Sala Constitucional expresa que el derecho de igualdad conlleva a la prohibición de la discriminación y enuncia los supuestos considerados discriminatorios:

En este sentido, las distinciones y las diferencias de trato no pueden estar motivadas, en lo esencial por criterios tales como la raza, el origen, la religión, el sexo, el origen social, etc. En términos generales, podría decirse que el principio de no discriminación implica la

exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente. (CSJ, 2012, pp. 7-8).

La interpretación del derecho de igualdad se basa en lo que establece el artículo 27 Cn, en el cual el Estado de Nicaragua se compromete a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Constitución Política para todos los ciudadanos. Surge la interrogativa de indagar si los funcionarios judiciales nicaragüenses, pueden utilizar el test de igualdad como método empírico para fundamentar sus resoluciones. El Acuerdo No. 193 del 22 de septiembre de 2011, de la Corte Suprema de Justicia, titulado “Código de Ética de los Servidores Públicos del Poder Judicial”, plasma los principios de los funcionarios judiciales de cara a la repartición de justicia. La CSJ establece que:

La labor del trabajador del Poder Judicial, no sólo requiere el conocimiento de las leyes vigentes que tenemos en Nicaragua, sino además, debe asumir una responsabilidad en lo ético, trayendo a la reflexión, a la conciencia y a la práctica, los principios, reglas y virtudes inherentes a la función jurisdiccional, de lo que él representa ante la sociedad nicaragüense. (CSJ, 2011, p. 1).

La Constitución Política carga al Poder Judicial con la tarea de administrar la justicia de forma eficiente. El Código de Ética sirve para identificar la finalidad interpretativa del Poder Judicial, desde un punto de vista autocrítico de la misma institución. En su artículo 5 confirma lo establecido en la Constitución Política en su artículo 158, por medio del cual se estipula que es deber del Poder Judicial respetar y fortalecer el Estado Social de Derecho. En el artículo 9 se ratifica el deber de los jueces del cumplimiento de la Constitución de la República y las leyes vigentes en el país. Por último, el código establece que los funcionarios judiciales “deben estar anuentes a los cambios que impliquen modernización y aplicación de nuevas tecnologías y métodos de trabajo” (Acuerdo No. 193, art. 16), siempre que estos no sean contrarios a la ley. El test de igualdad es una herramienta con la cual los jueces pueden obtener un resultado, a través del sometimiento de la controversia a un escrutinio que no es contrario a la práctica judicial. La aplicación

del juicio de igualdad no solo es permitida, sino que también es fomentada por las políticas internas del poder judicial, con la intención de garantizar a los ciudadanos una repartición efectiva de la justicia.

3.3 EJECUCIÓN DEL TEST DE IGUALDAD

En esta sección se somete el matrimonio homosexual, a un juicio de igualdad. Se siguen las directrices del juicio de igualdad híbrido colombiano, ubicado en el Anexo 1.

3.3.1 Rigor del análisis

El análisis del matrimonio de personas del mismo sexo debe realizarse de manera estricta. El rigor del análisis se asienta en dos criterios no excluyentes de la naturaleza del tema.

Primero, porque es parte de los casos clasificados de forma “no taxativa en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución” (Anexo 1). El artículo 13 de la Constitución de Colombia es equivalente al artículo 27 de la Constitución Política de la República de Nicaragua (Derecho de Igualdad):

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Constitución Política de Colombia).

Por medio del artículo 27 Cn se dictamina que las personas LGBTI, como seres humanos que son, merecen ser tratados como iguales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (CIDH, 2010, p. 10).

El segundo criterio se relaciona a las “personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones” (Galeano, 2011, p. 11). No es secreto para nadie que las personas LGBTI han sido discriminadas a lo largo de la historia de la República de Nicaragua. Si bien es cierto que con la reforma del Código Penal de 2008, se eliminaron los delitos por conductas homosexuales, hoy día son un grupo marginado jurídica y socialmente. Esta discriminación no solo la realizan los ciudadanos y empresas, sino que también los funcionarios públicos. Un ejemplo de esto último surge del caso de un joven que fue agredido sexualmente por un hombre mayor (PDDH, 2013). Al ir a hacer la denuncia ante la Policía Nacional, el oficial encargado se rehusó a iniciar el procedimiento sin justificación y, duplicando su falta, se dirigió de manera peyorativa hacia el joven por su orientación sexual. Las personas LGBTI no tienen acceso efectivo a la toma de decisiones en la sociedad. Como consecuencia de una serie de factores como el miedo a represalias por parte de la sociedad, que inhibe a las personas LGBTI de asociarse y reclamar sus derechos, y la falta de interés por parte del Estado de proteger jurídicamente a esos ciudadanos. A diferencia ciertos Estados Latinoamericanos, en los cuales los Derechos LGBTI se encuentran en una

situación de apogeo, el reconocimiento jurídico y social de los derechos de las personas LGBTI en Nicaragua es casi nulo.

En síntesis, de los dos criterios mencionados se puede concluir que el juicio de igualdad correspondiente al derecho reclamado (el matrimonio homosexual), es meritorio de ser estudiado bajo una pesquisa estricta. Se llega a este desenlace del hecho de que existe una condición social protegida de manera no taxativa por el artículo 27 Cn, y los sujetos que reclaman el derecho en cuestión, son parte de un grupo que el Estado de Nicaragua ha marginado jurídicamente.

3.3.2 Legitimidad

Se puede definir la legitimidad del matrimonio homosexual respondiendo la siguiente pregunta: ¿Tiene el Estado la obligación de reconocer que las parejas homosexuales tienen derecho a una protección jurídica, en dependencia a la manifestación de su voluntad, a la hora de acordar la mejor manera del desarrollo de su vida?

Es preciso establecer la condición de la situación de las parejas del mismo sexo en Nicaragua. Con la reforma del Código Penal de 2008, las conductas homosexuales fueron despenalizadas. De esa manera, las relaciones entre personas del mismo sexo dejaron de estar expresamente prohibidas por el ordenamiento nicaragüense. Empero, la despenalización no se tradujo en la protección jurídica de las relaciones de hecho. Así las cosas, se puede decir que las parejas del mismo sexo se encuentran en el punto intermedio entre la no ilegalidad, y el reconocimiento jurídico. Se extrae del artículo 27 Cn que todas las personas tienen derecho a igual protección por parte de la ley. La única diferencia entre las parejas homosexuales y las heterosexuales, es la orientación sexual de los sujetos involucrados. En cuanto a los actos que ejercen ambos tipos de relación, la Corte Constitucional de Colombia colige lo siguiente:

Las parejas homosexuales realizan actos en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual, que la necesidad de reconocimiento jurídico de la pareja homosexual se manifiesta “en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre los integrantes” y la falta de reconocimiento atenta contra la dignidad de los integrantes de la pareja, lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación “al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida produzca efectos jurídicos.”(Cort Cn Col, 2011, p. 8).

No existe una razón jurídicamente válida para no concederle a las parejas del mismo sexo, la protección legal de sus intereses. La falta de provisión de seguridad jurídica por parte del Estado de Nicaragua, constituye una discriminación hacia las parejas homosexuales. Esta desigualdad surge yuxtaponiendo las parejas heterosexuales frente a las homosexuales. Está claro que la diferencia que existe entre ambas modalidades de relación es la orientación sexual, pero la fundación en la cual se asienta cada relación es la misma: la voluntad. La Corte Constitucional Colombiana considera que ese tipo de omisión “constituye un acto de discriminación que priva de manera injustificada a un grupo de personas del acceso a uno de los derechos consagrados por las normas internacionales y de la protección del Estado que se deriva de su ejercicio” (Cort Cn Col, 2011, p. 72).

