



LA SUPREMA CORTE Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

ANA MICAELA ALTERIO
ROBERTO NIEMBRO ORTEGA

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

LA SUPREMA CORTE Y EL MATRIMONIO
IGUALITARIO EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 802

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Jaime García Díaz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Dante Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

LA SUPREMA CORTE Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

ANA MICAELA ALTERIO
ROBERTO NIEMBRO ORTEGA
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2017

Primera edición: 24 de julio de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-02-9335-1

CONTENIDO

Prefacio	IX
Arturo ZALDÍVAR	
Introducción. Matrimonio, autonomía e igualdad	XIII
Roberto SABA	
La primera legislación sobre matrimonio igualitario y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (acción de inconstitucionalidad 2/2010) .	1
Laura GARCÍA VELASCO	
La evolución judicial del matrimonio igualitario en México. Su impacto en el reconocimiento de derechos.....	21
Karla I. QUINTANA OSUNA	
Matrimonio igualitario en México. Un análisis a partir de las reformas constitucionales de 2011	55
Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA	
Matrimonio igualitario. La visión desde el litigio	79
Alex Alí MÉNDEZ DÍAZ	
El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional.....	107
David GARCÍA SARUBBI	
Karla I. QUINTANA OSUNA	
La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes .	131
Ana Micaela ALTERIO	

El papel de los estereotipos en la jurisprudencia mexicana sobre matrimonio igualitario	163
Federico José ARENA	
El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana	203
José Luis CABALLERO OCHOA	
Daniel Antonio GARCÍA HUERTA	
Los criterios de la corte sobre discriminación por estado marital. Las piezas que faltan	233
Francisca POU GIMÉNEZ	
Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario . . .	273
Roberto NIEMBRO ORTEGA	

PREFACIO

Los coordinadores de esta oportuna obra colectiva, cuyo objetivo es reflexionar acerca de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el matrimonio igualitario, me han pedido que exprese algunas ideas sobre el papel que cumple la Suprema Corte como garante de los derechos humanos a partir de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos de 2011¹ y, particularmente, de los derechos de las minorías sociales como la comunidad homosexual.² En reiteradas ocasiones he manifestado que dichas reformas exigen un cambio de paradigma en la concepción que tenemos los jueces constitucionales de nuestra función en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Decir que las reformas nos obligan a cambiar nuestra concepción de la jurisdicción constitucional no es una afirmación inocua si pensamos en la visión, hasta ahora mayoritaria en nuestro medio, de lo que es la función judicial. Para la concepción tradicional de la jurisdicción constitucional, los jueces somos garantes de un orden previamente establecido sin mayor capacidad de innovación o cuestionamiento del orden existente. Según esa perspectiva, por ejemplo, los jueces deben limitarse a resolver casos concretos conforme a las leyes vigentes sin cuestionarse su compatibilidad con la Constitución y los derechos humanos previstos en los tratados internacionales suscritos por el Estado, ni reparar en las experiencias, situaciones o sufrimientos de las personas que viven más allá de los expedientes. De acuerdo con el nuevo paradigma constitucional de los derechos, esta concepción debe ser abandonada.

Ahora bien, para que este nuevo paradigma se haga realidad, debe reflejarse en decisiones concretas y bien razonadas que protejan los derechos humanos, particularmente aquéllos de las minorías sociales. Con esta lógica, la Suprema Corte de Justicia ha construido la línea jurisprudencial que

¹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 y 10 de junio de 2011, respectivamente.

² Entiendo por minorías sociales aquellos grupos que han sido permanentemente excluidos de la esfera pública con base en prejuicios y como consecuencia han visto vulnerados injustificadamente sus derechos.

reconoce los derechos de las parejas homosexuales a contraer matrimonio y a la adopción.

La primera vez que la Suprema Corte estudió la constitucionalidad del matrimonio igualitario fue en la acción de inconstitucionalidad 2/2010,³ promovida por la Procuraduría General de la República. En aquella ocasión, el pleno de la Suprema Corte reconoció la validez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal por los cuales se modificaba la definición del matrimonio para abrir la puerta a las parejas homosexuales, y así reconocer su derecho a la adopción. Esta decisión se basó en la compatibilidad del matrimonio homosexual y su derecho de adoptar con los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia ha ido fortaleciendo y modificando en algunos aspectos la línea argumentativa, tanto en juicios de amparo como en acciones de inconstitucionalidad en los que se nos ha planteado la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio, la creación de figuras distintas para la protección legal de las parejas homosexuales o la privación de su derecho a adoptar. En todos los casos hemos concluido que las citadas restricciones son violatorias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a no ser discriminados, protegidos por el artículo 1o. de la Constitución general, pues están basadas en concepciones excluyentes de la familia, contrarias al artículo 4o. de la Constitución, en prejuicios sobre la incapacidad de las parejas homosexuales de establecer relaciones estables al igual que las parejas heterosexuales o de criar hijos en un ambiente sano.⁴ No sólo eso, la Suprema Corte ha concluido que los derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad exigen el reconocimiento de los derechos a contraer matrimonio y a la adopción de las parejas homosexuales.

³ Resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010.

⁴ Amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 457/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012. Amparo en revisión 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014. Amparo en revisión 615/2013, resuelto por la Primera Sala el 4 de junio de 2014. Amparo en revisión 122/2014, resuelto por la Primera Sala el 25 de junio de 2014. Amparo en revisión 263/2014, resuelto por la Primera Sala el 24 de septiembre de 2014. Amparo en revisión 591/2014, resuelto el 25 de febrero de 2015. Amparo en revisión 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015. Amparo en revisión 735/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015. Amparo en revisión 483/2014, resuelto por la Primera Sala el 15 de abril de 2015. Acción de inconstitucionalidad 8/2014, resuelta por el Tribunal Pleno el 11 de agosto de 2015. Acción de inconstitucionalidad 28/2015, resuelta por el Tribunal Pleno el 26 de enero de 2016. Amparo en revisión 706/2015, resuelto por la Primera Sala el 1 de agosto de 2016.

Asimismo, no hay que perder de vista que ante la pluralidad de formas de concebir el bien y la justicia en sociedades modernas como la nuestra, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su jurisprudencia sobre el matrimonio igualitario, ha garantizado el carácter laico de nuestra República y la libertad de creencias, previstos en los artículos 24, 40, 115, 122 y 130 de la Constitución general. En efecto, es mandato de la Constitución que los jueces constitucionales velemos porque las creencias religiosas de unos no sirvan para privar a otros de sus derechos, pues sólo así pueden cooperar personas libres e iguales que tienen concepciones éticas y morales distintas.

Por estas razones, celebro la publicación de esta importante obra colectiva en la que secretarios de estudio y cuenta, académicos y miembros de la sociedad civil reflexionan sobre nuestro quehacer jurisdiccional en beneficio de los derechos fundamentales de las minorías sociales, pues contribuye a la necesaria deliberación pública que debe darse previamente, durante y con posterioridad a nuestras sentencias, además de aportarnos buenos argumentos para seguir dando pasos firmes por el camino fijado. No debe olvidarse que la construcción de una doctrina jurisprudencial democrática en pro de los derechos fundamentales no puede hacerse al margen de quienes son afectados por nuestras decisiones, sino requiere de su colaboración continua.

Arturo ZALDÍVAR*

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCIÓN

MATRIMONIO, AUTONOMÍA E IGUALDAD

Roberto SABA*

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

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

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

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

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

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

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

I. AUTONOMÍA Y MATRIMONIO

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

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

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

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

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

⁵ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

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

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

⁶ 434 U.S. 374 (1978).

⁷ 478 U.S. 186 (1986).

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

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

⁹ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

II. IGUALDAD Y MATRIMONIO

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

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

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

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

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

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

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

¹² 457 U.S. 202.

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

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

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

¹³ El destacado es agregado.

¹⁴ 430 U.S. 762, 770.

¹⁵ El destacado es agregado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. TRIBUNALES, CONGRESO Y SOCIEDAD CIVIL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LA PRIMERA LEGISLACIÓN SOBRE MATRIMONIO
IGUALITARIO Y LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
(ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010)

Laura GARCÍA VELASCO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Apertura al matrimonio igualitario en la legislación civil para el Distrito Federal.* III. *Impugnación de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal.* IV. *Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.* V. *Amparo directo civil 6/2008 (personas transexuales).* VI. *La trascendencia del fallo judicial para la eficacia de los derechos humanos en México.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Hablar en México sobre matrimonio igualitario desde el ámbito judicial pasa necesariamente por la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada en una acción de inconstitucionalidad que se ejerció para solicitar la invalidez de la primera legislación de índole local que se expidió en México, y que bajo una nueva conceptualización de la institución civil del matrimonio, permitía a las parejas homosexuales contraerlo, y no sólo a las heterosexuales, como venía ocurriendo.

Así, tal legislación propició —dada su impugnación— que por vez primera el Poder Judicial de la Federación se pronunciara acerca del matrimonio y la diversidad de la familia en la actualidad, así como su protección por la Constitución Política mexicana.

Podría afirmarse, sin temor a equivocarnos, que fue la conjunción de la ley local, en cuestión, y el fallo constitucional lo que incentivó que las personas homosexuales, residentes en otras entidades federativas, lucharan con

* Secretaría de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

mayor ahínco, a través de la justicia constitucional federal, para ser tratadas igual que las personas heterosexuales, y tener la posibilidad de contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo, si así lo decidieran.

Este ensayo pretende dar cuenta de este hecho clave para la concreción del matrimonio igualitario en todo el país.

II. APERTURA AL MATRIMONIO IGUALITARIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

A finales de 2009, la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal¹ aprobó una reforma al artículo 146 del Código Civil de la localidad, con la finalidad de redefinir la institución del matrimonio como “la unión libre de dos personas”, y de esta manera comprender no sólo a las parejas heterosexuales, sino a las del mismo sexo, así como también permitir la adopción de niños y niñas por parte de estas últimas.²

No es posible, dada la óptica desde la que se realiza este ensayo, profundizar en todo lo que socialmente se requirió para que tal reforma legal fuera aprobada, siendo sin duda una conquista de diversos movimientos colectivos (LGBTI, feministas y de derechos humanos); sólo referiremos de qué trata tal reforma.

El texto anterior del citado artículo 146 del Código Civil disponía: “*Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua *con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada*. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”.

Con motivo de la citada reforma legal, se redifinió la figura del matrimonio como “*la unión libre de dos personas* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código”.

Se aprecia que, de manera congruente, esta reforma no sólo modifica la figura del matrimonio como “la unión libre de dos personas”, esto es, ya no la visualiza sólo entre una mujer y un hombre, dando apertura para encuadrar en la hipótesis legal a las parejas del mismo sexo, sino que además

¹ Mediante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016, se modificó la estructura política de la capital del país, Distrito Federal, para constituir la Ciudad de México, como entidad federativa.

² Reforma publicada en la *Gaceta Oficial* de la entidad de 29 de diciembre de 2009.

se suprime la alusión a la procreación de hijos como un fin de la institución civil. Lo cual, como veremos más adelante, al revisar el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un aspecto que adquiere especial entidad en la concepción del matrimonio y de la familia.

III. IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 146 Y 391 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El procurador general de la República, mediante escrito presentado el 27 de enero de 2010 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejercitó acción de inconstitucionalidad, en la que solicitó la invalidez no sólo del numeral 146 del Código Civil, que había sido objeto de modificación, sino además del 391 del propio Código que regula la figura civil de la adopción, pues, al abrirse la puerta al matrimonio a personas del mismo sexo, entonces éstas estarían en posibilidad de adoptar.

El asunto fue turnado al ministro Sergio A. Valls Hernández, para su instrucción y la elaboración del proyecto de sentencia correspondiente.³

El procurador planteaba tres aspectos esenciales para sostener que la norma civil en cuestión contravenía el orden constitucional federal:

- 1) La reforma se contrapone a la noción que del matrimonio y de la familia protege la Constitución federal, sin que fuera constitucional ampliar la figura del matrimonio hacia las parejas del mismo sexo, al ser distintas de las heterosexuales, primordialmente, por no tener la posibilidad de la procreación de hijos en común (además ya existía una Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal, que reconocía las uniones entre personas del mismo sexo, equiparándolas al concubinato);
- 2) La norma general impugnada contraría la legislación de los estados de la República, que no regulaban ese tipo de matrimonios e incluso los prohibían, lo que ocasiona conflictos normativos entre los dis-

³ Tuve la gran fortuna, no sólo como abogada, sino como persona, de ser parte del equipo de secretarios de estudio y cuenta del ministro Valls Hernández, y más aún, de que él me diera la oportunidad de elaborar el proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y nunca olvidaré que don Sergio Valls, una vez que tuvo conocimiento de que le había sido turnado el asunto, me llamó vía telefónica desde el salón del antepaleno a mi oficina, para darme la noticia y la instrucción de que debíamos entregar el proyecto correspondiente antes del primer periodo de receso del tribunal (es decir, antes del 16 de julio de 2010), pues se había comprometido con el presidente de la Suprema Corte en que el caso se resolviera a la brevedad. Y así se hizo.

tintos órdenes jurídicos, al tener que reconocer la validez de dichas uniones y, por tanto, una ruptura en el federalismo; y,

- 3) La adopción de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo afecta el interés superior de los niños y niñas, protegido constitucionalmente.

Luego, como secretaria de estudio y cuenta de la ponencia del ministro Valls Hernández, encargada de elaborar el proyecto de sentencia que se sometería a aprobación del Tribunal Pleno, advertí que la determinación de si la reforma del Código Civil era constitucional o no, en realidad exigía de la Corte dar respuesta como tribunal constitucional a la realidad imperante, en la cual las personas homosexuales no sólo existen, sino que tienen proyectos de vida común con otra persona —incluso tener hijos, al margen de la forma en que ello se dé—, así como también, que las familias homoparentales no sólo existen, sino que merecen protección.