Lo que se intenta con el derecho de igualdad es asentar el interés legítimo de las parejas del mismo sexo, para que puedan gozar de un negocio jurídico familiar, en base a las necesidades del desarrollo de su personalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), reiteró la tendencia de organismos internacionales, donde se concluye que la discriminación por orientación sexual constituye una falta grave hacia los Derechos Humanos. En el caso *Atala contra la República de Chile* (2010), la CIDH hace eco a la postura de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre la materia de discriminación. Además de condenar los actos violentos contra el colectivo LGBTI, la CIDH sugiere que se promueva un ideal que “aliente a los Estados miembros a que consideren, dentro de los parámetros de las instituciones legales de sus sistemas nacionales, la

adopción de políticas públicas contra la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género” (CIDH, 2012, p. 16).

Se hace hincapié en la materia del derecho de igualdad, antes de proceder con el análisis del artículo 72 Cn. De la investigación realizada hasta este punto, se llega a la conclusión de que el artículo 27 Cn, es fundamento suficiente para garantizar a las parejas homosexuales un marco de referencia jurídico que puedan utilizar para el desarrollo de su personalidad. El caso es, que la discriminación realizada por el Estado de Nicaragua es grave, debido al desamparo total en el que se encuentran las parejas del mismo sexo. La discriminación se realiza a favor de una sociedad pro-heterosexualista, en detrimento de las personas homosexuales. Empero, el derecho de igualdad no se puede extender a tal punto que se perjudiquen los derechos fundamentales de terceros, donde se incurriría en un caso de “desigualdad por exceso de igualdad” (TCE, 2012, p. 20). Existe la necesidad de un marco legal para la protección de los intereses de las parejas homosexuales, pero este no puede trasgredir los derechos fundamentales de terceros. Como se expondrá en las siguientes secciones, el medio designado (marco legal) para subsanar la omisión debe justificarse y apegarse a la proporcionalidad en sentido estricto. Resulta contraproducente asentar el matrimonio homosexual exclusivamente en el derecho a la igualdad, cuando la efectividad de esta no debe reducirse a la concesión de derechos no reconocidos, sino también debe delimitar hasta qué punto se pueden atribuir dichos derechos.

3.3.3 Artículo 72 Cn

Se debe buscar un fundamento constitucional para poder crear un marco legal que brinde seguridad jurídica a las parejas homosexuales. El artículo 72 Cn reconoce la protección y el desarrollo del matrimonio en el ordenamiento nicaragüense. Surge la necesidad de indagar si la Carta Fundamental permite la creación del matrimonio homosexual sin la necesidad de realizar una reforma constitucional.

El derecho a contraer matrimonio tiene una doble conceptualización: como derecho fundamental y como garantía institucional. Así lo considera la Unión Europea en el artículo 9 de su Carta de Derechos Fundamentales. En razón de que es precedente al derecho y cuya presencia está destinada a perpetuarse en la sociedad, se garantiza la institución del matrimonio para los ciudadanos. El Estado está obligado a protegerla de tal manera que esta no pierda su esencia, pero sin obviar su desarrollo; que es imprescindible para su adecuación al tiempo social en que se encuentre (TCE, 2012, p. 23). El matrimonio se ha visto modificado a lo largo del tiempo, por las tendencias sociales preponderantes. Sería un engaño declarar que el matrimonio, como negocio jurídico que es, no está sujeto al cambio.

Así las cosas, el matrimonio se encuentra ubicado en el artículo 72 Cn, donde se estipula lo siguiente:

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 mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia.

La creación de una figura del matrimonio distinta a la que se recoge en el artículo 72 Cn, en opinión de muchos opositores al matrimonio homosexual, “hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo” (TCE, 2012, p. 24). Está claro que en la época de la creación de la Constitución Política, no se pasó por la mente del legislador constituyente que el matrimonio debía configurarse de otra manera distinta a la tradicional. Consecuencia de que “la homosexualidad ha estado tradicionalmente ausente del mundo del Derecho” (TCE, 2012, p. 12), y debido a que el enfoque legal hacia las conductas homosexuales hasta años recientes ha sido el de la penalidad; es lógico que se deduzca que el constituyente no contemplaba, ni por asomo, que dos mujeres se pudieran casar.

La labor de interpretación constitucional, no puede quedar en la simple intención del constituyente de la época de creación de la Carta Fundamental. Debe imperar la condición de perpetuidad de la Constitución Política, atendiendo a las necesidades sociales del pueblo. El Tribunal Constitucional Español (TCE), considera que es necesario abordar la interpretación, de este caso en cuestión dentro del texto constitucional, desde una perspectiva evolutiva.

A través de una 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. (TCE, 2012, p. 25).

La Constitución Política se redactó para garantizar a las generaciones posteriores una estabilidad política, y no caer en una multiplicidad de reformas constitucionales, que perjudiquen el desarrollo jurídico de la nación a la hora que aparezcan fenómenos sociales nuevos. Es por eso que el Derecho debe adecuarse “a la realidad en que se desarrolla” (TCE, 2012, p. 25), para garantizar una seguridad jurídica efectiva. No hace falta demostrar que la sociedad evoluciona con el tiempo. La sociedad nicaragüense de hoy no es la misma sociedad de hace veinticinco años. No es razonable apegarse al pasado cuando la finalidad del Derecho es proteger de la manera más efectiva a los ciudadanos. La presencia pública de parejas homosexuales, demuestra que la sociedad de hoy en día ha evolucionado. No existen las leyes que penalizaban las relaciones entre personas del mismo sexo, por ende el comportamiento social no es contrario al orden público. El mismo artículo 72 Cn es de naturaleza evolutiva. Si se repasa la

historia del matrimonio en Nicaragua, es seguro deducir que la institución social ha ido evolucionando en relación a la época. Lo estipulado en el artículo 72 Cn denota que el legislador constituyente toma como referencia la esencia de la figura, de tal manera que la definición constitucional fuera universalmente reconocible.

La naturaleza evolutiva del matrimonio queda latente en el artículo 72 Cn. Como quedó expuesto en el Capítulo 1, la configuración de la institución social se ajusta a las necesidades de la sociedad en cada época correspondiente. Las parejas homosexuales son parte de la sociedad nicaragüense. El modo de convivencia en el que se encuentran es consecuencia de la evolución de la sociedad. El Estado de Nicaragua debe dirigir su atención a la situación de su entorno, y tomar en cuenta los siguientes medios para apreciar la realidad cultural internacional:

Las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición. (TCE, 2012, p. 25).

Interpretando el artículo 72 Cn, en esencia, el matrimonio es un negocio jurídico que nace de la voluntad de dos individuos. La figura surge de la manifestación de voluntades que deben ser iguales, sin el sometimiento de ninguno de los sujetos. Analizando el artículo 72 Cn de una manera particularmente literal, se extrae lo siguiente:

- El Estado de Nicaragua protege el *matrimonio* y la *unión de hecho estable*. Esta protección es en el aspecto de institución social protegida y como derecho constitucional de todos los nicaragüenses. La protección que otorga la Carta Fundamental se basa sobre la definición que esta misma le atribuye a la figura.

- Esas figuras *descansan* en un *acuerdo voluntario*. El verbo *descansar*, utilizado como verbo transitivo, denota que el *acuerdo voluntario* (como sintagma nominal) desempeña la función de objeto directo en la sintaxis del artículo. Así las cosas, las figuras protegidas por el 72 Cn son fruto del acuerdo voluntario, que se puede traducir sin mayores complejidades, en la voluntad manifiesta de ambas partes de realizar el negocio jurídico.
- Los sujetos a los cuales se atribuye la potestad de realizar el acuerdo voluntario son *el hombre y la mujer*. La referencia específica de los sujetos y el uso de la letra “y”, particularizan la voluntad en el acuerdo. Por ende, el acuerdo al que se refiere el artículo 72 Cn se compone por la voluntad individualizada de cada sujeto.

El legislador constituyente estableció que el origen de la voluntad se encuentra en el individuo, y no dentro modelo de pareja en concreto, por lo tanto, es constitucionalmente admisible la existencia del matrimonio homosexual en Nicaragua. Ahora bien, ¿No es producto de la voluntad individual que las personas homosexuales se unen para realizar un ideal de vida en común? El TCE considera que el matrimonio es una “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común” (TCE, 2012, p. 26). La interpretación del artículo 72 Cn en este caso es válida, puesto que es lógico admitir que la intención del constituyente es superponer la voluntad de los individuos, como fundamento del matrimonio. La orientación sexual o el género de los sujetos que lo contraen, no están taxativamente sancionados por el enunciado constitucional.