Por tanto, como proyectista, llegué a la conclusión de que las interrogantes constitucionales que se planteaban en la acción requerían necesariamente de una lectura progresista de las normas constitucionales, para lo cual habría de verificar la evolución que la figura del matrimonio civil había tenido, así como la dinámica familiar de la actualidad. Sirvió en gran medida, para comprender esta realidad, efectuar además un examen de derecho comparado que nos permitió advertir hacia dónde se dirigía la tendencia mundial sobre el reconocimiento jurídico de las uniones de personas del mismo sexo.⁴

Junto con el equipo de abogadas que en esa época me auxiliaba en la Corte, nos dimos a la tarea de obtener la mayor información posible acerca de la temática del asunto, siendo también de gran apoyo, para el resultado final, las opiniones que emitieron diversos especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Estas opiniones se formularon a solicitud del ministro Valls Hernández, quien en ejercicio de las atribuciones que como instructor le confería la Ley Reglamentaria de la Materia, solicitó a dicha institución educativa se sirviera brindar apoyo, para que, desde la óptica de diversas áreas sociales como Psicología, Bioética, Sociología, se

⁴ Tal examen comparativo se contenía originalmente en el proyecto de sentencia que el ministro Valls Hernández entregó para aprobación del pleno; sin embargo, al discutirse el asunto, una mayoría de los ministros decidieron que tal estudio se suprimiera de la ejecutoria, porque no abonaba nada al caso; sin embargo, el ministro ponente decidió que tal estudio de derecho comparado quedara como un voto particular suyo, dado que sí tenía una finalidad, consistente en evidenciar cómo la tendencia mundial va hacia el reconocimiento de las uniones del mismo sexo. Por lo cual, puede consultarse tal voto particular en la página web del tribunal constitucional, como parte de la ejecutoria correspondiente.

pronunciara sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo y la adopción por parte de tales uniones.

El ministro instructor advirtió que la temática en cuestión, como muestra de la dinámica social, necesariamente pasaba por la lente de otras ciencias sociales, a las cuales el derecho puede —y debe— acudir, para responder integralmente lo que se le está planteando; además, estaba más que claro que existían voces a favor y en contra de la sociedad, por lo que, a lo largo de la instrucción del juicio constitucional y hasta que se dictó la sentencia, se hicieron llegar al tribunal opiniones diversas, a través de medios tales como correos electrónicos, escritos presentados mediante la oficina de correspondencia, protestas frente al edificio sede, etcétera, sobre todo respecto de la posibilidad de que las parejas homosexuales pudieran adoptar un menor. De ahí que fuera necesario, para el ministro ponente, allegarse del apoyo de otras ciencias sociales que también se vinculan con la naturaleza humana, así como el desarrollo y las relaciones afectivas entre las personas.

Fue muy productivo, como encargada de la elaboración del proyecto de sentencia, no sólo contar en el expediente con las opiniones de los académicos de la mencionada institución universitaria, sino también con las pláticas que, de manera personal, tuve oportunidad de tener con ellos y con compañeros abogados, con quienes intercambié ideas y visiones diversas sobre la temática del asunto, pues todo ello me permitió redactar el documento tal y como fue presentado, y que en la mayor parte quedó en sus términos como la sentencia definitiva; claro, con el reforzamiento en la argumentación que derivó de las intervenciones que, en su momento, hicieron los ministros y ministras del pleno, y que sin duda aportaron mucho al engrose final.

Además, el tribunal recibió diversos *Amicus Curiae* que, sin duda, también aportaron mucha información desde la óptica de distintas ciencias sociales —inclusive datos de otras regiones—, y que cumplió con la finalidad de aquella figura jurídica, que es apoyar la función de los tribunales constitucionales.

Así, pues, ya con todo el material referido, me avoqué a elaborar el estudio constitucional de fondo, para entregar al ministro Valls el proyecto de sentencia respectivo, y bajo su aprobación, circularlo entre los demás integrantes del pleno, para que en su oportunidad fuera discutido en sesión plenaria.

Resta señalar que, para elaborar el documento, tuvo gran influencia el precedente del amparo directo civil 6/2008 (personas transexuales), dictado también por el pleno de la Suprema Corte, y que igualmente tuve la gran

fortuna de participar en su concreción como secretaria proyectista. La trascendencia de dicho precedente al caso del matrimonio igualitario y la adopción —que no la única aportación que tuvo—, derivó primordialmente del reconocimiento que ahí se hizo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, aun cuando no está expresamente reconocido como un derecho fundamental por la Constitución mexicana.

IV. FALLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010

En la sentencia, la Suprema Corte dejó establecido que tanto el matrimonio como la adopción por parejas del mismo sexo, en modo alguno vulneraban la Constitución federal.⁵

Como señalábamos antes, el engrose final se enriqueció con muchas de las intervenciones de los ministros y ministras a lo largo de las sesiones públicas del Tribunal Pleno en el que asunto fue objeto de debate,⁶ lo cual, no sólo atendía a lo expuesto por los ministros de la mayoría; como ocurre con las decisiones de los tribunales constitucionales, como órganos colegiados, también quienes votan en sentido contrario, exponiendo los argumentos que los llevan a posicionarse en ese sentido, obligan a que, en el engrose final, se busque responder o desvirtuar sus razones. Así, puedo afirmar, porque fui la encargada de elaborar la sentencia en su texto final, que las exposiciones de los ministros de la minoría, acerca de que, en su opinión, la Constitución sólo permitía que el matrimonio se celebrara entre un hombre y una mujer, o más aún, que la adopción por parte de las uniones del mismo sexo, no debía permitirse, tuvieron el efecto de que en la ejecutoria se reforzara aún más la argumentación para demostrar lo contrario.

1. *El matrimonio*

Tratándose de la institución del matrimonio, la sentencia del tribunal razona esencialmente lo siguiente:

- En el caso se está “ante un acto normativo que amplía o extiende un derecho civil, a fin de equiparar plenamente la protección jurídica

⁵ Sentencia de fecha 16 de agosto de 2010, por mayoría de nueve votos de sus integrantes, y dos en contra.

⁶ Sesiones públicas del 1 de julio y 3, 5, 9, 10, 12 y 16 de agosto, todos de 2010.

entre parejas homosexuales y heterosexuales, amparado, según se advierte de la motivación del legislador del Distrito Federal, en el respeto al principio de igualdad y la prohibición de no discriminación, concretamente, en su vertiente de orientación sexual”, por lo que su constitucionalidad debía examinarse bajo un *test* de razonabilidad en la medida (párrafo 224).⁷

- De conformidad con la Constitución federal, compete al legislador ordinario regular lo relativo a la materia civil, dentro de la que se comprende la institución del matrimonio, sin que la norma fundamental defina esta institución, ni limite la función legislativa en ese sentido.
- El artículo 4o. constitucional no alude a la institución del matrimonio, mucho menos lo define, lo que este precepto garantiza es la protección a *la familia* como tal, debiendo el legislador regular lo relativo a su organización y desarrollo, de manera tal que logre ese fin, y no así la protección constitucional sólo para un tipo de familia, que el accionante (procurador general de la República) calificaba de “ideal” (padre, madre e hijos), y que, además, *sólo* nace mediante el matrimonio.
- *La familia*, antes que ser un concepto jurídico, es *sociológico*, dependiendo su organización de la dinámica cultural y social de cada lugar y en cada época, por lo que, en la actualidad se estructura de muy variadas maneras, y el legislador debe necesariamente atender a la *realidad social* imperante en el momento, para buscar la protección de *todo* tipo de familia.
- La Constitución en modo alguno define al matrimonio, ni se trata de un concepto inmutable y petrificado, como dan cuenta los cambios, no sólo sociales, sino todos los que ha sufrido la propia regulación civil del matrimonio, que han llevado a la superación de la concepción tradicional que existía y, sobre todo, a separarlo de una finalidad o función reproductiva —aun cuando puede ser un elemento importante de ese vínculo—; es evidente que, en la actualidad, el matrimonio se sostiene en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad

⁷ “224. En ese sentido, partiendo de las particularidades de la norma general impugnada, debemos verificar su razonabilidad bajo las siguientes interrogantes esenciales: i) si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y ii) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual, el cual estará entonces no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente”.

y compromiso mutuo. Características que comparten tanto las uniones heterosexuales como las del mismo sexo. No es exclusivo sólo de las primeras.

- Si el legislador ordinario, en ejercicio de la facultad que tiene para regular la materia civil y familiar, decidió ampliar la figura del matrimonio para comprender tanto a parejas heterosexuales como del mismo sexo, en respuesta precisamente a las exigencias de la realidad imperante, y en aras de respetar el principio de igualdad y no discriminación, no vulnera la Constitución federal.

2. *La adopción*

En cuanto al tema de la adopción por parte de uniones del mismo sexo, la Suprema Corte determinó que tampoco era inconstitucional, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual, y del principio del interés superior del niño, que consagran los artículos 1o. y 4o. constitucionales.

Atendiendo a estos principios, la Corte dejó sentado:

- Si en la propia sentencia ya se ha establecido que el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional, partiendo de que, en la actualidad, la *familia* como realidad social se conforma de muy diversas maneras, no podría sostenerse que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, mas no formar una familia mediante la adopción.
- La circunstancia de que se trate de matrimonios del mismo sexo no es razón suficiente para que el legislador, sin más, prohíba la adopción por parte de esas uniones, pues constituiría una discriminación por orientación sexual, prohibida por la Constitución federal (artículo 1o.). Lo que, además, parte de una premisa falsa: los matrimonios heterosexuales sí son una garantía para el bienestar de los niños, cuando vemos, ante casos de maltrato, abuso, explotación, etcétera, que lamentablemente no ocurre así.
- Advierte que la preferencia sexual de una persona es parte de la naturaleza humana que, de ningún modo, puede tomarse como algo negativo que afecte su capacidad para ser padre y brindar el amor y cuidados debidos a un niño o niña; por ende, que sea la preferencia sexual el elemento para determinar si se puede o no adoptar a un menor, sería discriminatorio. El que los adoptantes sean matrimonio-

nios heterosexuales, del mismo sexo o personas solteras, no es un elemento definitorio para el bienestar de los niños y niñas.

- Lo que debe garantizar el Estado para proteger el interés superior del menor, es el establecimiento de los mecanismos legales necesarios para que la adopción —sea por parte de uniones heterosexuales u homosexuales, o personas solteras— constituya su mejor opción de vida; así como que, los jueces y/o autoridades que intervengan en el procedimiento de adopción, revisen cuidadosamente, en cada caso concreto, que ese extremo se cumpla, más de ninguna manera que, el mero hecho de que se trate de un matrimonio del mismo sexo conlleve la prohibición legal de adoptar a un menor.
- Justificar la prohibición de que parejas del mismo sexo pudieran adoptar, en el hecho de que los niños criados en familias homoparentales serán objeto de discriminación social, al no formar parte de una familia “ideal” —padre, madre e hijos—, como afirmaba el promovente de la acción, no puede aceptarse, esencialmente, porque: 1) Se trata de una concepción tradicional que ya no corresponde con la realidad, y resta valor a cualquier otra estructura familiar que no se integre en esa forma; 2) Las familias homoparentales existen, son una realidad, con independencia de que puedan o no adoptar; y 3) En una sociedad democrática no puede avalarse que conductas discriminatorias, cualquiera que sea el tipo u origen de la discriminación, persistan o se convaliden por el propio tribunal constitucional ni *evitar* la existencia de familias homoparentales, o bien, hacer como que *no existen*.
- Precisamente, la protección del interés superior de los menores exige que sean eliminadas prácticas discriminatorias, bajo la aceptación de que *toda* familia merece respeto, protección y trato igual. Una consideración opuesta resta valor a todo tipo de familia, no sólo a las homoparentales, sino a toda aquella que no encuadre en aquella concepción tradicional, lo cual en nada salvaguarda el bienestar y desarrollo de los niños y niñas que, día a día, crecen en familias conformadas de maneras muy diversas.

Para entender a cabalidad las decisiones de la Suprema Corte sobre el matrimonio y la adopción, tratándose de parejas del mismo sexo, debemos traer a cuenta la mencionada sentencia dictada por el propio tribunal constitucional, al conocer del amparo directo civil 6/2008, en el que se abordó por vez primera la problemática de las personas transexuales y el recono-

cimiento de su identidad, pues, como se adelantó, trascendió al fallo de la acción de inconstitucionalidad.

V. AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008 (PERSONAS TRANSEXUALES)

A principios de 2009, la Corte resolvió un juicio de amparo directo, relacionado con la solicitud de cambio de nombre y sexo en el acta de nacimiento de una persona transexual y, por ende, la expedición de una nueva acta.⁸

El amparo fue promovido por una persona que, habiendo sido registrada al nacer bajo el sexo masculino y con un nombre en correspondencia con dicho sexo, en su vida adulta se sometió no sólo a tratamientos psicológicos y médicos sino incluso a una cirugía de reasignación de sexo, a fin de readecuar su sexo al realmente vivido y sentido *de mujer*.

Por tal motivo, a fin de lograr una total correspondencia con el sexo reasignado y sus datos registrales, había solicitado, vía juicio de rectificación de acta de nacimiento ante la autoridad judicial de lo familiar, le fuera expedida una nueva acta en la que constara el nombre con el que, como mujer, se le conocía en su vida cotidiana, así como que, en el rubro correspondiente al sexo, se señalara femenino. Al efecto, solicitó también la reserva sobre dicha información, y que no se hiciera únicamente una anotación marginal en su acta de nacimiento primigenia, sobre dicha rectificación, como, en esa época, lo establecía la legislación civil del Distrito Federal.

El juez de lo familiar que conoció del asunto, le otorgó la razón en cuanto procedía rectificar los referidos datos, pero sólo mediante la nota marginal en su acta de nacimiento que, en esa época, era lo que expresamente permitía la ley aplicable, negándole la expedición de un nuevo documento.

Contra tal determinación, el interesado promovió el juicio de amparo directo, reclamando en esencia que la legislación civil vulneraba sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana.

La Corte advirtió que, en realidad, la problemática sometida a su conocimiento versaba finalmente acerca del reconocimiento jurídico de una persona transexual, esto es, de *su existencia* y, por ende, de sus derechos humanos.

⁸ Fallo dictado por el Tribunal Pleno en sesión pública del 6 de enero de 2009 en el amparo directo civil 6/2008.

Por tanto, para resolverlo, el tribunal tuvo como punto de partida la complejidad y diversidad humana, que presenta múltiples variantes en relación con el sexo de las personas, entre ellas, la transexualidad; así, el caso requirió de la definición de diversos conceptos para comprender esta manifestación de la naturaleza, tales como el sexo, el género, la transexualidad, el hermafrotidismo, el pseudohermafrotidismo, la identidad sexual y la de género, e identifica cuáles derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos en México, juegan un papel primordial en estos casos.

De esta manera, la Corte estableció que la dignidad humana, reconocida en el artículo 1o. constitucional,⁹ implica el respeto de diversos derechos humanos, de carácter personalísimo.

Destaca el reconocimiento hecho al derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁰

⁹ Conforme al texto vigente en la época de dictado de la sentencia, cuando aún no se realizaba la reforma en materia de derechos humanos que modificó sustancialmente tal numeral 1o. de la Constitución federal (2011); sin embargo, el reconocimiento a la dignidad humana, y el principio de no discriminación, ya se ordenaba en el mismo numeral con anterioridad a aquella reforma, en los siguientes términos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

¹⁰ “[...] de la dignidad humana, se deriva la teoría de los derechos de la personalidad, que componen un sector, dentro del más amplio de los derechos humanos, en el cual se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes. De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida ésta por el Diccionario de la Real Academia Española, como la singularización, el distintivo de la persona. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público. Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos

La Corte sostuvo que, si bien los derechos humanos al libre desarrollo de la personalidad,¹¹ a la identidad personal, sexual y de género,¹² no se reconocen expresamente en la Constitución Política mexicana, lo cierto es que sí están implícitos en el orden constitucional nacional y en los tratados internacionales suscritos por México, y en todo caso deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento a la dignidad humana, protegida en el artículo 1o. constitucional.¹³

Lo decidido, respecto al reconocimiento y alcance del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, tuvo gran peso en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en tanto se dejó establecido que la concepción del matrimonio y de la manera en que se integra una familia es parte de la libertad de toda persona de proyectar la forma en que quiere vivir, como da cuenta expresamente el propio fallo en los párrafos

estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma”.

¹¹ Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 7.

¹² *Idem*.

¹³ Aplicado lo anterior al caso concreto, llevó a la Corte a determinar que la anotación marginal en el acta de nacimiento de la rectificación de datos que se concedía a la parte quejosa, en lugar de expedirle una nueva acta de nacimiento con el nombre y sexo que realmente la identifican, vulnera sus derechos, al ser ese documento oficial el que legalmente identifica e individualiza a una persona dentro de la sociedad. Así, el fallo razona que la dignidad humana implica el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad que, a su vez, comprende necesariamente el reconocimiento de los derechos a la identidad sexual y de género, en tanto que, precisamente, a partir de estos últimos es que el individuo se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad; así, la reasignación sexual como decisión personal de alguien transexual —que puede comprender o no una cirugía para ello—, para lograr embonar su estado psicosocial al físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, es un aspecto que, sin duda alguna, constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, al ser una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida. En ese sentido, el mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente ni vive como propio, cuando precisamente a partir del sexo con el que sí se identifica plenamente ha desarrollado su vida social y privada, contraviene los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad sexual. La Suprema Corte tiene claro que, sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal al psicosocial, la persona transexual podrá realizar su propio proyecto vital que, en ejercicio del derecho a la autonomía humana, tiene derecho de decidir. A lo cual, para la Corte, se sumaba la vulneración de los derechos a la salud integral, a la intimidad y a la vida privada, por lo que concedió el amparo a fin de que se expida a la parte quejosa una nueva acta de nacimiento, con el nombre y sexo solicitados; sin embargo, dada nuestra materia, no es el caso detallar ahora las razones que sustentaron la existencia de la violación de estos otros derechos, pero pueden leerse en la ejecutoria correspondiente, consultable en la página www.sjn.gob.mx.

51,¹⁴ 263,¹⁵ 265 y 266,¹⁶ y está inmerso a lo largo de los restantes razonamientos jurídicos; más todavía, en aquellos razonamientos que sirvieron para dejar sentado que la adopción por parte de matrimonios de personas del mismo sexo no era inconstitucional, sino por el contrario, reconocía la diversidad familiar existente en la actualidad: familia nuclear, monoparental, extensa, homoparental, entre otras.

La construcción argumentativa del amparo directo civil 6/2008 constituye, sin lugar a dudas, el antecedente de la actual jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre matrimonio igualitario, a partir de lo resuelto en la acción 2/2010, los diversos juicios de amparo promovidos en contra de legislaciones de otras entidades federativas,¹⁷ así

¹⁴ “251. En efecto, la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que ya ha sido reconocido por esta Corte (amparo directo civil 6/2008), sin que la decisión de unirse a otra persona traiga consigo necesariamente lo segundo, es decir, tener hijos en común, máxime que, en ese aspecto, confluyen aspectos también inherentes a la naturaleza humana que podrían impedir el tenerlos, lo que, en modo alguno, puede estimarse como obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a esas decisiones”.

¹⁵ “263. Al respecto, en el amparo directo civil 6/2008, esta Corte señaló que, de la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual”.

¹⁶ “265. Aunado a lo anterior, si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que, por un lado, como ya precisamos, esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no./ 266. Así, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo; relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo”.

¹⁷ Los primeros fueron los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012 que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió atraer, en los cuales se combatía la legislación civil del Estado de Oaxaca, y a partir de ahí se han promovido muchos más en contra de la regulación civil de diversos Estados, tales como, los amparos en revisión números 483/2014 (Sinaloa), 591/2014 (Estado de México), 735/2014 (Colima), 376/2015 (Jalisco), entre otros. La jurisprudencia de la sala da respuesta a los casos en que, a diferencia de lo que ocurría con el Código Civil del Distrito Federal, en otras legislaciones civiles locales se estatuye el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y, por ende, se niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraerlo. Destaca que, en los

como el posterior fallo del Tribunal Pleno, dictado en la diversa acción de inconstitucionalidad 28/2015, en contra del artículo 260 del Código Civil de Jalisco.¹⁸

VI. LA TRASCENDENCIA DEL FALLO JUDICIAL PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Como adelantábamos desde el inicio, hablar de matrimonio igualitario en el país pasa necesariamente por el precedente de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en el cual se dejó en claro que tanto la institución civil del matrimonio como *la familia* no son conceptos estáticos, sino que evolucionan acorde a los cambios sociales.

Esta sentencia es un claro ejemplo de la función —y responsabilidad— que tienen los tribunales constitucionales, y cómo debe responder el derecho a la dinámica social, sobre todo cuando de proteger los derechos humanos se trata. Máxime si partimos de que, en la época en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad, inclusive el amparo directo civil en cita, aún no ocurría la trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos,¹⁹ por lo que en ese momento no existía expresamente la obliga-

fallos dictados por dicha sala, declarando la inconstitucionalidad de las leyes que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo, se advierte que retoman en gran medida la argumentación que se dio en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y en su momento, en el amparo directo civil 6/2008. Tales precedentes de la Primera Sala pueden consultarse en la página del tribunal www.scjn.gob.mx.

¹⁸ Fallado en sesión pública de 26 de enero de 2016, para declarar la invalidez de la norma general impugnada, y por extensión a otros numerales, al configurar el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, lo que para la Corte atenta contra la auto-determinación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, y de manera implícita genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homoparentales, respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo.

¹⁹ A partir de la reforma constitucional en derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en junio de 2011, se reformó, entre otros, el artículo 1o.: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece./ Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia./ Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de confor-

ción de que, al resolver, se aplicara el *principio pro persona*; como tampoco que, entre las prohibiciones de discriminación, se encontrara la derivada de las preferencias sexuales, lo que no impidió que el tribunal constitucional resolviera, teniendo presente que tales preferencias u orientación sexual no son una razón para tratar distinto a las personas;²⁰ aún más, afirmó que existía prohibición en ese sentido en el artículo 1o. constitucional, aun cuando no se estableciera así expresamente. Lo que hace de la decisión en cuestión no sólo una respuesta a la problemática planteada, sino también una forma de eliminar obstáculos a las libertades de las personas, y legitima a la Suprema Corte como un verdadero garante del principio de igualdad.²¹

midad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley./ Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes./ Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

²⁰ Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 73-75, en el que se lee: “VI. NO DISCRIMINACIÓN POR PREFERENCIAS SEXUALES [...] El tema de la protección frente a la discriminación por motivos de preferencia sexual es especialmente importante, también por razones no solamente teóricas sino sobre todo prácticas. La sociedad mexicana, según lo acredita la Encuesta Nacional sobre Discriminación que ya hemos citado, es profundamente discriminadora hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual. Esto se refleja en actitudes y conductas sociales muy diversas (incluso los estereotipos que suelen repetir inopinadamente los medios de comunicación acerca de los homosexuales), algunas de las cuales han sido prohibidas por la LD en su artículo 9o. (véase por ejemplo las fracciones II, XV, XXIII, XXVII y XXVIII). La prohibición de discriminar por razón de preferencia sexual debe ser la punta de lanza para alcanzar una plena equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Dicha equiparación podría deducirse actualmente de diversos compromisos internacionales que han sido firmados por el Estado mexicano y quizás también el párrafo primero del artículo 4o. constitucional, interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de estado civil, pero serviría de mucho contar con la expresa precisión en el artículo 1o. constitucional. En el derecho comparado es abundante la información tanto legislativa como jurisprudencial que nos permite tener una visión más amplia de la no discriminación por razón de preferencias sexuales. Por un lado, el criterio de las preferencias sexuales aparece con frecuencia en los listados de características con base en las cuales está prohibido tratar de forma diferente a las personas. Por otro, los tribunales constitucionales de varios países, así como las cortes internacionales han ido apuntalando criterios interpretativos para evitar ese tipo de discriminación”.

²¹ Rolla, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editora Jurídica Grijley, 2008, pp. 41 y 42, en donde se lee: “Antes que nada, se debe tener en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta al Estado democrático a

Los tribunales constitucionales tienen la obligación de interpretar los textos constitucionales de manera dinámica, utilizando como criterio interpretativo la realidad social,²² de lo contrario, no alcanzarán a proteger a cabalidad las libertades de las personas; en este caso, decidir sobre un aspecto esencial, como es la manera en que las personas proyectan su vida en común con otras personas, pareja e hijos, si ése es su deseo, y en esa medida, no dejar sin protección a todos los tipos de familia que pueden desarrollarse en una sociedad y, sin duda, a los niños y niñas que crezcan en cada una; como se estableció en la sentencia, las familias homoparentales existen, son una realidad, y en modo alguno el tribunal podría convalidar la discriminación hacia ellas, aceptando como correcto el trato desigual hacia las mismas, y más grave si se aceptase que perviva una situación de discriminación so pretexto de que, los niños adoptados sufrirán al pertenecer a una familia homoparental, como se planteaba en el escrito de la acción de inconstitucionalidad. Finalmente, es un hecho también que las Cortes constitucionales tienen una función promotora de los derechos.²³

Como dejó sentado el precedente del amparo directo civil 6/2008, de la dignidad humana emerge una de las libertades de mayor entidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad que implica, entre otras decisiones de las personas, la de contraer matrimonio o no hacerlo, y con quién; de

la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible. Se admite de forma general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial; como también se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales —es decir, verdaderos y propios derechos, normas objetivas de rango supremo— si su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y judicial, sino también para el legislador. Por otra parte, no se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona, como ha subrayado eficazmente un autor italiano (Cappelletti) definiendo al juez constitucional como el juez de la libertad; además, las decisiones principales de los Tribunales Constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de Derecho y de la costumbre [...] Se comparte de forma generalizada la conclusión de que la garantía constituye parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Generalmente se admite que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial²⁴.

²² Ollero, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, pp. 117-119.

²³ Giancarlo Rolla, *op. cit.*, pp. 46-49.

tener hijos, al margen de si se está casado o no, o bien, decidir no tenerlos; elegir también de qué manera, esto es, biológicos, inclusive a través de métodos de fecundación o inseminación, o mediante la adopción.

Es un hecho que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 cumplió con los reclamos —más que justificados— de las personas homosexuales y lesbianas, respecto del reconocimiento de su libertad para contraer matrimonio —o no hacerlo— y tener hijos —o decidir no tenerlos—, y en esa medida, estas personas —claro está, delimitada a la localidad en la cual fue emitida la ley— obtuvieron también la protección jurídica de sus uniones y de su paternidad, con todas las implicaciones que esto genera.

El objetivo de este breve ensayo es, ante todo, transmitir que la primera sentencia sobre matrimonio igualitario y familias homoparentales no se reduce ni beneficia sólo a un colectivo determinado. Los fallos de los tribunales constitucionales, sobre todo cuando involucran derechos humanos, inciden en toda la población. Son decisiones, como la que ahora se comenta, las que legitiman al juez constitucional, en tanto ha cumplido su función, al leer la Constitución como un documento dinámico, no petrificado en el tiempo, que evoluciona a la par que la sociedad.

La sentencia dictada en la acción es un hito, sobre todo, si partimos de que para su dictado no requirió de la existencia de la referida reforma constitucional en derechos humanos que fue aprobada con posterioridad, por lo que, sin ánimo alguno de minimizar su relevancia, tal circunstancia nos permite ver que los tribunales constitucionales *per se* tienen la facultad de interpretar el orden constitucional de una manera garantista, protegiendo los derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de grupos vulnerables.

Cometemos el error, como individuos y como sociedad, de ver o sentir estas luchas colectivas de personas homosexuales y lesbianas, de mujeres, de personas con discapacidad, de personas y comunidades indígenas, entre muchos otros grupos que históricamente han sido objeto de discriminación, como algo que no nos roza “ni de pasadita”, los pensamos como “derechos de otras personas” —si es que se los concedemos o, en gran medida, simplemente los ignoramos o, peor aún, se los negamos *a priori*—, y actuamos como si se tratase sólo de “su” propia lucha y de nadie más.

Así que pensamos ¿y a los demás qué nos importa si le reconocen o no derechos a determinadas personas? Como en el caso, cuestionamos su deseo de casarse o más allá, de adoptar un hijo o una hija, porque asumimos que no son relaciones “normales” o “naturales”; afirmamos que dañarán a los niños y niñas de este país, y sostengamos “que se casen, todos pueden hacer con su cuerpo lo que quieran, pero adoptar un niño o una niña, eso NO”.

En el mejor de los casos, exclamamos “muy incluyentes”: “¡Pero si ya tienen la sociedad de convivencia!”.

Todo esto motivado por prejuicios, el desconocimiento y la ignorancia; por la difusión, desde ciertas asociaciones religiosas o de familia, de datos falsos o inexactos, y que incitan al rechazo o, más aún, al odio hacia las personas que tienen preferencias sexuales hacia otras de su mismo sexo.