En síntesis, el artículo 27 Cn es el fundamento para establecer un marco de referencia legal para garantizar seguridad jurídica a las parejas homosexuales. La discriminación realizada por el Estado no cuenta con una justificación razonable ya

que la protección legal es un derecho de todos los ciudadanos, sin importancia de la condición social que los diferencie. El marco de referencia legal propuesto es la ampliación del matrimonio del artículo 72 Cn. Analizando el enunciado constitucional, se colige que el constituyente nicaragüense estableció como fundamento del matrimonio, la voluntad individual. El artículo 72 Cn no prohíbe taxativamente la posibilidad de que dos personas del mismo sexo gocen del derecho a contraer matrimonio. La sociedad ha evolucionado, prueba de eso es el entorno que rodea al Estado de Nicaragua, donde la protección legal de las parejas homosexuales es una realidad.

3.3.4 Necesidad del medio designado

Se mencionó anteriormente de la necesidad de justificar el medio designado para subsanar la omisión estatal. La ampliación de la figura matrimonial del artículo 72 Cn no es la única manera para solucionar la crisis en la que se encuentran las parejas homosexuales. Así lo considera la Corte Constitucional de Colombia al analizar el tema:

Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica. (Cort Cn Col, 2011, p. 11).

Es incorrecto afirmar que la ampliación del matrimonio es la única manera de proporcionar seguridad jurídica a los intereses de las parejas homosexuales. Es una imprudencia aferrarse únicamente a dicha vía. En razón de que esta investigación debe apegarse a los criterios científicos para esclarecer las dudas de la mejor forma, se enuncia que el medio escogido en este juicio de igualdad es necesario, sin embargo, no es el único medio que se puede utilizar para garantizar

la seguridad jurídica de las parejas homosexuales. La otra opción es la unión de hecho estable, también recogida en el artículo 72 Cn. Sin necesidad de entrar en diferenciación jurídica de una figura o la otra, es seguro decir que la unión de hecho estable ofrece las mismas garantías jurídicas que el matrimonio. Se sostiene el argumento, de que el título de la figura (ya sea “matrimonio homosexual”, “unión civil”, “matrimonio igualitario”, etc.) en realidad no es de una importancia trascendental, puesto que tienen mayor peso dentro de la discusión jurídica, los efectos y la funcionalidad de la figura. Sin la intención de ofender a nadie, el nombre que se le da o no al negocio jurídico, es un capricho de ambos lados de la discusión (Vg. alegar que no se puede nombrar “matrimonio” por la etimología de la palabra). Lo que interesa legalmente es el objeto del negocio jurídico que el legislador creará. Tómese como ejemplo lo ocurrido con las leyes de uniones civiles en Gran Bretaña y Eslovenia:

Mientras que la ley británica equiparaba a las uniones homosexuales completamente con los matrimonios civiles (heterosexuales), la ley eslovena se limitaba a regular las relaciones jurídicas y patrimoniales entre los miembros de la unión, denegando el acceso a derechos de enorme importancia, como son la adopción conjunta, el derecho a recibir prestaciones del estado, o el derecho a la fiscalidad conjunta. (Calvo, 2010, p. 5).

En secciones anteriores se expuso que el objeto del matrimonio se encuentra en el estado civil. Dicho estado civil debe amoldarse para ordenar de la mejor manera los derechos y obligaciones que nace de la consolidación de la relación. Desafortunadamente, la creación del objeto escapa la delimitación analítica, porque es de total discreción legislativa. El medio empleado está sujeto a la decisión del legislador, quien determinará el impacto del “reconocimiento de las minorías sexuales como parte integrante de la comunidad política” (Calvo, 2010, p. 3).

Para no virar el curso de la investigación a una discusión socio-política, se propone como medio escogido necesario, el que Calvo (2010) denomina como “política familista incompleta” (Calvo, 2010, p. 4). En el Anexo 2 se encuentra un

cuadro realizado por Calvo (2010) en su estudio sobre políticas públicas hacia las parejas homosexuales por parte de los Estados Europeos. Los derechos que comprende la política familista incompleta son los siguientes:

- Derecho a la fiscalidad conjunta.
- Derecho a prestaciones sociales en caso de defunción o discapacidad del otro miembro de la unión.
- Derechos laborales (bajas relativas a la necesidad de cuidar al otro miembro de la unión, por ejemplo).
- Derechos frente a las Administraciones.
- Derechos relativos a la nacionalidad (Ver Anexo 2).

Estos derechos se suman a los relativos a la relación, que forman parte de lo que el autor deduce que surgen de la relación “inter-partes” (Calvo, 2010, p. 8):

- Derechos relativos a la prestación de alimentos.
- Derecho a heredar del otro miembro de la unión.
- Derechos de tutela y representación
- Derechos relativos al uso y disfrute de la vivienda y patrimonio común en caso de defunción. (Ver Anexo 2).

Se denominará en este trabajo el objeto con los derechos mencionados en esta sección como “objeto estándar”. El razonamiento detrás del objeto estándar se realiza de manera proporcional en relación al artículo 27 Cn. El legislador esta obligado a reconocer una serie de derechos con los cuales la pareja homosexual pueda desarrollar su proyecto de vida de manera plena. A eso se deben añadir una serie prestaciones sociales de índole familiar para el reconocimiento del derecho de igualdad sea efectivo. En cuestiones jurídicas, el objeto estándar sirve como límite máximo constitucional del actuar del legislador.

Revisando los derechos catalogados, se aprecia que son concernientes a la pareja y la relación de estas de cara al Estado. No interfieren en los derechos de terceros, como sería el caso de la adopción. La protección legal de las parejas

homosexuales se extiende, en primer lugar, dentro de la relación de pareja. Estos derechos son una extensión de la autonomía privada y su esfera de actuación es entre los integrantes del matrimonio. En segundo lugar, los derechos derivados del matrimonio frente al Estado, son medidas de seguridad jurídica que se le atribuyen al estado civil. No se vulneran derechos fundamentales de terceros si los matrimonios homosexuales pueden gozar de los derechos que goza el matrimonio heterosexual. De la integración del derecho de adopción de la “política familista plena” (Calvo, 2010, p. 4), surge la necesidad de realizar otro juicio de igualdad. Por razones de delimitación investigativa, dicho juicio de igualdad no se realizará en este estudio. Más adelante se explicará la exclusión del tema.

En síntesis, el medio designado escogido se conceptualiza como la extensión del matrimonio, creando el matrimonio homosexual. Esta ampliación no excluye que el método a seguir sea la creación de otra figura (Vg. Unión Civil). Lo fundamental es el contenido del objeto del negocio jurídico familiar. Se desligan del artículo 27 Cn, los derechos que inherentes a la pareja y los de la relación de esta con el Estado, puesto que no interfieren en los derechos fundamentales de terceros y no generan desigualdad por exceso de igualdad.

3.3.5 Límite del medio designado

La implementación del matrimonio homosexual no vulnera derechos fundamentales de otro grupo social. El enfrentamiento aparente surge de las parejas heterosexuales, y su derecho a contraer matrimonio. La inclusión de las parejas del mismo sexo dentro de los sujetos derechohabientes del matrimonio, no se traduce a la exclusión del derecho de las parejas heterosexuales. Es interesante la postura contraria al matrimonio homosexual. Se podría decir que el trato a la institución social asemeja la defensa de la propiedad de un grupo exclusivo. Los individuos homosexuales pueden casarse con personas de diferente sexo. Lo que no pueden hacer es obtener los beneficios de un negocio jurídico creado en base a sus necesidades afectivas. Es derecho de todos los

ciudadanos poder contraer matrimonio, sin importar su orientación sexual. Empero, la estructuración del negocio jurídico dentro del ordenamiento no sigue fielmente las directrices del artículo 72 Cn, donde se dedujo que el fundamento de la institución social es la voluntad del individuo. De haberse asentado el matrimonio en un modelo específico, en base al género de los sujetos dentro de la figura, la creación de un matrimonio homosexual si necesitaría de una reforma constitucional.

Dada la naturaleza universal del derecho a contraer matrimonio, seguido por el fundamento de la voluntad individual que el legislador constituyente brindó a la institución social; el límite del matrimonio homosexual se encuentra en el alcance del objeto del negocio jurídico. En otras palabras, los derechos que genera el estado civil adquirido. Si dichos derechos atropellan los derechos de terceros, el medio designado sería desproporcional. El razonamiento de la delimitación de las parejas heterosexuales como las únicas que pueden realizar el matrimonio, se cae sobre su propio peso, puesto que la interferencia en su derecho en el caso de ampliar la figura para las parejas homosexuales, no existe. Así lo considera el TCE:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí las personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. (TCE, 2012, p. 32).

Capítulo 4: Matrimonio Homosexual en la Legislación Civil

4.1 LEY DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Asentadas las bases constitucionales del matrimonio entre personas del mismo sexo, se procede con el análisis de la rama civil del ordenamiento. Dado que la institución social del matrimonio goza de protección constitucional, para poder ampliar el matrimonio para que sea realizable por parejas del mismo, es necesario que se proceda mediante la creación de una ley que reforme el ordenamiento civil. No es secreto para nadie, que el legislador nicaragüense ha utilizado modelos presentes en otros ordenamientos jurídicos para regular fenómenos sociales en Nicaragua. Por lo tanto, se utilizará como modelo de referencia la Ley 13/2005, del 1 de julio de 2005, por la cual se modifica el Código Civil Español en materia de contraer matrimonio, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 157, del de 2 de julio de 2005. Como se ha analizado en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional Español dictó una sentencia con la cual se convalidó el matrimonio homosexual en España, ratificando la constitucionalidad de la Ley 13/2005. Dada la similitud subyacente entre el ordenamiento jurídico español y el nicaragüense, la adaptación una ley similar adecuada al ordenamiento nicaragüense, no es imposible. Empero, la reforma del matrimonio debe realizarse sin perjudicar el matrimonio heterosexual. La ampliación de la institución social debe incluir la posibilidad de realizar ambas modalidades (homosexual y heterosexual). No está demás decir que si se procede de manera imprudente, los derechos de las parejas heterosexuales pueden verse vulnerados.

4.2 ESTRUCTURACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

Siguiendo las directrices de la teoría del negocio jurídico del derecho de familia, la elaboración de la ley debe tener en cuenta a dos componentes: la autonomía privada y el objeto.

a) Autonomía Privada

La homosexualidad no puede ser considerada como un factor que descarte el derecho a contraer matrimonio; porque no es un componente legal que determine la razón de ser del matrimonio. Lo que sí se puede argumentar con seguridad, es que la orientación sexual es un factor primario del sujeto que, a la hora de escoger un modo de convivencia es una característica de la voluntad de la persona. Dicha voluntad no queda a la determinación del legislador, debido a que su rol como servidor público, prohíbe que una esfera tan privada de los ciudadanos sea sujeta a la determinación estatal. Es competencia del legislador el grado de reconocimiento del título de autonomía privada. Se presenta la siguiente definición para aclarar la diferencia con la voluntad de los contrayentes.

Constituye un poder que el ordenamiento permite, reconoce y sanciona como la manera de que entre dos o más individuos, el interés y la voluntad de proporcionarse mutuamente los elementos necesarios para satisfacer sus necesidades que sirven para el desarrollo de la libre personalidad de cada uno de ellos, se materialice sin ninguna alteración de intereses de terceros. (Guzmán García, 2002, p. 235).

De tal manera que, si es voluntad de las partes estar dentro de una relación de convivencia, fruto de sus necesidades particulares, el Estado no puede entrometerse al punto de vulnerar derechos fundamentales. El Estado está facultado para regular el negocio que las partes quieran realizar. Así las cosas, es necesario un reconocimiento legal de la voluntad para que esta sea considerada autonomía privada. Este reconocimiento no es más que “la capacidad del individuo para manejar su vida jurídica privada” (Guzmán García, 2002, p. 201).

Esta capacidad no implica libertad total, ya que no puede ser contraria al bien común. En la realidad, ¿Es contrario al bien común que los individuos tengan la capacidad de poder elegir el género de su cónyuge? La ampliación del matrimonio no es contraria al ordenamiento, porque las parejas homosexuales necesitan de un marco legal que garantice seguridad jurídica. No se perjudica el derecho fundamental del matrimonio heterosexual, puesto que el supuesto “principio heterosexual”, no es más que el reflejo de la voluntad de las parejas heterosexuales. La autonomía privada no va ligada a la estructura de la pareja, sino que a la voluntad individual que enuncia el artículo 72 Cn. Se colige que “la autonomía privada no es más que uno de los aspectos en que se manifiesta el reconocimiento jurídico y legal que el Estado hace de la libertad, que es inherente a la persona en razón de su dignidad humana” (Guzmán García, 2002, p. 199). Dicho eso, asentado en el artículos 5 (principio de dignidad), en conjunto con el principio de igualdad del artículo 27 Cn, el Estado de Nicaragua debe reconocer que las relaciones de convivencia de las parejas homosexuales, son producto de la voluntad de los individuos y, siendo que no es contraria al ordenamiento jurídico ni al bien común, la voluntad de las parejas homosexuales de querer casarse, se tiene que calificar como componente válido de la autonomía privada.

b) Objeto

El objeto del negocio jurídico se subdivide a su vez en tres objetos: el estatus familiar, la vida en común y los bienes. Estos tres son derivados del estado civil, que se adquiere posteriormente a la celebración de matrimonio. Surge del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, ya que el legislador no crea las realidades sociales que conllevan a la determinación de la sustancia del matrimonio. Esas situaciones son anteriores al derecho, consecuencia de la convivencia de las partes, por lo que se concluye que el Estado no tiene la razón al negar el reconocimiento a tales situaciones, que son consideradas como derechos fundamentales. Este derecho fundamental nace de la familia.

Lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época. (SCJN, 2010, p. 46)

Así las cosas, por más que se trate de establecer un modelo específico de familia, la realidad demuestra que el límite de la potestad legislativa se extiende también a la conformación de la familia. Las tendencias sociales familiares en relación a la época, son el punto de referencia que el legislador debe utilizar para regular la familia. En Nicaragua, no se establece un modelo familiar determinado. La creación de un modelo establecido es imposible, puesto que el dinamismo con el que se desenvuelven las relaciones interpersonales de los ciudadanos, no permite la intervención del Estado en los modelos familiares presentes en la sociedad, ya que vulneraría derechos fundamentales. En síntesis, dada la naturaleza multicultural de la sociedad Nicaragüense, no se puede enmarcar en una ley, un modelo específico de familia, puesto que atenta directamente a la protección legal de los demás modelos practicados. La Corte Constitucional de Colombia considera que el Estado delega a los ciudadanos la libre conformación sus familias, “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales” (Cort Cn Col, 2011, p. 9). No se puede descalificar a una pareja de personas del mismo sexo del goce de los derechos de familia cuando “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados” (Cort Cn Col, 2011, p. 9). En consecuencia, la Corte Constitucional de Colombia considera que es constitucionalmente inadmisibles la represión y el rechazo a las opciones que tienen las personas de configurar y establecer su familia (Cort Cn Col, 2011).

La configuración de un modelo madre-padre-hijos, como modelo estándar de familia, perjudica a la gran variedad de familias de la sociedad nicaragüense tales como “los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o

monoparentales” (TCE, 2012, p. 21). La Constitución Política en su artículo 71, párrafo primero, establece el derecho de todos los nicaragüenses constituir una familia.