Más en realidad, no se trata sólo de “sus” derechos o “su” vida, ni tenemos como sociedad la autorización para negar a otras personas derechos, mucho menos de exigir del Estado que no se los reconozca ni proteja.

El reconocimiento de libertades, y su protección estatal, permean en toda la sociedad y su evolución; no se trata de concesiones graciosas por parte del Estado, menos aún, sujeto a aprobación de las mayorías —los derechos fundamentales son contramayoritarios—.

Se trata, en realidad, de que todos somos personas, y como tales merecemos respeto, tolerancia, inclusión, empatía, solidaridad. Cuando negamos o rechazamos los derechos humanos de otra u otras personas, como en su momento ha ocurrido con la discriminación, tratándose de las personas de raza negra o judía; los derechos políticos de las mujeres; el aislamiento de las comunidades indígenas, y muchos casos más, en realidad les estamos negando su dignidad como persona, y terminamos negando derechos para nosotros mismos.

Cuando solicitamos o aceptamos que el Estado desconozca derechos a ciertos colectivos, también estamos negando el respeto para nuestros derechos en algún momento o circunstancia; por el contrario, exigir del Estado el reconocimiento y protección de los derechos de los demás, garantizará en un momento dado que ocurra lo mismo para todos.

Todos, por el mero hecho de ser personas, tenemos iguales derechos; en el caso, el derecho fundamental de decidir, sin distinción alguna por razón de orientación sexual, si es el deseo de alguien unirse civilmente a otra persona para hacer vida en común, con o sin hijos.

No obstante, en México, previo a la legislación civil del Distrito Federal, sólo las personas heterosexuales gozaban de tal libertad, esto es, de configurar sus relaciones amorosas a través de la institución civil del matrimonio, y de que estas uniones pudieran acceder a la figura legal de la adopción.

Desde la creación de la figura civil del matrimonio, los heterosexuales, hombres y mujeres, se desarrollaron sabiendo que podían casarse; es más, casi obligadamente —y aún se da— *tenían* que hacerlo, si no la presión social, de familia, de amistades, incluso laboral, era mayúscula.

Mientras que las personas homosexuales no tenían el reconocimiento de esa libertad, porque el matrimonio se concebía, por la sociedad y por to-

das las leyes civiles en México, sólo entre un hombre y una mujer;²⁴ y menos aún podría hablarse de protección legal hacia las familias homoparentales, pues éstas simplemente no se visibilizaban, se negaba su existencia, se mantenían ocultas.

Cuando se da respuesta a un colectivo que, históricamente por su mera condición, ha sido discriminado, y lejos de convalidar la desigualdad y discriminación hacia ellos se implementan medidas legislativas, como ocurrió en el Distrito Federal, o bien se toman decisiones, como la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y los posteriores fallos que le han seguido, puede afirmarse que se ha cumplido con el Estado constitucional de derecho. En específico, los tribunales constitucionales juegan un papel de suma importancia para garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, como ha ocurrido, tratándose del matrimonio igualitario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- OLLERO, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007.
- ROLLA, Giancarlo, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editora Jurídica Grijley, 2008.

²⁴ De tal realidad dan cuenta los diversos juicios de amparo, presentados con posterioridad a la reforma civil en el Distrito Federal, y al dictado de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y cuyo reclamo es que las legislaciones de las entidades federativas configuran el matrimonio civil como la unión entre un hombre y una mujer.

LA EVOLUCIÓN JUDICIAL DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO. SU IMPACTO EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS*

Karla I. QUINTANA OSUNA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Por qué matrimonio igualitario?* III. *Evolución en el contenido y alcance del concepto de matrimonio igualitario desde la Suprema Corte de Justicia de México.* IV. *Adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo.* V. *Nuevos casos.* VI. *A manera de conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, transgénero, intersexuales (LGTBII), han estado, cada vez más, en el centro de la discusión en los diferentes foros nacionales e internacionales. Si se analiza los distintos tratados y convenciones en materia de derechos humanos —la mayoría de ellos con más de cincuenta años de vigencia—, así como los correspondientes trabajos preparatorios, se verá que la orientación sexual no fue inicialmente incluida como una categoría sospechosa con base en la cual está prohibido discriminar. Ello, por supuesto, no es razón para que, por un lado, desde una interpretación evolutiva, se haya desarrollado el contenido y alcance del principio de igualdad y no discriminación, en relación con la orientación sexual como categoría sospechosa, y por otro lado y

* Este artículo fue publicado con el título “Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura”, en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2015, pp. 229-261. El artículo ha sido actualizado para su inserción en esta obra colectiva: se incluyeron, principalmente, las secciones de enlaces conyugales, jurisprudencia de la Primera Sala, la decisión del pleno en relación con el matrimonio igualitario en Jalisco, y el de adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo, así como algunos nuevos casos y conclusiones adicionales.

** Secretaría de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

como consecuencia, varias Constituciones nacionales —como la mexicana— ya la incluyan como tal.

Las problemáticas planteadas, en relación con la discriminación sufrida con base en la orientación sexual en materia civil,¹ se presentan principalmente respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, los cuales no son los mismos que los reconocidos a las parejas heterosexuales, independientemente de si se trate de relaciones sancionadas o no por el Estado —matrimonio frente a concubinato— ni los beneficios asociados a éstos. En el presente artículo me limitaré al matrimonio igualitario y a algunas consecuencias que su reconocimiento ha tenido.

Para enero de 2016, veintiún países habían reconocido, de una u otra forma —ya sea por vía legislativa o judicial—, el matrimonio igualitario. Un análisis comparado de la evolución del matrimonio igualitario en distintos países latinoamericanos mostrará cómo varían los foros donde se ha tenido mayor impacto. Así, por ejemplo, en países como Argentina o Uruguay el Poder Legislativo es el que ha tomado la iniciativa para modificar las normas y legislar el matrimonio igualitario, y otros más legislando a través del concepto de uniones civiles para diferenciarlo del matrimonio heterosexual —como acaba de suceder en Chile, o como sucedió, en un primer momento, en la Ciudad de México con las sociedades de convivencia—. Países como México, Colombia o Estados Unidos, en cambio, han avanzando en la materia, principalmente a través de decisiones judiciales.²

Es necesario destacar que no es posible entender dichos avances legislativos o judiciales sin atender el activismo que la comunidad LGTTBI ha dado desde muy distintos foros. No obstante, el presente artículo no tiene la finalidad de analizar dicha lucha, sino —como ya se dijo— muy concretamente el avance judicial que se ha dado en México.

II. ¿POR QUÉ MATRIMONIO IGUALITARIO?

Considero necesario hacer una aclaración previa, antes de seguir con el análisis. A lo largo de este artículo —y en el título mismo— me refiero al tema

¹ No se puede obviar, claramente, que la expresión mayor de la discriminación contra las personas de la comunidad LGTTBI son los crímenes de odio, incluyendo asesinatos, torturas, lesiones, entre muchas otras. Asimismo, el no reconocimiento de derechos a las personas homosexuales puede trascender a otras materias (fiscal, migratorio, etcétera). El presente artículo se limita, sin embargo, a la materia civil y, en particular, al matrimonio igualitario.

² Cf. Lara Chagoyán, Roberto y Quintana Osuna, Karla I., “La construcción de la igualdad”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, Comexi-ITAM, núm. 1, enero-marzo de 2016, pp. 31-35.

como matrimonio “igualitario”. Este término no es referido así en ninguna de las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia, pero —como se verá— el análisis del principio de igualdad y no discriminación que ésta hace, lleva a concluir que la figura del matrimonio debe incluir a personas del mismo y de diferente sexo, en igualdad de condiciones: un matrimonio accesible para todos y todas.

Aunado a lo anterior, en el derecho comparado encontramos expresiones similares: *equal marriage* en los países anglosajones, *mariage pour tous* en los países francófonos, y matrimonio igualitario en países como Colombia, Argentina, Uruguay, entre otros.

Es importante hacer esta aclaración por varios motivos. Es común escuchar o leer sobre el llamado “matrimonio gay”. Este calificativo es discriminatorio porque, por un lado, excluye al amplio arcoíris de la comunidad LGTTBI, dejando por fuera a lesbianas, transexuales, transgénero, bisexuales e intersexuales. Por otro lado, aun cuando se le denominara matrimonio “LGBTBBI”, ello sería igualmente discriminatorio, pues implica hacer implícitamente un régimen separado para dicho grupo, al adjetivarlo con la finalidad de distinguirlo de alguna manera del matrimonio entre heterosexuales. Sería pues un matrimonio “para un grupo distinto”. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México ha destacado que aun cuando se creara una figura con los mismos derechos que el matrimonio, pero con nombre distinto y con la única distinción basada en la orientación sexual, ello sería “inherentemente discriminatorio”, y constituiría un régimen similar al denominado en la doctrina como “separados pero iguales”, en el contexto de la discriminación racial en los Estados Unidos de América. Así pues, definir al matrimonio igualitario como matrimonio “gay” o “LGBTBBI”—aun cuando la intención pueda ser legítima para visibilizarlo— hace justo lo contrario que pretende: diferencia un derecho que no debe distinguir por sexo ni por orientación sexual, sino que es igualitario para todos y todas.

Cuando se analiza la figura del matrimonio desde el principio de igualdad y no discriminación, el fondo del asunto es que cualquier persona —independientemente de su orientación sexual— tenga acceso al mismo en igualdad de circunstancias: no por ser heterosexual, homosexual, bisexual, o cualquier otra posibilidad. Basta con el hecho de que dos personas quieran unir sus vidas desde el ámbito jurídico para compartir una vida en común. Es el único requisito. No se trata entonces de un matrimonio “gay” distinto del matrimonio “heterosexual”. Se trata, pues, de matrimonio para todos y todas en igualdad de circunstancias.

III. EVOLUCIÓN EN EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL CONCEPTO DE MATRIMONIO IGUALITARIO DESDE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO

En esta sección analizaré las sentencias en las que la Suprema Corte de Justicia de México, tanto en pleno como en salas, ha analizado el matrimonio igualitario.

1. *Las parejas del mismo sexo pueden acceder al matrimonio sin distinciones. El caso del Distrito Federal*

En diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, estableciendo que el matrimonio será la “unión libre entre dos personas”, eliminando el precepto anterior que establecía que éste será entre “un hombre y una mujer”. Hasta antes de esa fecha, y desde 2006, la legislación local reconocía a las parejas del mismo sexo la “sociedad de convivencia”.

Contra la reforma que incluía a las parejas del mismo sexo en la figura del matrimonio, el procurador general de la República presentó ante la Suprema Corte de Justicia de México una acción de inconstitucionalidad al considerar, por un lado, que dicha reforma contravenía el texto constitucional, y que el hecho de no incluirlas en la figura del matrimonio no implicaba discriminación contra las parejas del mismo sexo, puesto que podían existir otras figuras afines; y por otro lado, que las parejas del mismo sexo, con la nueva reforma que los incluía dentro de la figura del matrimonio, les permitiría adoptar niñas y niños, lo cual iba en contra del interés superior de aquéllos.

En una decisión mayoritaria, el pleno determinó que la ley era constitucional.³ El argumento central de la decisión es que la Constitución mexicana protege a la familia en las diversas formas en que se integre, incluida la formada por parejas homosexuales. En ese sentido, la decisión destacó que la concepción del matrimonio ha evolucionado con la sociedad y, actualmente, se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común”, lo cual ha redefinido el concepto y lo ha desvinculado de la función procreativa.

³ Acción de inconstitucionalidad 2-2010, fallada el 16 de agosto de 2010. Ministro ponente: Sergio Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

Para sostener lo anterior, la decisión destacó que no existe un “modelo de familia ideal”, por lo que deben protegerse todas las formas y manifestaciones existentes de familia en la sociedad. Como ejemplos resaltó a las familias nucleares compuestas por madre, padre e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho, familias monoparentales, familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, así como familias homoparentales conformadas por padres y madres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.

La decisión agregó que, siendo México una Federación, las entidades federativas tenían libertad configurativa en materia civil, en tanto no estuviera expresamente previsto para la Federación,⁴ por lo que si el Distrito Federal quería legislar las uniones del mismo sexo, podía hacerlo.

Aquí es importante hacer dos aclaraciones. Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia es que la Constitución mexicana protege todas las formas de familia —incluyendo la formada por parejas del mismo sexo—, al destacar que las entidades federativas tienen libertad configurativa para legislar el matrimonio para las parejas del mismo sexo, ello también implica necesariamente que tienen la libertad para no hacerlo aun cuando, con ello, se deje desprotegida a dicha forma de familia, haciendo una distinción no justificada —discriminando— a dichas personas por razón de su orientación sexual; es decir, si bien la *ratio decidendi* no giró principalmente en la discriminación por orientación sexual, sino en la protección a todas las formas de familia —relacionando, claro está, el tema de la orientación sexual—, ello resulta insuficiente en términos argumentativos, puesto que al no centrar el argumento en la discriminación dio una carta en blanco a las entidades para legislar en la materia a su arbitrio. Es claro, sin embargo, que la intención de la mayoría era validar constitucionalmente esta norma en particular, lo cual constituyó un primer escalón firme en los siguientes casos.

Por otro lado, y vinculado con lo anterior, es que cuando se emitió esta decisión no se había dado la reforma en materia de derechos humanos de 2011, que reformó el artículo 1o. constitucional incluyendo, como categoría sospechosa, a la preferencia sexual. Aquí, por supuesto, se podría argumentar válidamente que no era necesaria su protección constitucional expresa, sino que se podía interpretar desde los estándares internacionales y desde una lectura integral de la Constitución. No obstante, de un simple análisis

⁴ El artículo 132 de la Constitución mexicana establece que todo aquello que no esté expresamente facultado a la Federación, se entiende delegada a las entidades federativas.

de las decisiones de la Suprema Corte es claro que la obligación de aplicar los estándares internacionales —aún en 2015, con una reforma de por medio y decisiones judiciales divididas— no se ha interiorizado.⁵ Las razones de ello escapan del tema de este artículo.

Basta con dejar establecido que la acción de inconstitucionalidad contra la reforma del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal marcó un parteaguas al ser la primera vez que la mayoría de la Suprema Corte de Justicia reconoció que las personas del mismo sexo tienen el derecho de acceder al matrimonio, y a todos los derechos en él reconocidos, incluyendo la adopción de niñas y niños. Sería el principio de una zaga judicial que continúa hasta el día de hoy.