Se trae a colación la postura tomada por el Senado de Colombia, en relación a la propuesta de ley del matrimonio homosexual en ese país (Reyes, 2013). En el foro democrático, la propuesta de ley fue derrotada. Los razonamientos de los diputados opositores se asentaron en cuestiones de orientación sexual. Se trató de justificar el rechazo, por parte del frente opositor, demonizando a las parejas homosexuales con comentarios peyorativos que no tienen cabida en este trabajo, y concluyendo que se debe proteger a la familia colombiana. La narrativa se propone como el lineamiento general del obstáculo a superar a favor del matrimonio homosexual en Nicaragua. No es secreto para nadie el tinte conservador y la influencia eclesiástica en la sociedad nicaragüense. La probabilidad de que una argumentación similar al caso de Colombia, se utilice en el foro democrático de Nicaragua, es muy alta. Más cuando hay diputados que al ser cuestionados sobre el matrimonio homosexual en nuestro contexto social, lo tildaron como “algo inaceptable” (Pantoja, 2010). Lo cierto es, que el estigma social arraigado por el tema de un matrimonio para parejas del mismo sexo, no es más que un reproche discriminativo de la sociedad hacia la homosexualidad, insostenible en el ámbito jurídico. No tiene una base legal porque “el problema de la discriminación es un asunto de incapacidad de la sociedad para respetar las diferencias, cuyas causas y soluciones son imputables y exigibles a la misma sociedad” (Estrada Vélez, 2011, p. 33). El traslado del perjuicio social al ámbito jurídico no tiene razón de ser. La supuesta “inaceptabilidad” del matrimonio homosexual es la expresión del repudio de la sociedad hacia la figura, pero no es equivalente a la ilegitimidad.

La determinación objeto del negocio jurídico conlleva a la modificación del estado civil existente. Es necesario abordar el tema con cautela, puesto que esta modificación puede vulnerar los derechos adquiridos por el estado civil actual. Al

igual que la Ley 13/2005, se debe realizar “una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes” (BOE No. 157, 2005, p. 23633).

4.3 CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA

4.3.1 Artículo 94

El Código Civil de la República de Nicaragua define el matrimonio como “el contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el auxilio mutuo” (art. 94 C). Se deja claro que el matrimonio se compone por un hombre y una mujer, cerrando la posibilidad de que dos personas del mismo sexo gocen del derecho de la institución social. Ahondando más en la regulación que realiza el Código Civil, los impedimentos para contraer matrimonio se recogen en los artículos 109 al 115 C. Ahora bien, leyendo detalladamente cada uno de los supuestos que conllevan a la nulidad (absoluta o relativa) del matrimonio, se aprecia que ninguno de los trece impedimentos (relativos, absolutos o prohibitivos) conlleva a la nulidad de un matrimonio conformado por dos personas del mismo sexo. La falta de necesidad de prohibir expresamente un matrimonio entre personas del mismo sexo se debe a la realidad jurídica del legislador. En la Ley 13/2005 se toma en cuenta esto y se refiere al tema de la siguiente manera:

El matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo,

pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial. (BOE No. 157, 2005, p. 23632).

El derecho debe adecuarse a las necesidades emergentes en el tiempo dentro de la sociedad. Hoy en día, el impedimento jurídico que afrontan las parejas homosexuales de cara al matrimonio es el mismo artículo 94, que de manera expresa reserva la posibilidad de contraer matrimonio a dos personas de distinto sexo. Es importante lo establecido en las Disposiciones Preliminares de la Ley 13/2005, donde aclara que el legislador no puede “ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia” (BOE No. 157, 2005, p. 23632). De la misma manera en que en su época correspondiente surgió la necesidad de modificar el modelo del matrimonio, así como sus derechos y deberes, la ampliación de la institución social para acoger a las parejas homosexuales, no es una imposibilidad en la realidad jurídica nicaragüense.

Lo escrito en el artículo 94 C no es una prohibición expresa, sino más bien un impedimento tácito. A favor de la causa del matrimonio de las parejas del mismo sexo, es necesario recordar que la Constitución Política en su artículo 32 establece que *ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe*. Establecido esto, el legislador puede amparar a las parejas homosexuales mediante ley, modificando en primer lugar el artículo 94 C, puesto que en el ordenamiento jurídico no hay una prohibición expresa en relación a la materia. El legislador español optó por reformar el artículo 44 del Código Civil español (homólogo al art. 94 C) que antes de la reforma contenía lo siguiente:

Arto. 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El artículo fue modificado por la Ley 30/1981, donde el legislador español de la época buscó la igualdad entre los cónyuges. En 2005 fue reformado nuevamente, donde se añadió la siguiente oración:

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. (Art. 44, Código Civil Español)

El legislador de los años ochenta trató de determinar igualdad para los futuros contrayentes. Ya en el siglo XXI se amplía, con la aspiración de lograr una igualdad efectiva para los nuevos modelos de convivencia. En la realidad jurídica nicaragüense, el artículo 94 C debe ser reformado en su totalidad, debido a que la redacción del enunciado es inadecuada. Una de las finalidades que el Código Civil le atribuye a la institución social no se apega a la realidad social actual.

Se puede concluir que el auxilio mutuo es una práctica desarrollada por parte de individuos dentro del seno matrimonial. Para la Corte Constitucional de Colombia, esta colaboración entre los cónyuges es “una correspondencia de cara a la sociedad, pública, sin restricciones formalistas que los obligue a ‘auxiliarse mutuamente’ en la más inicua de las clandestinidades” (Cort Cn Col, 2011, p. 24). Dicho auxilio puede ser realizado por ambos tipos de pareja sin mayores complicaciones. El problema surge cuando se trata de hacer primar la finalidad reproductiva que el legislador le otorgó al matrimonio.

La continuidad de la especie suele ser un escudo tras el cual algunos opositores del matrimonio homosexual fundamentan sus razonamientos. El adagio es herencia del Derecho Canónico, donde la procreación tiene su protección dentro de la santidad del matrimonio eclesiástico. El hecho de que la finalidad procreativa del artículo 94 C no haya sido modificada, es perjudicial el avance en materia de matrimonio homosexual, pero también es un menoscabo para el derecho civil contemporáneo. Por cuestiones biológicas, los cónyuges de los matrimonios homosexuales no pueden procrear entre sí, pero la reproducción humana no

puede usarse para defender la exclusividad del matrimonio a las parejas heterosexuales, porque se atenta directamente contra los matrimonios heterosexuales ya consolidados. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México considera:

La reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva. (SCJN, 2011, p. 879).

Las parejas casadas que no pueden procrear por causas naturales serían víctimas de discriminación, y sus matrimonios no serían válidos por no cumplir con el requisito de procreación. Por otro lado están los matrimonios que por decisión propia deciden no tener hijos, que serían perjudicados debido que el Estado desconocería expresamente “el derecho a la autonomía reproductiva de los contrayentes en la medida en que ata la decisión de establecer un vínculo jurídico con la pareja a la finalidad de procrear” (Cort Cn Col, 2011, p. 31). Los derechos adquiridos por el matrimonio, como los patrimoniales, perderían la protección que gozan en la legislación. Es un argumento insostenible porque al intentar evitar la ampliación de la figura matrimonial a las parejas homosexuales, se desvirtúa la institución social del matrimonio, limitándola únicamente a aquellas parejas que pueden reproducirse. Eliminar la finalidad reproductiva del artículo 94 C es una necesidad tanto par el matrimonio homosexual, como el matrimonio heterosexual.

La reforma del artículo 94 C debe retirar la categoría de contrato del matrimonio, en favor de la teoría del negocio jurídico familiar. La redacción del enunciado en base a la teoría contractual no se puede justificar de manera razonable, el legislador debe optar enmarcar el matrimonio en lo que en realidad es. No es productivo seguir predicando que el matrimonio en Nicaragua es un contrato, puesto que si en realidad lo fuera; ¿Qué detiene a las parejas homosexuales de redactar un contrato de matrimonio a su favor, si el artículo 72 Cn enaltece la

voluntad de las partes como fundamento del matrimonio y el ordenamiento jurídico no prohíbe la convivencia homosexual?

Como se ha expuesto, la exclusión de las parejas homosexuales no cuenta con un fundamento jurídico lo suficientemente estable. Más con el hecho de las modalidades de convivencia de las personas de esta época, son distintas a las que existían a la hora de la redacción de las leyes vigentes en Nicaragua. La reforma de la conceptualización del matrimonio en la legislación civil tiene su finalidad en lo siguiente:

El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo. (BOE No. 157, 2005, p. 23632).