2. Parejas del mismo sexo desean contraer matrimonio.

Los tres casos hermanos de Oaxaca

Dos años después, en 2012, tres parejas del mismo sexo decidieron solicitar ser unidas en matrimonio en diferentes registros civiles en el estado de Oaxaca. A todas les fue negado con base en el hecho que el artículo 143 del Código Civil local define al matrimonio como la unión entre un solo hombre y una sola mujer para perpetuar la especie. Ante tal negativa, las tres parejas interpusieron amparos, argumentando principalmente que dicho artículo constituía una omisión legislativa al no incluir a las parejas del mismo sexo en la institución del matrimonio, y que el mismo las discriminaba con base en su preferencia sexual.

En uno de los amparos interpuesto se concedió el amparo a las quejas⁶ y, en los otros dos, se les negó la protección constitucional, en particular, por considerar que se trataba de una omisión legislativa respecto de la cual, una eventual concesión de amparo no podría cumplirse sin vulnerar los principios del juicio de amparo.⁷ Contra dichas sentencias se interpusieron

⁵ Razones similares sostuvo Roberto Lara Chagoyán, al dictar las conferencias “El nuevo paradigma constitucional. Una visión crítica”, celebrada el 29 de marzo de 2014 en la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Teófilo Olea y Leyva”, de Cuernavaca, Morelos, y “Nuevo marco constitucional en derechos humanos y amparo”, celebrada el 29 de septiembre de 2014, en la Escuela Libre de Derecho, en la Ciudad de México.

⁶ Amparo en revisión 581/12 “Lizeth Citlalli Martínez Hernández y María Monserrat Ordóñez”, fallado el 5 de diciembre de 2012 por unanimidad de 4 votos. Ministro ponente: Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

⁷ Amparos en revisión 457/12 “Alejandro de Jesús Reyes Álvarez y Guillermo Emmanuel Martínez” y 567/12 “Karina Mendieta Pérez y Gabriela Castellanos Mota”, fallados el

recursos de revisión. Antes de la resolución respectiva que correspondía a los tribunales colegiados, las tres parejas solicitaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México —encargada, entre otros temas, de la materia civil— que ésta ejerciera su facultad de atracción,⁸ en virtud de la importancia y trascendencia del tema involucrado. La Primera Sala decidió atraer los asuntos y analizar el fondo.⁹

En tres sentencias, falladas todas el 5 de diciembre de 2013 por unanimidad,¹⁰ la Primera Sala determinó que a las parejas involucradas se les había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, y que parte del artículo impugnado era discriminatoria, por lo que se les otorgó el amparo, lo cual implicaba que las parejas podrían casarse.

Las sentencias pueden dividirse en cuatro temas principales:¹¹ a) omisión legislativa; b) orientación sexual como categoría sospechosa y el escrutinio que le aplica; c) análisis concreto de la norma impugnada, y d) efectos de la decisión.

A. *Omisión legislativa*

Las parejas alegaron que el Congreso local había incurrido en una omisión legislativa al limitar la figura del matrimonio a las parejas heterosexuales, dejando fuera del orden jurídico a las homosexuales. La sala consideró que dicho argumento era infundado, pues el hecho de que las parejas del mismo sexo no estuvieran previstas en la institución del matrimonio no implicaba una omisión legislativa, sino, más bien, una exclusión

5 de diciembre de 2012 por unanimidad de 4 votos. Ministro ponente: Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz; ministro ponente: Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez, respectivamente.

⁸ En México, los ministros y ministras de las salas de la Suprema Corte de Justicia tienen la facultad de atraer un asunto que, no estando en el momento procesal idóneo para ser resuelto por el tribunal, involucre temas de importancia y trascendencia para ser resuelta por ésta.

⁹ Solicitudes de facultad de atracción, falladas el 6 de junio y 15 de agosto de 2012.

¹⁰ Amparos en revisión 581/12, 457/12 y 567/12, fallados el 5 de diciembre de 2012 por unanimidad de 4 votos. Ministro ponente: Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubietra; ministro ponente: Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz; ministro ponente: Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez, respectivamente. Para la autora, la sentencia más completa, de las mencionadas, es la primera.

¹¹ Es importante destacar que el amparo en revisión 152/13, fallado en abril de 2014, retomó casi en su totalidad las consideraciones de fondo de estas tres sentencias, con algunas adiciones, pero variando los efectos.

legislativa. En ese sentido, destacó que el artículo impugnado sí contemplaba la figura del matrimonio, pero excluía a las parejas del mismo sexo. No obstante ello, ante una exclusión tácita de un grupo determinado de un régimen jurídico, la sala analizó el asunto bajo el principio de igualdad y no discriminación.¹²

*B. Orientación sexual como categoría sospechosa
y el escrutinio que le aplica*

El artículo 1o. constitucional, cuarto párrafo, establece un catálogo con base en el cual no se puede discriminar. Una de dichas categorías es la preferencia sexual u orientación sexual.¹³

Es importante recordar aquí que no todas las Constituciones nacionales o tratados incluyen a la orientación sexual como categoría sospechosa, sino que su inclusión ha sido desarrollada jurisprudencialmente,¹⁴ y de forma paulatina en las Constituciones nacionales. En los casos analizados por la sala, por primera vez con base en el reformado artículo 1o. constitucional, era claro que la diferencia de trato hacia los quejosos se basaba en su orientación sexual. En ese sentido, no fue necesario argumentar —como ha sucedido en otros casos en derecho internacional—¹⁵ cómo dicha categoría podría ser incluida aun cuando no lo estuviera expresamente. Esta acotación es importante porque, como se destacó en la sección de la acción

¹² Tesis aislada IGUALDAD. DEBE ESTUDIARSE EN EL JUICIO DE AMPARO EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA SI SE ADVIERTE QUE LA NORMA GENERA UN TRATO DESIGUAL POR EXCLUSIÓN TÁCITA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 167. Véase, también, amparo en revisión 485/2013, resuelto por la Segunda Sala el 29 de enero de 2014.

¹³ Si bien es cierto que tanto la Constitución mexicana como algunos precedentes internacionales se refieren a la “preferencia sexual”, la doctrina diferencia a la preferencia de la orientación sexual, siendo la primera las elecciones de prácticas sexuales de las personas, mientras que la segunda, el sexo o sexos a los que una persona se siente atraída sexualmente. Las sentencias que analizaremos hacen mención indistinta a uno u otro término —preferencia y orientación sexual—.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riff y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

¹⁵ *Idem*. Véase, además, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

de inconstitucionalidad 2/2009 referente al matrimonio entre personas del mismo sexo de la Ciudad de México, en dicha decisión no existe mención alguna a la orientación sexual como categoría sospechosa, lo cual habría llevado necesariamente a hacer un análisis del principio de igualdad y no discriminación, sino, como se vio, las consideraciones giraron en torno a la protección que tienen todas las formas de familia, lo cual —como se dijo— dejaba a dicha decisión en una posición endeble desde el punto de vista argumentativo.

En todo caso, con base en el artículo 1o. constitucional, la sala determinó que cuando se alega que una ley afecta directa o indirectamente a quien se ubique dentro de una categoría sospechosa, la misma debe ser examinada con un escrutinio estricto, y destacó que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad.¹⁶ Agregó que el escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales las que tengan una justificación muy robusta.

En ese sentido, destacó que la distinción basada en las categorías sospechosas debía hacerse bajo un *test* estricto de proporcionalidad: i) si la distinción cumple con una finalidad imperiosa o importante desde el punto de vista constitucional —un *compelling state interest*—;¹⁷ ii) si la distinción se encuentra estrechamente vinculada —*narrowly tailored*— con el fin constitucionalmente imperioso; y c) si la distinción hecha es la medida menos restrictiva posible —*the least restrictive means*— para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.

C. *Análisis concreto de la norma impugnada*

El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca establece, en su primer párrafo, que el matrimonio “es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”.

¹⁶ Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, se citó Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 220-243.

¹⁷ Al respecto, se citó Saba, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, t. II.

En el caso específico, al tratarse de un asunto en el que se alegó discriminación con base en la orientación sexual, debía correrse el *test* estricto de proporcionalidad, puesto que la ley impugnada, de ser considerada discriminatoria, impediría que las personas homosexuales tomen decisiones fundamentales en su vida e identidad, y les impondría una carga desproporcionada en las decisiones más personales acerca de cómo y con quién hacer sus vidas, en una condición de desigualdad con las personas heterosexuales.

En primer lugar, la decisión consideró que la norma combatida pasaba el primer paso del *test*, puesto que perseguía una finalidad imperiosa, ya que el artículo 4o. constitucional obliga al legislador a proteger a la familia. Dicha protección no sólo es una finalidad válida, sino, además, ordenada constitucionalmente. Entonces, la institución del matrimonio *lato sensu*, al tener la finalidad constitucional de proteger a la familia, es en sí mismo un fin constitucionalmente importante.

En segundo lugar, para determinar si la distinción hecha en la ley, en la que sólo se incluyen a parejas heterosexuales, estaba directamente vinculada con la finalidad de la institución del matrimonio, la decisión analizó quiénes estaban comprendidos y excluidos de la categoría, y cuál era el contenido específico del mandato constitucional de la protección de la familia. En ese sentido, era claro que el artículo sólo incluía a las parejas heterosexuales que tenían la intención de procrear. Por tanto, la sala dividió su análisis para referirse primeramente a la frase “con la finalidad de perpetuar la especie” y, posteriormente, a la de “entre un solo hombre y una sola mujer”.

En relación con la perpetuación de la especie, la decisión destacó que la finalidad del matrimonio no es la procreación, sino el compartir una vida en común. Para llegar a dicha determinación, la sala se basó en el precedente de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 en el que se reconoció la protección constitucional a todos los tipos de familia, destacando que los cambios sociales de la institución matrimonial han redefinido el “concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo”. Así pues, el análisis se basó en el hecho que la procreación no es —ni puede ser— la finalidad del matrimonio.

Bajo este razonamiento, resulta claro que a una pareja heterosexual que quisiera acceder al matrimonio y que no quisiera —no que no “pudiera”— tener descendencia, ni biológica ni, incluso, vía adopción, no podría negársele el acceso a éste, pues la perpetuación de la especie no es el fin constitucionalmente perseguido para el matrimonio, sino el sostener primordialmente “lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de

compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común”. En seguimiento de lo anterior, y de la amplia protección constitucional a todos los tipos de familia, no podría decirse que una pareja que haya decidido tener vida en común de manera permanente, y que —por las razones que sean— no tenga descendencia, no constituya una familia.

En consecuencia, la sala consideró que la distinción realizada por el artículo no está directamente conectada con el mandato constitucional de protección de la familia, porque, por un lado, deja fuera a las parejas heterosexuales que accedan al matrimonio y que no quieran procrear —lo que muestra la falta de idoneidad en la medida— y, por otro, deja fuera a las parejas del mismo sexo.

Una vez determinado que la perpetuación de la especie no es la finalidad del matrimonio, sino el compromiso de una pareja de tener una vida en común, la sala determinó que no existe razón constitucional válida para excluir del mismo a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, el artículo estudiado, en la parte que establece que el matrimonio es la unión “entre un solo hombre y una sola mujer”, excluye injustificadamente del mismo a las parejas homosexuales situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales que sí están comprendidas en la definición. Por tanto, para la sala, la medida de distinguir al matrimonio como heterosexual era “claramente discriminatoria”, porque las relaciones entre parejas del mismo sexo —quienes se encuentran en una “situación equivalente a las parejas heterosexuales”— pueden adecuarse “perfectamente” a la institución del matrimonio y de familia.¹⁸

Así pues, siendo que la distinción legislativa impugnada basada en la orientación sexual no está ni directa ni indirectamente conectada con la finalidad imperiosa del matrimonio, desde el punto de vista constitucional, la medida no puede ser constitucional, pues se avalaría una decisión basada en prejuicios históricos contra los homosexuales. Al respecto, la sala agregó que la razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales —en específico en relación con el matrimonio— “no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra”,¹⁹ y comparó la discriminación en el acceso al matrimonio que, en

¹⁸ Al respecto, citó la sentencia en el caso *Schalk y Kopf vs. Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de junio de 2010, párrafo 99.

¹⁹ En este sentido, se citó *Fourie vs. Minister of Home Affairs*, párrafo 76, sentencia de la Corte Suprema sudafricana.

su momento, sufrieron las parejas interraciales —tanto en México²⁰ como en Estados Unidos—.²¹

Agregó la decisión que, en virtud de que el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos, por lo que se considera al matrimonio como un “derecho a otros derechos”, negar a las parejas del mismo sexo los beneficios de las parejas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a las personas homosexuales como “ciudadanos de segunda clase”. La exclusión de los homosexuales del matrimonio —tal como ha sido tradicionalmente definido— ofende su dignidad, pues perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales.²² Además, dicha exclusión también afecta a sus hijos e hijas.

En síntesis, la sala destacó que no existe ninguna justificación racional —ninguna razón constitucional—²³ para reconocer a los homosexuales todos los derechos humanos como individuos, y no reconocerles ciertos derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja.²⁴ Al no pasar el segundo paso del *test*, las decisiones de la sala no hacen referencia alguna al tercer paso.

Finalmente, es relevante destacar que, con base en el análisis realizado, la decisión destacó —contrario a lo hecho por el pleno en la acción de inconstitucionalidad estudiada— que si bien las entidades federativas tienen libertad configurativa para legislar en materia civil, tienen que respetar el principio de igualdad y no discriminación; es decir, no pueden discriminar

²⁰ La inclusión de esta consideración del caso mexicano se hizo posteriormente en la sentencia del amparo en revisión 152/2013, fallado el 23 de abril de 2014. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. En México, en 1932, la Suprema Corte de Justicia validó que el Código Civil del estado de Sonora impidiera el matrimonio entre una mujer mexicana y un “individuo de raza china” (*sic*), y destacó, sin hacer un análisis sobre la discriminación racial, que dicha ley era constitucional y no se privaba a nadie de ningún derecho, pues dicha unión era “imposible”. Amparo administrativo en revisión 1848/29, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXVI, 6 de diciembre de 1932, p. 2072.

²¹ En 1967, *caso Loving vs. Virginia*, Corte Suprema estadounidense. Véase *Goodridge vs. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), sentencia de la Corte Suprema de Massachusetts.

²² En este sentido, se hizo referencia a *Halpern vs. Toronto*, párrafos 107 y 137, sentencia de la Corte de Apelaciones de Ontario. En el amparo en revisión 152/13, se añadió la cita de DOMA: “DOMA’s avowed purpose and practical effect are to impose a disadvantage, a separate status, and so a stigma upon all who enter into same-sex marriages made lawful by the unquestioned authority of the States”.

²³ Añadido en el amparo en revisión 152/13.

²⁴ Sobre este punto, véase *Lewis vs. Harris*, 188 N.J. 415; 908 A. 2d 196 (N.J. 2006), sentencia de la Corte Suprema de Nueva Jersey.

en su labor legislativa al ser, dicho principio, una norma de *ius cogens*.²⁵ Con ello se dio un giro copernicano al entendimiento de las facultades de los órganos legislativos, poniendo en el centro la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, incluida —claro está— la obligación de no discriminar a nadie a través de las leyes.

D. *Efectos de la decisión*

La sentencia consideró que la frase “con la finalidad de perpetuar la especie” era inconstitucional, y que la frase “entre un solo hombre y una sola mujer” aceptaba una interpretación conforme. Si bien considero que el primer efecto es correcto, el segundo es una decisión desafortunada. Veamos por qué.

Al leer las sentencias, es claro que para la sala la norma es inconstitucional por discriminar con base en la categoría sospechosa de la orientación sexual; es decir, la discriminación es el eje central de la decisión. Ahora bien, al quedar establecido que la perpetuación de la especie no es la finalidad del matrimonio, sino los lazos afectivos y sexuales de una pareja con la finalidad de tener una vida en común, no existe razón alguna —tal como la propia sala lo subraya en los méritos de la decisión— para que el matrimonio esté limitado a las parejas heterosexuales. Si esto es así, no se sigue porque la sala decidió que la frase “entre un solo hombre y una sola mujer” no fuera inconstitucional, sino porque aceptara una interpretación conforme.

En primer lugar, recordemos que la propia sala determinó que las leyes que emplean las categorías sospechosas para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad,²⁶ y que sólo serán constitucionales aquéllas que tengan una justificación muy robusta. La decisión es clara en que la norma estudiada en su integralidad no logró invertir la presunción.

En segundo lugar, si bien las normas —en general, y no limitadas a aquellas que incluyan categorías sospechosas— tienen la presunción de constitucionalidad, y en caso de admitir más de una interpretación, debe hacerse aquélla que atienda al parámetro de regularidad constitucional y al principio *pro persona*, esto sucede cuando la norma admite más de una inter-

²⁵ Esto del *ius cogens* fue una inclusión del amparo en revisión 152/2013.

²⁶ Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes, en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 220-243.

pretación. Cuando se lee la frase “entre un solo hombre y una sola mujer”, es clara la intención del legislador: limitar la institución del matrimonio a las parejas heterosexuales. Tal como la propia sala estableció en la misma sentencia, este tipo de normas no son descuidos legislativos, sino la perpetuación de la discriminación histórica contra las personas con distinta orientación sexual a la percibida como aceptable.

Siguiendo este razonamiento, no se entiende —porque las sentencias no lo fundamentan— por qué la sala consideró que esta frase admitía una interpretación conforme. Ahora bien, de conformidad con el voto razonado del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, se podría inferir que la sala habría considerado que declarar inconstitucional dicha frase habría dejado un vacío jurídico por declarar la totalidad de la frase inconstitucional, y habría impedido a las parejas —en los casos concretos— contraer matrimonio, al otorgarse el amparo.²⁷ Si ese fue el razonamiento detrás de la sentencia, ésta no es una explicación plausible; primero, porque no es necesario que el matrimonio esté definido en la legislación para que existan derechos y obligaciones para los cónyuges,²⁸ y segundo, porque implica desconocer el alcance de las sentencias interpretativas de derechos —las cuales sirven en sí mismas para adquirir un derecho— y, en específico, las sentencias manipulativas —las que, al afirmar la inconstitucionalidad de un precepto legal, reducen, amplían o sustituyen dicho contenido normativo.²⁹

En todo caso, es importante destacar que estos tres casos constituyen los primeros precedentes de la Suprema Corte mexicana en establecer directamente, con base en una categoría sospechosa, que el matrimonio es una institución que tiene como finalidad el formar una vida en pareja en común, con base en lazos afectivos y sexuales, por lo que no existe razón constitucional alguna para no reconocer el derecho a su acceso a las parejas del mismo sexo. Considerar lo contrario, implicaría, necesariamente, un trato discriminatorio basado en prejuicios históricos.

²⁷ Voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en el amparo en revisión 581/2012.

²⁸ Sólo en México, por ejemplo, existen varias entidades federativas que no definen el matrimonio, pero sí establecen derechos y obligaciones de los cónyuges.

²⁹ Cf. Díaz Revorio, Francisco Javier, “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 291-319.

3. Matrimonio igualitario en la ley. Su exclusión es discriminatoria.

El cuarto caso de Oaxaca

Meses después de resueltos los amparos referidos, 39 personas homosexuales presentaron un amparo ante un juez de distrito, alegando que el artículo que definía el matrimonio en Oaxaca —el mismo que ya había sido impugnado anteriormente— los discriminaba por su existencia misma. En este caso, a diferencia de los anteriores, las personas no pretendían casarse —y por tanto no habían solicitado el matrimonio ni éste les había sido negado— sino que argumentaban, con base en un interés legítimo, que la existencia misma de la norma los discriminaba con base en la categoría sospechosa de la orientación sexual; es decir, para dichas personas, lo relevante era que la propia ley, en su expresión, las discriminaba.

El juez de distrito sobreseyó el amparo al considerar que las personas no habían probado su interés jurídico y que la norma impugnada era heteroaplicativa, es decir, que necesitaba un acto de aplicación —por acción u omisión— por parte de las autoridades. Ante dicha respuesta, los 39 recurrentes presentaron una revisión ante un tribunal colegiado, el cual remitió el asunto a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, y le solicitó su atracción debido al interés y trascendencia de la materia, y al hecho que la misma ya se había pronunciado en los tres casos de Oaxaca relatados. El asunto fue reasumido por la sala,³⁰ la cual, posteriormente, hizo el análisis procesal y de fondo correspondiente.

En relación con la inconstitucionalidad del artículo impugnado, la sala ya se había pronunciado. No obstante, el nuevo asunto implicaba un tema muy distinto y de una gran trascendencia en materia procesal. La sala tendría que revisar y analizar, por primera vez de manera concatenada, el interés legítimo y las leyes que por su sola existencia pueden causar una afectación —llamadas autoaplicativas en nuestro país—, específicamente en temas relacionados con categorías sospechosas.³¹

A. Interés legítimo, normas autoaplicativas y categorías sospechosas.

Un nuevo entendimiento

En primer lugar, la sala recordó que el interés legítimo “es aquel interés personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real y jurídicamen-

³⁰ Mediante resolución de 6 de marzo de 2013.

³¹ Amparo en revisión 152/13, fallado el 23 de abril de 2014. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

te relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso”³² es decir, debe estar garantizado por un derecho objetivo y debe haber una afectación a la esfera jurídica de una persona en sentido amplio que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra. Así pues, el interés legítimo permite a las personas combatir actos que estiman lesivos de sus derechos humanos, sin que sea necesario ser titulares de un derecho subjetivo —noción asociada con el interés jurídico—. Se trata pues —destacó la sala— de un agravio personal e indirecto, en oposición al agravio personal y directo exigido por el interés jurídico.

Así pues, en segundo lugar, la sala destacó que el interés legítimo, en casos donde se combatan normas autoaplicativas, puede darse en tres escenarios diferentes:

- Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin necesidad de un acto de aplicación, que impacte colateralmente al quejoso —no destinatario de las obligaciones— en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación jurídicamente relevante, cualificado, actual y real;
- Cuando la ley establezca hipótesis normativas que no están llamados a actualizar los quejosos como destinatarios de la norma, sino terceros de manera inmediata sin la necesidad de un acto de aplicación, pero que, por su posición frente al ordenamiento jurídico, los quejosos resentirán algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis normativa en grado suficiente para ser personal o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante; y/o
- Cuando la ley regule algún ámbito material e, independientemente de la naturaleza de las obligaciones establecidas a sus destinatarios directos, su contenido genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, que puede ser económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra.

Una vez establecida la relación entre interés legítimo y normas autoaplicativas en abstracto, la sala analizó la forma en que podría existir una

³² Amparo en revisión 366/2012, resuelto por la Primera Sala en sesión de 5 de septiembre de 2012, por unanimidad de cinco votos. Ministro ponente: Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Contradicción de tesis 553/2012 emitida el 6 de marzo de 2013, por mayoría de cuatro votos. Ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

afectación a una persona o grupo de personas por la existencia misma de una ley que discriminaría con base en una categoría sospechosa. Tal como se destacó anteriormente, para los recurrentes no era relevante el hecho que se quisieran o no casar, sino que la norma en sí hacía una distinción no válida para excluirlos de un derecho que tenía toda persona heterosexual en cualquier momento de su vida. En términos llanos: los recurrentes estimaban que ellos, a diferencia de cualquier persona heterosexual en Oaxaca, no podían prever la posibilidad de contraer matrimonio algún día —a menos que no fuera a través de la interposición de un amparo—. La ley los excluye y discrimina expresamente. ¿Cómo responder a ese planteamiento? ¿En efecto, una ley, por su sola existencia, puede discriminar?

Para contestar a dichas interrogantes, la decisión abordó, en primer lugar, el concepto de afectación expresiva —*expressive harm*—,³³ y destacó que las leyes no sólo regulan la conducta humana, sino que transmiten mensajes.³⁴ Al respecto, destacó que siendo el lenguaje performativo,³⁵ es factible que el Estado, a través de las palabras, tome posición —como de hecho lo hace— en ciertos temas. En este sentido, se destacó que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también pueden tener una parte valorativa que puede contener juicios de valor por parte del Estado, promovidos a través del derecho. Agregó que el mensaje transmitido a través de una ley, aun cuando parezca neutro, puede tener un impacto desproporcionado, y generar una afectación en un determinado grupo, aun cuando no haya sido la intención del legislador el discriminar, puesto que “es función del contexto social que le asigna el significado social al mensaje que afecta a ciertas personas”.³⁶ En consecuencia, la decisión destacó que una ley podría generar una afectación directa por su simple existencia a un cierto grupo vulnerable (pese a que no sean destinatarios de la norma), si promueve o construye un significado social de exclusión o degradación, pues su aplicación, mediante la regulación de la conducta de terceros, sí les genera lo que se denominó un “daño de estigmatización por discriminación”.³⁷

³³ Se citó Sunstein, Cass R., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Filadelfia, vol. 144, núm. 2021, 1996.

³⁴ Sobre este tema, véase el artículo en la presente obra: García Sarubbi, David y Quintana Osuna, Karla I., “El daño expresivo de las leyes: estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”.

³⁵ Se citó Austin, J. L., *op. cit.*

³⁶ Se citó Schultz, David y Gottlieb, Stephen E., “Legal Functionalism and Social Change: A reassessment of Rosenberg’s The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?”, *Journal of Law and Politics*, vol. 12, núm. 63, 1998.

³⁷ *Idem*. Véase Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 46; Corte

Es muy importante destacar que dicho concepto no implica una decisión de fondo sobre si la norma es o no discriminatoria, sino que se trata de una primera evaluación de una norma que contenga, en su parte valorativa, un mensaje que se alegue discriminatorio y que, de alguna manera, afecte —directa o indirectamente— a una persona o grupo de personas que se encuentre en una categoría sospechosa. Para ello, el juzgador debe analizar en su integridad la norma, tomando en cuenta su historia, contexto y finalidades. Basta, entonces, con demostrar recibir la estigmatización por discriminación de la norma, sin necesidad de un acto de aplicación, pues el daño se genera desde la emisión de la norma que se alega discriminatoria.

En síntesis, se destacó que existirá interés legítimo para impugnar una norma por razón de una afectación por estigmatización si se reúnen los siguientes requisitos:

- Se combatía una norma de la cual se extraiga un mensaje perceptible objetivamente —explícito o implícito— del que se alegue exista un juicio de valor estigmatizador, mediante elementos de contexto, la voluntad del legislador, la historia de discriminación. No se exigirá al quejoso acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma.
- Se alegue que ese mensaje negativo utilice una categoría sospechosa, en términos del artículo 1o. constitucional, de la que el quejoso es destinatario por pertenecer al grupo identificado por alguno de esos elementos.
- El quejoso guarde una relación de proximidad geográfica con el ámbito espacial de validez de la norma, sobre el cual se proyecta el mensaje.

El último requisito para comprobar el interés legítimo es la obtención de un beneficio. En caso que en el fondo del asunto se determinara que, en efecto, las normas impugnadas son discriminatorias, se suprimiría —para quienes interpusieron el amparo— el mensaje discriminatorio, a través de una declaratoria de inconstitucionalidad respecto de ellos.

IDH, *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214; Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246; Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251. Respecto de la discriminación indirecta, véase Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257.

Si en un caso específico, al aplicar el anterior estándar se demuestra el interés legítimo, será materia del fondo del asunto determinar si el mensaje transmitido por la norma es, en efecto, discriminatorio y si, por tanto, viola o no el principio de igualdad y no discriminación. Un ejercicio hipotético de este estándar sería que un grupo de personas de raza blanca tuvieran interés legítimo para ampararse contra una acción afirmativa para dar preferencia de acceso a ciertos servicios estatales a personas indígenas o afrodescendientes. Sería materia del fondo del asunto analizar, bajo un escrutinio estricto, si dicha acción afirmativa es o no discriminatoria.

El reconocimiento de la afectación de una norma alegada como discriminatoria con base en una categoría sospechosa, por su simple existencia, es consistente con los criterios internacionales y de otras cortes constitucionales. Al respecto, se destacaron dos casos internacionales y uno de derecho comparado. En relación con los primeros, se hizo referencia al Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* que determinó que la existencia de una ley que requería el permiso del marido para que la mujer pudiera trabajar fuera de casa era inconveniente y discriminatoria, esto sin necesidad de que se le hubiera solicitado a la jueza Morales dicho requisito.³⁸ Además, se destacó el *caso Toonen vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos de la ONU, mediante el cual se determinó que una ley que penaba las relaciones sexuales entre homosexuales era discriminatoria, aun cuando no se le hubiere aplicado al señor Toonen. Por otro lado, en materia de derecho constitucional comparado, se destacaron los precedentes de legitimación, emitidos por la Corte Constitucional sudafricana, que ha establecido que no puede someterse a una persona, ya afectada por la existencia de una legislación a la indignidad, de serle negado el acceso a la justicia para que se pueda cuestionar la validez de la legislación.³⁹

B. Análisis del interés legítimo en el caso concreto

Tal como se estableció anteriormente, el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca establece que el matrimonio es la unión civil entre un solo hombre y una sola mujer con la finalidad de perpetuar la especie y tener

³⁸ CIDH, Informe de Fondo núm. 4/01, *María Elena Morales de Sierra vs. Guatemala*, 19 de enero de 2001, párr. 29.