Se busca que dos sujetos del mismo sexo puedan gozar del objeto del matrimonio, en base al derecho de igualdad, para permitir el desarrollo de su personalidad dentro de un marco jurídico. Se encuentra la justificación en dos aspectos: uno constitucional y uno civil. Según lo expuesto en el Capítulo 3 de este trabajo, el derecho de igualdad se presenta como la piedra angular en la cual se legitima a las parejas homosexuales, para poder consolidar su matrimonio sin entrar en conflicto con lo estipulado por la Constitución Política. El marco jurídico encuentra su sustento en la naturaleza jurídica del matrimonio, dado que los componentes de este (autonomía privada y objeto) no se configuran por medio de la estructuración subjetiva del matrimonio, sino que atienden a la voluntad individual.

4.3.2 Derechos Derivados del Estado Civil

La serie de derechos conceptualizados como “inter-partes” por Calvo (2010), son los relativos a los derechos civiles del Estado Civil. Estos se pueden clasificar en:

- Derechos Hereditarios

- Derechos de Representación y Tutela
- Prestación de Alimentos
- Derechos Patrimoniales de la Unión

En vista de que la propuesta busca ampliar el matrimonio a parejas homosexuales, no es necesario reformar la totalidad de los artículos que recogen los derechos catalogados. Esto se debe a dos motivos. Primero, en el ordenamiento se utiliza el término “cónyuge” como el titular de los derechos matrimoniales, y en segundo término, los cónyuges gozan de ciertos derechos de otras figuras jurídicas, pero en ellas se titulan a los sujetos de otra manera (Vg. “Causante y Heredero” en los casos de Derecho de Sucesiones). La Ley 13/2005 aborda la materia con la siguiente disposición:

Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes. (Ley 13/2005, Disposición Adicional Primera).

La determinación concreta de los derechos civiles del matrimonio homosexual, requiere de la adaptación terminológica de los artículos relativos al matrimonio. Así, en los artículos que utilizan el término “cónyuge” de manera genérica, sin alusión al sexo del sujeto, se debe estipular que tiene los mismos efectos para ambos tipos de matrimonio. Siempre teniendo en cuenta la importancia de incluir al matrimonio heterosexual dentro del nuevo estado civil, para evitar el perjuicio del derecho a contraer matrimonio de las personas heterosexuales.

Se puede realizar un ejercicio de la adecuación del modelo del matrimonio homosexual. Tomando como referencia el artículo 1001 C, donde se establece el orden de sucesión intestada. El sitio que ocupa el cónyuge en el orden de sucesión, no hace referencia al género del derechohabiente, por ende, la reforma realizada en este caso, se ejecuta de manera genérica. En cambio, en los supuestos en los cuales si se hace referencia explícita al sexo del cónyuge, será

necesario someter la reforma a un análisis diferente. Esta indagación debe atender a la fuente del derecho en cuestión. Si surge de la voluntad, la reforma debe ser explícita para que se adecúe la terminología de los artículos referentes. Si la fuente del derecho no es la voluntad, sino más bien la biología, sería imposible modificar los artículos, en vista de que la fuente del derecho que otorgan no puede ser trasladada al matrimonio homosexual. Tal es el caso de los supuestos del Título III del Código Civil, relativos a la determinación de la paternidad y filiación derivadas del matrimonio.

La traslación de los derechos del estado civil al resto de los derechos derivados del objeto estándar, que extienden el reconocimiento de las parejas homosexuales como “política familista incompleta” (Calvo, 2010, p. 4), deben seguir una interpretación similar a la mencionada en el párrafo anterior. En este caso, los derechos derivados de la relación del matrimonio con el Estado, son más dependientes de la determinación por políticas estatales. Difieren de los derechos inter-partes puesto que la fuente de los derechos otorgados es el reconocimiento político de los derechohabientes en la sociedad.

4.4 LEY PARA LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR VOLUNTAD DE UNA DE LAS PARTES

El artículo 72 Cn, garantiza a los nicaragüenses la posibilidad de disolver el matrimonio por voluntad de una de las partes. Esto dio lugar a la creación de la Ley No. 38, Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las Partes, publicada en “La Gaceta” No. 80, del 29 de abril de 1988. De crearse la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, es necesario saber si el vínculo matrimonial puede ser disuelto por la Ley No. 38. Revisando el articulado de dicho cuerpo legal, se concluye que su aplicación si puede realizarse sobre un matrimonio homosexual, puesto que no se alude en ningún lado a la orientación sexual o al género de los cónyuges. Es lógico aplicar el proceso de la Ley No. 38 a

un matrimonio homosexual puesto que el divorcio nace de la voluntad, al igual que el matrimonio. No es necesaria una reforma que establezca las maneras de disolver el matrimonio homosexual puesto que, siendo una extensión de la figura del matrimonio, las reglas de disolución serían las mismas aplicables al matrimonio heterosexual.

Los artículos referentes a la tutela y la pensión de alimentos de los menores no pueden ser aplicadas para el matrimonio homosexual en base al objeto estándar. Sería necesario que el estado adopte una postura de reconocimiento total hacia las parejas homosexuales para poder hablar de la tutela y alimentos de menores derivados de la ruptura de un matrimonio homosexual.

4.5 LA ADOPCIÓN

Se tomó la decisión de dejar fuera de este estudio, la situación de la adopción dentro del matrimonio homosexual. La adopción “es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial” (Pérez Contreras, 2010, p. 131). De la definición se extrae que la adopción y el matrimonio son dos conceptos jurídicos distintos. Se colige que investigación del derecho de adoptar para un matrimonio homosexual es materia para otro estudio, y la exclusión del tema se justifica a continuación.

No se vulnera el derecho de las parejas homosexuales a conformar una familia, si no se les permite adoptar. Siempre que se entienda que un matrimonio sin hijos es un modelo familiar. Lo que en este estudio se denominó objeto estándar (política familista incompleta) constituye un marco legal que contiene los derechos inherentes al matrimonio (inter-partes), y los derechos derivados de la relación entre el Estado y el matrimonio. Se demostró que dentro de ninguna de las dos series de derecho estipulados, acaece la vulneración a los derechos

fundamentales de terceros. La cuestión de diferenciación es simple, en vista de que los derechos inter-partes son producto de la autonomía privada y las prestaciones que confiere el Estado son derivados del estado civil establecido.

A diferencia de los derechos del objeto estándar, el principio en el cual se asienta la adopción es el interés superior del menor, y la figura jurídica se asienta en el derecho fundamental del menor a tener una familia. Es cierto que en algunos ordenamientos existe la adopción para parejas homosexuales. Empero, declarar sin realizar el análisis adecuado que el matrimonio homosexual, otorga de manera inmediata el derecho a adoptar, sería una imprudencia. El derecho de adopción no se puede fundar en el matrimonio ya que, como se ha visto hasta este punto, la institución social se amplía para subsanar la situación precaria en la que se encuentran las parejas homosexuales.

Aun cuando la reforma del Decreto No. 862, “Ley de Adopción” (de 12 de octubre de 1981, Publicado en La Gaceta No. 259 de 14 de noviembre de 1981), realizada en 2007 (por la Ley No. 614, Ley de Reforma y Adición al Decreto No. 862, “Ley De Adopción”, del 21 de Febrero del 2007, Publicado en La Gaceta No. 77 del 25 de Abril del 2007); redujo la capacidad para adoptar a los matrimonios, no se puede justificar que el matrimonio homosexual debe incluir el derecho a la adopción. El matrimonio que recoge la Ley de Adopción es una condición de los adoptantes, no una fuente de derechos. Por ende, la problemática es de una naturaleza ajena al objeto de este estudio.

Conclusiones

Con el desarrollo de los Derechos Humanos, la homosexualidad adquiere la característica de condición social. Las parejas homosexuales son consecuencia de la voluntad de los individuos, que constituyen una modalidad de convivencia aceptada por el orden público. La carencia de protección estatal de las situaciones de hecho en las que se encuentran las personas homosexuales es una discriminación. Se justifica esa aseveración, ya que no existe un fundamento legal válido que evite que esas personas gocen de derechos relativos a su condición social. El repudio de la sociedad nicaragüense hacia las parejas homosexuales no es un factor jurídico válido, sino más bien un prejuicio característico de la cultura que no permite el desarrollo de los derechos de las personas LGBTI en el foro democrático.

En base al principio de igualdad, las parejas homosexuales son legítimos derechohabientes de un marco jurídico que proporcione seguridad jurídica para sus intereses. Se considera que el artículo 72 Cn permite la posibilidad de ampliar la figura del matrimonio para las parejas del mismo sexo, puesto que el enunciado constitucional define la institución social como fruto de la voluntad individual del hombre y de la mujer. Al estar el matrimonio configurado como acuerdo voluntario, y no como un modelo que se asienta en una estructura basada en el género, el legislador puede ampliar la figura para dar cabida a las parejas homosexuales. El matrimonio homosexual no vulnera el derecho de las parejas heterosexuales de contraer matrimonio, porque la ampliación de la institución social no evita que sigan gozando de su derecho constitucional. Por lo tanto la medida es proporcional.

El medio designado tiene un objeto estándar, en el cual se engloban los derechos inter-partes y los derechos del matrimonio de cara al Estado. Constituye un modelo familista incompleto, pero es el más adecuado para delimitar los derechos fundamentales en cuestión, ya que no afectan los derechos fundamentales de terceros.

El modelo legal en el que se debe colocar la ampliación del matrimonio homosexual es una ley. Comenzando con la reforma del artículo 94 C de tal manera que se estipule la validez del matrimonio homosexual, y el goce de los derechos y deberes correspondientes al objeto estándar. La reforma debe ser realizada a lo largo del ordenamiento, determinando que derechos pueden ser gozados por el matrimonio homosexual y cuales no. Es necesario que la reforma se realice minuciosamente, de tal manera que no se desfigure la institución social.

Recomendaciones

Como consecuencia del estudio, es necesario que el artículo 94 C se reforme de tal manera que estipule lo que el matrimonio en realidad es: un negocio jurídico familiar. La redacción del artículo 94 C está desfasada, y su aplicación literal vulnera los derechos de los matrimonios heterosexuales.

La cuestión del matrimonio homosexual se ve perjudicada por situaciones sociales ajenas a la ciencia jurídica. Debido a que ha quedado demostrado que el artículo 72 Cn, en realidad sí permite que el matrimonio en la legislación civil se configure de tal manera que se amplíe el matrimonio para parejas homosexuales; la iniciativa de ejecutar la reforma planteada queda en manos de los Poderes Públicos del Estado de Nicaragua.

Se recomienda determinar la situación legal del matrimonio homosexual de cara a la adopción, utilizando un método empírico adecuado. Realizar dicho ejercicio llevaría a esclarecer el alcance de los derechos de las parejas homosexuales, en vista de que el límite del matrimonio se determina por el objeto estándar.

Lista de Referencias

- Adame Goddard, J. (2009). *Curso de Derecho Romano Clásico I*. Recuperado el 12 de marzo de 2013, de <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf>
- APA. (2008, octubre). *Orientación Sexual y Homosexualidad*. Recuperado el 7 de marzo de 2013, de <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>
- Calvo, K. (2010). *Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa*. Recuperado el 2 de abril de 2013, de http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/CienciaPoliticaRelacionesInternacionales/publicaciones%20en%20red/working_papers/Kerman%20Calvo.pdf
- Código de Ética de los Servidores Públicos del Poder Judicial de la República de Nicaragua*. (2011). Managua: La Gaceta.
- Código Civil del Reino de España*. (2008). Recuperado el 5 de abril de 2013, de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>
- Código Civil de la República de Nicaragua*. (2008). Managua: Editorial Jurídica.
- Constitución Política de Nicaragua*. (1987). Managua: HISPAMER.
- D'Ors, A. (1997). *Derecho Privado Romano*. (9ª. ed.). Pamplona: Universidad de Navarra.

De Hipona, A. (2001). *De bono coniugali, De sancta virginitate*. Recuperado el 20 de marzo de 2013, de <http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/0-19-826995-1.pdf>

Decreto Graficano. Recuperado el 12 de marzo de 2013, de <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/tesiMarcelo.pdf>

Díaz López, J.A. (2010). *El delito de usurpación del estado civil*. Recuperado el 28 de mayo de 2013, de https://ficheros2011.s3.amazonaws.com/03/10/lm_1_3_258106302_in1_119_186.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1370033057&Signature=kt4WA6svjarmn%2FjQF%2BHtUQks5WQ%3D

Durkheim, E. (1986). *Las Reglas del Método Sociológico*. (1º ed. Castellana). México D.F.: FCEM.

Ejecutoria num. P. XIX/2011 de Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2010). México DF: SCJN.

Enciclopedia Jurídica. (2009, marzo). *Negocio Jurídico*. Recuperado el 16 de mayo de 2013, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-juridico/negocio-juridico.htm>

Escritos Críticos. (2011, Marzo). *Lecturas: Alfonso el Sabio. Las siete partidas (II)*. Recuperado el 5 de marzo de 2013, de <http://majfud.org/2011/03/17/lecturas-alfonso-el-sabio-las-siete-partidas-ii/>

Estrada Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica Vol. 10* (19). Recuperado el 9 de mayo de 2013, de https://ficheros2011.s3.amazonaws.com/08/19/Im_1_3_312830018_in1_01_20.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1368220377&Signature=qMy%2F0KuB6mNtgVcx9ZTAiGnYjIE%3D

Fantham, E. (1997). The Ambiguity of *Virtus* in Lucan's *Civil War* and Statius' *Thebiad*. *Archonion*, 3 (15). Recuperado el 7 de marzo de 2013, de <http://elainefantham.com/books/books.html>

Galeano, F. (2011). Test de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional. *La Corte Bajo la Lupa.*, 4 (1). Recuperado el 20 de febrero de 2013 de http://www.observatorioconstitucional.com/test_igualdad.pdf

Gibbon, E. (2011). *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano* (Capítulo 27). Recuperado el 7 de marzo de 2013, de <http://historiantigua.cl/wp-content/uploads/2011/07/Gibbon-Historia-de-la-decadencia-de-Roma.pdf>

Guzmán García, J.J. (2002). *La Naturaleza Jurídica del Matrimonio*. Tesis de doctorado no publicada, Universidad de Alcalá de Henares. Madrid

Hersch, K. (2010). The Roman Wedding: Ritual and Meaning in Antiquity. En *The Laws of Humans and Gods* (Capítulo 1). Recuperado el 7 de marzo de 2013, de http://books.google.com.ni/books?id=TZEJQPjc4sIC&pg=PA15&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

Informe de Amici Curiae en el caso de Karen Atala e hijas (Caso 12.502) Contra el Estado de Chile CDH-S/2092. (2011). Nueva York: CIDH.

Ley No. 28 “Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua”. (1987). Managua: AN.

Ley No 38. Ley para la disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes. (1988). Managua: La Gaceta.

Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. (2005). Madrid: BOE.

Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (1981). Madrid: BOE.

Ley No. 150, Ley de Reformas al Código Penal. (1992). Managua: La Gaceta.

Ley No. 648. Ley de Igualdad de Derechos y Oportunidades. (2008). Managua: La Gaceta.

Lindgren, S. (2009). Church of Sweden says yes to gay marriage. *The Local*. Recuperado el 17 de abril de 2013, de <http://www.thelocal.se/22810/20091022/>

Ludwig, P.W. (2002). *Eros and Polis*. Recuperado el 30 de marzo de 2013, de <http://books.google.com.ph/books?id=TvqTEy-til8C&lpg=PA60&ots=J-cmYYPdrou&dq=phaedras%20sacred%20band%20of%20thebes&pg=PA60#v=onepage&q&f=false>

McNeill, J.J. (1979). *La Iglesia ante la homosexualidad*. Recuperado el 31 de Marzo de 2013, de <http://lahomosexualidadasa.galeon.com/homosesualidad.pdf>

Mejía Turizo, J. & Almanza Iglesia, M. (2010). Comunidad LGBTI: Historia y reconocimientos jurídicos. *Revista Justicia*, 1 (17). Recuperado el 2 de abril de 2013, de <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia/articloe/viewFile/105/104>

Meza, M.A. (2004). *Derecho de Familia*. (1ª ed.). Managua: UCA.