³⁹ Se citó a la Corte Constitucional de Sudáfrica, *Transvaal Coal Owners Association vs. Board of Control, Gool vs. Minister of Justice* 1955 (2) SA 682 (C) *Ferreira vs. Levin NO and Others*, y *National Coalition for Gay and Lesbian Equality vs. Minister of Justice*.

una vida en común. La sala consideró que dicha norma contiene una parte heteroaplicativa (que requiere de un acto de aplicación) —para las parejas que desean acceder al matrimonio— y por otra, una parte autoaplicativa (que no requiere un acto de aplicación), que a través del mensaje excluye a las personas homosexuales que no deseen casarse sobre la base de una juicio de valor negativo sobre su orientación sexual; es decir, les genera una afectación con base en la “estigmatización por discriminación”.

El mensaje transmitido por la norma es que, en Oaxaca, los matrimonios son heterosexuales. Además, se destacó que el segundo párrafo de la norma establece que se incentivará a quienes viven en concubinato (se entiende, parejas heterosexuales) a contraer matrimonio. Así pues, al establecer, por un lado, un juicio de valor positivo sobre las parejas heterosexuales y, por otro, un “silencio excluyente” respecto de las parejas homosexuales, la norma genera una afectación por su simple existencia.

De conformidad con el estándar establecido, la sala consideró que las 39 personas que presentaron el amparo contaban con interés legítimo para impugnar la norma como autoaplicativa, es decir, que les causaba una afectación por su existencia misma. Al respecto, destacó que: a) la norma contenía un mensaje objetivamente negativo; b) son destinatarios de la norma, como homosexuales, respecto de la cual alegan discriminación por su orientación sexual; y c) se encuentran en el ámbito de proyección del mensaje. La sala consideró que la afirmación de ser homosexual y vivir en el ámbito de proyección del mensaje era suficiente, al haberlo dicho bajo protesta de decir verdad y no haber sido objeto de debate en el trámite del juicio.

Ahora bien, el siguiente tema procesal a analizar, cuando se considera que la ley impugnada es autoaplicativa, es si ésta fue impugnada en tiempo. En México, este tipo de leyes deben impugnarse dentro de los treinta días siguientes a la entrada en vigor de la norma. El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca entró en vigencia en 1944, es decir, setenta años antes de la impugnación de la norma —y probablemente más años de los que tienen la mayoría de los promotores—. La pregunta a la que se enfrentaba la sala era entonces: ¿Una ley que se alega discriminatoria con base en una categoría sospechosa, que fue emitida hace mucho tiempo, no podría ser impugnada nunca como norma autoaplicativa? La sala, en una decisión novedosa, consideró que sí, pues ya que la discriminación puede operar de manera continuada y perpetuar sus efectos en el tiempo, cuando una ley estigmatiza por discriminación, la estigmatización permanece mientras no se subsane la discriminación en la ley. Por tanto, el plazo para la interposición de un amparo para combatir este tipo de normas no puede computarse a

partir de un momento concreto. Esta decisión es acorde con los precedentes internacionales citados —los casos *Maria Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* y *Toonen vs. Australia*— en los cuales la legislación estudiada había sido emitida décadas antes de su análisis.

Antes de continuar, considero necesario hacer una acotación. El análisis de la legitimidad para interponer un amparo podría haber sido resuelto de distinta forma. En el ámbito internacional, en específico en el interamericano, no es extraño que ante un planteamiento procesal —como podría ser una excepción preliminar— el tribunal decida que al estar íntimamente relacionado con el fondo, se pase el estudio de la misma a esa etapa procesal. En el ámbito interamericano —en el europeo es distinto—, determinar quién está legitimado para accionar el sistema no constituye un problema, puesto que cualquier persona puede hacerlo. Por otro lado, las categorías de hetero y la autoaplicatividad son extrañas en otros foros distintos del mexicano. Lo relevante es la afectación —directa o indirecta— que exista en un caso concreto. Luego entonces —atendiendo a los precedentes internacionales— se podría pensar⁴⁰ que no era necesario hacer un esfuerzo argumentativo para embonar un alegato de discriminación por la existencia misma de una ley —o incluso en cualquier otro supuesto de discriminación— en las categorías decimonónicas del derecho mexicano, el interés procesal por presentar un caso, sino hacerlo a través del artículo 1o. constitucional, y aplicar razonamientos de tribunales internacionales.

Si bien es un argumento que en abstracto comparto, considero que el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales, sobre todo en materia procesal, aún tienen un abismo de por medio que, poco a poco, se ha ido cerrando. Un ejemplo de ello es la posibilidad de la víctima para intervenir directamente en todas las etapas procesales —cuestión que, por ejemplo, es de reciente discusión en México—, la no necesidad —como ya se dijo— de que quien interponga el recurso sea la víctima directa o indirecta —tema que apenas en 2010 se abrió un poco en México con la inclusión del interés legítimo—, entre otros. Las razones de dichas diferencias son muchas, y rebasan el objetivo de este trabajo. Basta con decir, desde una mirada práctica, que ante la reciente —y aún en evolución de— toma de conciencia de la existencia de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, y el diálogo jurisprudencial que ello implica, tenemos que repensar cómo y hasta dónde ello impactará en materia procesal. Por lo pronto, considero que la decisión de la sala en este tema fue la decisión más virtuosa, desde el punto de vista filosófico del término, pues constituye una

⁴⁰ Como, de hecho, lo hace en cierta forma el ministro José Ramón Cossío en su voto.

decisión mayoritaria que mantiene un diálogo entre las categorías procesales nacionales con los estándares de derechos humanos.

C. *Efectos en el caso concreto*

Una vez analizado el tema procesal del asunto, la sala hizo un análisis similar en el fondo de los asuntos de Oaxaca, pues, como se destacó, se analizaba el mismo artículo 143 del Código Civil local que define al matrimonio. Sin embargo, varió en los efectos. A diferencia de los casos referidos en donde se declaró la inconstitucionalidad de una porción de la norma y la interpretación conforme de otra, en este caso la sala destacó que habiéndose establecido que la norma en sí misma, por su existencia y mensaje, discriminaba al grupo de 39 personas, no era posible realizar una interpretación conforme, pues la ley continuaría existiendo, aun siendo discriminatoria. En consecuencia, destacó que dichas obligaciones no podían cumplirse si no se modificaba la discriminación, y agregó que tal entendimiento situaba “a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos, y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo”. Agregó la sala que, como la discriminación legislativa estaba basada en juicios de valor de la sociedad, el sistema de justicia debía no sólo reparar el daño, sino “impulsar un cambio cultural”.

En consecuencia, dando un paso adelante de los tres casos de Oaxaca, la decisión declaró la inconstitucionalidad tanto de la porción normativa de “perpetuar la especie”, como de “entre un solo hombre y una sola mujer”, y destacó que ello no crearía un vacío legal, puesto que la legislación civil estatal prevé los derechos y obligaciones de los cónyuges. Finalmente, la sala vinculó los efectos “a todas las autoridades del Estado de Oaxaca”, las cuales no podrán utilizar el mensaje para negar a los 39 recurrentes beneficios o establecer cargas relacionadas con la regulación del matrimonio, por lo que dichas personas no deben ser expuestas al mensaje discriminador de la norma, tanto en el presente como en el futuro.

Si bien parecería que este tipo de efectos es novedoso, lo cierto es que la Suprema Corte ya lo había hecho en temas fiscales, cuando una norma declarada inconstitucional —como en el caso— no puede aplicársele a los quejosos en el futuro, aunque exista la posibilidad de que nunca se sitúe en el aspecto tributario. Lo novedoso, en el caso concreto, es hacerlo en un asunto de discriminación legislativa, y agregar que el Poder Judicial tiene una obligación de impulsar un cambio cultural en casos de discriminación, lo cual constituye un paso importante en materia de reparaciones en nuestro país.

D. *El enlace conyugal: una figura discriminatoria*

En agosto de 2013, el Estado de Colima incluyó en su Código Civil la figura del enlace conyugal, como la unión de dos personas del mismo sexo para compartir una vida en común, y reformó decenas de artículos para incluir dicha distinción. Dicha figura se distinguía de la del matrimonio, la cual quedaba acotada a la unión entre un hombre y una mujer. De conformidad con las reformas, los contrayentes tenían los mismos derechos y obligaciones, con la excepción de ser considerados como adoptantes de menores de edad, cuyo artículo no fue modificado, sino que quedó limitado al matrimonio.

En las decisiones de los amparos en revisión 704/2014 y 735/2014, la Primera Sala determinó que la figura de enlace conyugal reproducía la figura de “separados pero iguales”, pues basaba la distinción únicamente en la orientación sexual de los contrayentes; posteriormente hizo el *test a* la figura del matrimonio —definido como aquél entre un hombre y una mujer— siguiendo sus precedentes, y declaró inconstitucional la definición del mismo.⁴¹ En la sentencia del amparo en revisión 704/2014, además, la sala consideró inconstitucional el artículo que establecía la lectura de cláusulas matrimoniales que distinguían roles específicos entre hombre y mujer —conocidas en México como la carta de Melchor Ocampo—.⁴² Al respecto, se destacó, siguiendo precedentes,⁴³ lo siguiente:

La asignación de tareas, habilidades y roles dentro de las parejas o las familias de acuerdo con el sexo o la identidad sexo-genérica de las personas corresponde a una visión estereotípica basada en características individuales o colectivas con significación social o cultural. Esto constituye una forma de discriminación —tanto para las parejas del mismo o distinto sexo— por cuanto el Estado determina a las personas con base en estas características y niega, por un lado, la diversidad de los proyectos de vida y, por el otro, la

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 704/2014, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna, y amparo en revisión 735/2014, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Barra. Secretario: Arturo Bárcena. Ambos amparos fueron resueltos el 18 de marzo de 2015. Es importante destacar que la sala ya había adelantado un criterio al respecto, también de Colima, en el amparo en revisión 615/2013, resuelto en sesión de 4 de junio de 2014, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebollo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez.

⁴² Cf. Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 704/2014, *op. cit.*

⁴³ Cf. Amparo en revisión 615/2013, *op. cit.*

posibilidad de la distribución consensuada de las tareas dentro de las parejas y las familias.⁴⁴

Específicamente en relación con el alegato sobre adopción, la Primera Sala determinó que, al haber declarado inconstitucional tanto la creación de una figura paralela para parejas del mismo sexo, como el matrimonio heterosexual, era claro que las parejas del mismo sexo tenían derecho a acceder a la figura del matrimonio, por lo cual podían, en igualdad de circunstancias que cualquier matrimonio, ser considerados como posibles adoptantes.⁴⁵

E. Jurisprudencia genérica sobre la inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual

El 19 de junio de 2015, con base en algunos de los precedentes relatados en el presente artículo —siendo el primero el amparo en revisión 152/2013—, la Primera Sala emitió jurisprudencia genérica en relación con la inconstitucionalidad de la figura del matrimonio que excluya a las parejas del mismo sexo y en relación con la libertad configurativa del legislador, la cual se encuentra limitada por el principio de igualdad y no discriminación.⁴⁶

Por un lado, la sala reiteró que, al no ser la procreación la finalidad del matrimonio, no hay razón justificada que éste sea heterosexual, ni que se enuncie como entre un solo hombre y una sola mujer. Agregó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión,⁴⁷ y reiteró que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 704/2014, *op. cit.*, párr. 184.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Tesis de jurisprudencia MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL. 1a./J. 43/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536; LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL. 1a./J. 45/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, junio de 2015, p. 533; MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. 1a./J. 46/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2015, p. 253.

⁴⁷ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 43/2015, *op. cit.*

derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. Así pues, concluyó que “bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual”.⁴⁸

Atendiendo al sistema de jurisprudencia mexicano —conformado por la reiteración del criterio en al menos cinco ocasiones—, la Primera Sala sienta un criterio obligatorio para todas las autoridades judiciales, en caso que tengan que analizar una norma con las características descritas.

Por otro lado, con la afirmación en la jurisprudencia de que pese a la libertad configurativa que tienen los congresos locales en materia civil éstos deben respetar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados suscritos por México —incluido, claro está, el principio de igualdad y no discriminación—, la Primera Sala manda un poderoso mensaje a los órganos legislativos en cuanto a la limitación que tienen dentro de sus facultades, abonando al debate —y tomando postura al respecto— de los tribunales constitucionales como órganos contramayoritarios. Dicho criterio ha sido retomado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, al analizar la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo.

F. La decisión intermedia del Tribunal Pleno respecto del matrimonio igualitario en Jalisco

En enero de 2016, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia decidió la acción de inconstitucionalidad 28/2015, en la cual se cuestionó la constitucionalidad de la definición del matrimonio como aquélla entre un hombre y una mujer, respecto del artículo 260 del Código Civil de Jalisco.⁴⁹

La decisión basó su razonamiento principalmente en la protección a todas las formas de familia, reconocida en el artículo 4o. constitucional, retomando gran parte de las consideraciones de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, relativa al matrimonio igualitario en el entonces Distrito Federal, y a la cual me referí en el inciso a) de este subcapítulo. Por otro lado, en un pequeño apartado retomó, de manera genérica, las decisiones

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ El artículo que dio pie al cuestionamiento de constitucionalidad es el 260 del Código Civil de Jalisco, que establece que “para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan contar con cuando menos dieciocho años de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Al modificar la edad para contraer matrimonio, dicho artículo reitera que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, lo cual dio pauta al Tribunal Pleno a no sólo analizar dicho artículo, sino la definición misma de matrimonio contenida en otro artículo (el 258) del mismo código.

de la Primera Sala en relación con la inconstitucionalidad por discriminación de la definición de matrimonio heterosexual. No obstante, no hizo un análisis con base en dichas consideraciones, ni se refirió a las categorías sospechosas, ni aplicó un escrutinio estricto, tal como se había hecho en numerosos asuntos en la Primera Sala. La decisión concluyó que los artículos analizados son inconstitucionales, por lo que, al tratarse de una acción de inconstitucionalidad, declaró la invalidez del artículo impugnado y, en consecuencia, se extendió la declaratoria de invalidez a los artículos 258, en la parte que indica “un hombre y una mujer” y 267 bis, igualmente en la parte que señala “El hombre y la mujer”.