Miralles, A. (1997). *El Matrimonio: Teología y Vida*. Recuperado el 30 de marzo de 2013, de http://books.google.com.ni/books?id=omx1UgEjuS4C&pg=PA143&lpg=PA143&dq=san+isidoro+de+sevilla+sacramento+del+matrimonio&source=bl&ots=vUFXU_uqaQ&sig=EUWDVKu528wJNqp9jMt4ab-lipM&hl=es-419&sa=X&ei=cF6IUfylH4Gy9gShsYCYBA&redir_esc=y#v=onepage&q=san%20isidoro%20de%20sevilla%20sacramento%20del%20matrimonio&f=false

Mommsen, T. (1899). *Römisches Strafrecht*. Recuperado el 7 de marzo de 2013, de <http://archive.org/stream/rmischesstrafre00mommgoog#page/n0/mode/2up>

Montenegro, S. (2012). Decodificar la familia. *Confidencial*. Recuperado el 3 de mayo de 2013, de <http://confidencial.com.ni/articulo/6821/decodificar-la-familia>

Negro Alvarado, D.M. (2010). Orientación Sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano. *Agenda Internacional* (28). Recuperado el 18 de mayo de 2013, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/3671/3649>

Nussbaum, M.C. (1999). *Sex and Social Justice: Sex*. Recuperado el 19 de marzo de 2013, de

http://books.google.com.ni/books?id=7zoaKlolt9oC&pg=PA211&source=gb_s_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false

Oxford Classical Dictionary: Entrada: Homosexual. (3 ed.). (1996). Oxford: Oxford University Press.

Pantoja, A. (2010). *Matrimonio gay es tabú Asamblea*. Recuperado el 23 de mayo de 2013, de

<http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2010/08/25/nacionales/130715>

Pérez Contreras, M.M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones: Primera parte: Derecho de Familia*. Recuperado el 8 de mayo de 2013, de https://ficheros-2011.s3.amazonaws.com/05/10/lm_1_3_275274463_in1_131_150.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1368212891&Signature=I%2FyvZaLNHq2Wid8uxjelZum4huk%3D

Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (2008). Nueva York: ONU

Proyecto de "Instrumento" Jurídicamente Vinculante contra toda forma de Discriminación Intolerancia. (2011). Washington: OEA.

Reyes, E. (2013, abril). *El Senado de Colombia hunde el proyecto sobre matrimonio homosexual*. Recuperado el 23 de mayo de 2013, de

http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/25/actualidad/1366844_938_113081.html

SCJN. (2009, mayo). *Caso Toonen v. Australia (En Inglés)*. Recuperado el 2 de Abril de 2013, de http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=565

SCJN. (2011). *Matrimonio. La "Potencialidad" De La Reproducción No Es Una Finalidad Esencial De Aquella Institución*. Recuperado el 13 de mayo de 2013, de <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/externas/detalle.aspx?id=161265>

Selva, B.E. (1976). *Evolución Histórico-Jurídica de la Institución del Matrimonio en Nicaragua*. Tesis de licenciatura no publicada, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. León, Nicaragua.

Sentencia C-673/2001 de la Corte Constitucional de Colombia. (2001). Bogotá: Corte Constitucional.

Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional Español. (2012). Madrid: BOE.

Sentencia No. 1546 del 19 de septiembre de 2012. (2012). Managua: La Gaceta.

Sentencia 242/12 de la Corte Constitucional de Colombia. (2012). Bogotá: Corte Constitucional.

Sentencia 577/1 de la Corte Constitucional de Colombia. (2011). Bogotá: Corte Constitucional.

Vaticano. (2005, noviembre). *Código de Derecho Canónico: Título VII*. Recuperado el 12 de marzo de 2013, de http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM

Viladrich, P.J. (2001). *El Modelo Antropológico del Matrimonio*. Recuperado el 5 de marzo de 2013, de

http://books.google.es/books?id=RpDhZWF5HAYC&printsec=frontcover&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false

Anexo 1

JUICIO DE IGUALDAD INTEGRADO⁴⁵	
-0- ¿Son sujetos comparables?	
<p>El concepto de igualdad es relacional y siempre presupone una comparación entre personas o grupos de personas. Como en abstracto todos somos personas iguales y en concreto todos somos individuos diferentes, es preciso identificar un parámetro para valorar semejanzas relevantes y descartar diferencias irrelevantes. Para lo anterior, la Corte ha presentado los siguientes criterios de comparación como una guía para establecer si estamos ante sujetos comparables, y en caso de ser afirmativo, dar inicio al test:</p> <p>a- <i>Fines de la ley</i>: obedece al grado de acierto del legislador en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Depende entonces de su situación vista a la luz de los fines de la norma⁴⁶.</p> <p>b- <i>Grupo más próximo</i>: Cuando existen varios grupos que podrían servir de referente de comparación respecto a cuál debe ser la forma correcta de tratarlos, debe optarse por el grupo más próximo⁴⁷.</p>	
-I- Determinación del Nivel de Intensidad	
<i>Tipo de test</i>	<i>Ambito de aplicación</i>
Leve	Materias: 1) económicas; 2) tributarias; 3) de política internacional; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie <i>prima facie</i> una amenaza para el derecho en cuestión.
Intermedio	Materias: 1) Cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.
Estricto	Materias: 1) En caso de una clasificación 'sospechosa' como las enumeradas en forma no taxativa en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones 3) cuando la medida afecta <i>prima facie</i> gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.
-II- Requisitos constitucionales exigidos	
	i- Fin buscado debe ser <i>legítimo</i> , es decir no debe estar prohibido constitucionalmente.
	ii- Medio empleado debe ser <i>adecuado</i> para alcanzar el fin buscado.
	i- Fin buscado no sólo debe ser legítimo sino también constitucionalmente <i>importante</i> , en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver.
	ii- Medio empleado no sólo debe ser adecuado, sino no prohibido y <i>efectivamente conducente</i> a alcanzar el fin buscado por la norma.
	i- Fin buscado no sólo debe ser legítimo e importante, sino además <i>imperioso</i> .
	ii- El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además <i>necesario</i> , o sea, que no pueda ser remplazado por un <i>medio alternativo menos lesivo</i> .
	iii- Aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto ⁴⁸ . Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales afectados por el establecimiento de la medida.

Anexo 2

Cuadro 1: Grupos de Derechos Hacia las Uniones Homosexuales	
	Principales Derechos y Obligaciones.
Primer Grupo de Derechos: Relativo a las relaciones <i>inter partes</i> entre los miembros de la unión.	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos relativos a la prestación de alimentos. - Derecho a heredar del otro miembro de la unión. - Derechos de tutela y representación - Derechos relativos al uso y disfrute de la vivienda y patrimonio común en caso de defunción.
Segundo Grupo de Derechos: Relativo a las relaciones de la unión homosexual y el Estado.	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la fiscalidad conjunta. - Derecho a prestaciones sociales en caso de defunción o discapacidad del otro miembro de la unión. - Derechos laborales (bajas relativas a la necesidad de cuidar al otro miembro de la unión, por ejemplo). - Derechos frente a las Administraciones (por ejemplo, posibilidad de solicitar una VPO cuando las convocatorias demandan la inscripción de parejas, y no de personas solteras). - Derechos relativos a la nacionalidad
Tercer Grupo de Derechos: Relativo a la descendencia de la unión, presente o futura	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho de acogimiento - Derecho a la adopción conjunta - Derecho al reconocimiento legal de los hijos del otro miembro de la unión. - Derecho al acceso a la inseminación artificial