La sentencia tiene dos caras opuestas. Si bien es una decisión muy relevante desde la política judicial, pues el Tribunal Pleno, por unanimidad, la suscribió en los términos descritos, lo cierto es que se perdió una oportunidad histórica para tener una decisión colegiada de mayoría calificada —aunque posiblemente no unánime— que retomara un análisis constitucional basado en el principio de igualdad y no discriminación. Así pues, considero que se debió incluir el desarrollo de la Suprema Corte de Justicia en materia de igualdad y no discriminación y, en concreto, se debió llevar a cabo un escrutinio estricto de las normas estudiadas. Dicha argumentación no hubiera afectado, en absoluto, la decisión en cuanto al derecho a la familia, y hubiera reconocido, además, los pasos claros que el tribunal constitucional ha dado en materia de igualdad y no discriminación.⁵⁰

IV. ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en el que se analizó la figura del matrimonio igualitario para el entonces Distrito Federal, se analizó también el artículo que permitía a las parejas del mismo sexo, que acudieran a la figura del matrimonio, fueran considerados como adoptantes de menores de edad. En dicha decisión, luego de reiterar la protección constitucional de todas las formas de familia, y de hacer un análisis que incluyó estudios científicos sobre la no afectación para los menores de edad, así como con base en la libertad configurativa de los congresos locales para legislar en materia civil, el Tribunal Pleno consideró que el artículo impugnado era constitucional. En dicha decisión no se hizo un análisis del principio de igualdad y no discriminación.

⁵⁰ Véase el voto concurrente del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en dicha acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, como ya destaqué, Colima incluyó en su Código Civil la figura del enlace conyugal para parejas del mismo, distinguiéndolo del matrimonio heterosexual, con los mismos derechos y obligaciones, con la excepción de ser considerados para adoptar menores de edad. En la decisión del amparo en revisión 704/2014, la Primera Sala, en relación con el alegato sobre adopción, determinó, luego de hacer un análisis constitucional de la figura alterna de enlace conyugal y declararla discriminatoria, y determinar la inconstitucionalidad de la definición heterosexual del matrimonio, determinó —con base en el principio de igualdad y no discriminación— que las parejas del mismo sexo podían, en igualdad de circunstancias que cualquier matrimonio, ser consideradas como posibles adoptantes.⁵¹

Posteriormente, el 11 de agosto de 2015, el Tribunal Pleno decidió la acción de inconstitucionalidad 8/2014 en la que se cuestionó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Regulatoria de las Sociedades de Convivencia del Estado de Campeche, que establecía que “Los conviventes [sic] no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición”. Es decir, de conformidad con dicho artículo, los convivientes se encontraban impedidos de adoptar.

La Corte hizo un análisis del artículo en dos grandes apartados: el derecho de los menores de edad a tener una familia, y el derecho a la igualdad y no discriminación, que se divide en discriminación por estado civil y discriminación por orientación sexual. Es importante destacar que en ambos ejes temáticos, el pleno no acudió, como lo hizo años antes, a estudios científicos

⁵¹ De dicha decisión surgió la siguiente tesis: ADOPCIÓN. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO TIENEN EL DERECHO A SER CONSIDERADOS PARA REALIZARLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS HETEROSEXUALES. Esta Primera Sala ha establecido en varios precedentes que la vida familiar de dos personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja sino que, como cualquier pareja heterosexual, se puede extender, de así desecharlo, a la procreación y la crianza de niños y niñas. También ha destacado que existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreadas o adoptadas por algún miembro de la pareja, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear o tienen hijos a través de la adopción, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para contraer matrimonio. Ahora bien, una vez establecido que no existe razón constitucional para negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que es discriminatorio crear una figura alternativa para ellas, esta Primera Sala determina que los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes. 1a. CCCLIX/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Epoca, t. I, noviembre de 2015 p. 950.

sobre la no afectación a los menores de edad, sino que basó su argumento exclusivamente en los derechos a la familia (cualquier forma de ésta), y a la igualdad y no discriminación.

En el primer apartado, la decisión retomó los precedentes de la protección constitucional a todas las formas de familia, y determinó que impedir a los menores de edad a que convivientes sean considerados como adoptantes, vulnera el derecho de los primeros a formar parte de una familia. En el segundo apartado, luego de establecer estándares generales sobre el principio de igualdad y no discriminación —incluidas las categorías sospechosas, el *test* de escrutinio estricto, la distinción entre discriminación directa e indirecta, la referencia a la discriminación estructural,⁵² así como a la limitación de la libertad configurativa de los congresos locales a legislar en respeto a los derechos humanos—, el pleno destacó que existe una discriminación “genérica”, que fue entendida, en el asunto, como aquella que se da con base en el estado civil. En ese sentido, la Corte analizó la figura de la sociedad de convivencia como un estado civil o estado marital, considerado como categoría sospechosa en el artículo 1o. constitucional.⁵³ Así, al analizar la prohibición de adoptar de los convivientes, y contrastarlo con el artículo del Código Civil de Jalisco, que permite ser considerado como adoptante a cualquier persona en lo individual, a las parejas casadas y en concubinato, consideró que la exclusión que se hacía a los convivientes era discriminatoria, en razón del estado civil de los contrayentes.

El siguiente análisis se basó en la discriminación por orientación sexual, pues si bien la norma no establece expresamente que dicha figura esté limitada a parejas del mismo sexo, lo cierto es que es la única figura civil a la que dichas parejas pueden acudir, teniendo prohibido el matrimonio o el concubinato, ambos definidos como uniones heterosexuales.

Con base en lo anterior, el Tribunal Pleno determinó, por mayoría calificada, que el artículo que prohibía a los convivientes ser considerados como adoptantes era inconstitucional en razón de la vulneración a la protección de todas las formas de familia, y con base en la discriminación por estado

⁵² Al respecto, se cita, entre otros, Saba, Roberto, “Desigualdad estructural”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, y Serrano García, Sandra et al., *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011, pp. 20-25.

⁵³ Para ello siguió el precedente de la Primera Sala, amparo directo en revisión 597/2014, resuelto el 19 de noviembre de 2014, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

civil. Una mayoría simple consideró que, además, dicha norma era discriminatoria con base en la orientación sexual.

Este precedente es relevante no sólo por la conclusión a la que arriba, sino por constituir el primer asunto suscrito por el Tribunal Pleno sobre estándares relacionados con el principio de igualdad y no discriminación. Finalmente, es importante destacar que en mayo de 2016, como consecuencia de esta decisión, el congreso local del Estado de Campeche incluyó en su Código Civil el reconocimiento del matrimonio igualitario.

V. NUEVOS CASOS

Los asuntos expuestos —tanto aquéllos en que las parejas deseaban casarse, como aquél en que las personas homosexuales consideraron que la ley que estipulaba el matrimonio era *per se* discriminatoria— han abierto el camino para que tanto en la Primera Sala de la Suprema Corte, como en diferentes juzgados de distrito, se hayan presentado innumerables recursos que han permitido no sólo confirmar los criterios establecidos,⁵⁴ sino ampliarlos a temas de concubinato,⁵⁵ e incluso, superarlos en materia de reparaciones.

Asimismo, la Primera Sala ha recibido amparos en que los quejosos solicitan, además de casarse y/o declarar la definición de matrimonio heterosexual, como discriminatoria, el otorgamiento de otro tipo de reparaciones como la disculpa pública, la indemnización, el exhorto a los congresos locales, entre otros. Dichos asuntos aún no han sido resueltos.

En el ámbito local, luego de la emisión de la decisión en el amparo en revisión 152/2013 —referente a la discriminación legislativa por la simple existencia de la norma—, se han resuelto varios asuntos a lo largo del país

⁵⁴ Así, por ejemplo, la Primera Sala ha resuelto los siguientes casos: el amparo en revisión 263/2014, en el cual analizó la inconstitucionalidad de los artículos 40 y 165 del Código Familiar del Estado de Sinaloa —como leyes autoaplicativas—, que limitan tanto la figura del matrimonio como la del concubinato a “un hombre y una mujer”; el amparo en revisión 122/2014, en el que se llevó a cabo el estudio de constitucionalidad del artículo 7o. de la Constitución Política de Baja California; de los artículos 143 y 144 del Código Civil local; el amparo en revisión 591/2014, en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo respectivo en el Estado de México; o el amparo en revisión 615/2014, respecto del artículo 147 de la Constitución local de Colima en similar sentido. Véase también amparo en revisión 483/2014.

⁵⁵ La Primera Sala analizó un amparo en el que se alegaba la inconstitucionalidad no sólo de la definición de matrimonio, por limitarlo a parejas heterosexuales, sino también del artículo que definía el concubinato como heterosexual. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 264/2014, resuelto el 24 de septiembre de 2014, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero. Secretaria: Carolina Cienfuegos.

con el mismo razonamiento. Así, por ejemplo, Nuevo León, Tamaulipas, Chihuahua, Oaxaca, Baja California y Chiapas⁵⁶ han emitido sentencias favorables a quienes han interpuesto los amparos contra leyes que definen el matrimonio por considerarlas discriminatorias. En algunos casos incluso, como en Chihuahua, se ha ampliado la reparación a la publicación de la sentencia. Algunos —los menos— han permanecido con la interpretación conforme, en vez de la inconstitucionalidad, o han negado el amparo.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El reconocimiento del acceso al matrimonio igualitario, basado en el principio a la no discriminación, genera, como consecuencia lógica, el derecho a la protección de todas las formas de familia con y sin hijos. En relación con esto, el desarrollo judicial en México, como se ha visto, ha alejado el objeto del matrimonio de la procreación o el cuidado de hijos y lo ha centrado en el derecho de toda persona a acceder a los beneficios de la figura del matrimonio en igualdad de circunstancias y en la aceptación de que, con dicha unión, se protege una forma de familia más. El reconocimiento del matrimonio igualitario en términos de autonomía y dignidad replantea, sin duda, la forma de entender el derecho de familia y sus instituciones.⁵⁷

Los casos expuestos en este artículo constituyen una serie de decisiones que han abierto, desde la Judicatura mexicana, nuevos debates tanto desde punto de vista sustantivo como procesal. Por un lado, se ha dado contenido al principio de igualdad y no discriminación a la luz de la categoría sospechosa de orientación sexual. Con ello, el Poder Judicial mexicano ha tomado un sendero firme en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTTBI, en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales, en relación con el acceso al matrimonio y a ser considerados como adoptantes de menores de edad. Asimismo, cabe resaltar que las decisiones hayan destacado la discriminación histórica de este grupo y la necesidad de combatir los estereotipos que giran alrededor del mismo.

⁵⁶ Como ejemplo, tenemos a Nuevo León: amparo 821/2014, resuelto por el Juzgado Quinto de Distrito en Materias Civil y del Trabajo del Cuarto Circuito; Tamaulipas: amparo 198/2014, resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Noveno Circuito; Chihuahua: amparo 783/2014, resuelto por el Juzgado Octavo de Distrito del Décimo Séptimo Circuito; Oaxaca: amparos 1380 y 1381, resueltos por el Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Tercer Circuito; Baja California Sur: amparo 694/2014, resuelto por el Juzgado Primero de Distrito del Vigésimo Sexto Circuito; Chiapas: amparo 1428/2014, resuelto por el Juzgado Segundo de Distrito del Vigésimo Circuito.

⁵⁷ Cf. Lara Chagoyán, Roberto y Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, p. 33.

Es importante enfatizar, además, la clara postura de negar la posibilidad de nombrar la unión entre personas del mismo sexo de forma distinta al matrimonio, puesto que ello implicaría una decisión en sí misma discriminatoria asemejada al régimen de “separados pero iguales”, siendo que no existe distinción alguna para reconocer el acceso a ninguna persona para acceder al matrimonio. Esta no es una discusión menor, pues existen alrededor de diecisiete países que tienen una figura civil alternativa que fundamentalmente la diferencia en que se deben proteger las uniones de las parejas del mismo sexo con una figura civil distinta para no alterar la comprensión histórica del matrimonio.

También en el ámbito sustantivo, pero de manera que trasciende al matrimonio igualitario, es relevante destacar que si bien es cierto que las entidades federativas tienen libertad configurativa para legislar en materia civil, tienen que hacerlo siempre respetando el principio de igualdad y no discriminación; es decir, pueden legislar siempre que, al hacerlo, no discriminan. Esto resulta particularmente relevante en una Federación como la mexicana, para repensar los límites que, en materia legislativa, tienen los congresos locales, y que sitúa el debate en la posición contramayoritaria del tribunal constitucional.

En el ámbito procesal, que por supuesto trasciende también el tema de matrimonio igualitario, el estándar propuesto en relación con el interés legítimo, las normas autoaplicativas, el daño expresivo y las categorías sospechosas, abre la puerta para que cualquier persona o grupo de personas —pensemos en pueblos indígenas o mujeres en relación con los derechos sexuales y reproductivos— que se encuentre incluida en una de éstas, pruebe la estigmatización por discriminación, para que su asunto sea revisado en los méritos, como de hecho, ya ha estado sucediendo.⁵⁸ Sin duda alguna, dicho estándar constituye un nuevo entendimiento en el análisis de procedencia del juicio de amparo.

Por otro lado, los precedentes han abierto nuevamente la discusión sobre las reparaciones en materia de derechos humanos, a través de un recurso judicial —el amparo— que no fue originalmente pensado para responder a esas necesidades, pero que empieza a revaluarse con casos como los analizados.

Como se destacó, los estándares propuestos en los diferentes asuntos estudiados han dado pie a una avalancha de casos a lo largo del país, tanto en

⁵⁸ Véase Reasunción de competencia 28/2014, fallada el 14 de febrero de 2015 en materia de derechos sexuales y reproductivos, véase sentencias de jueces de distrito en relación con leyes relacionadas con la libertad de expresión y su afectación a defensores de derechos humanos.

el ámbito local, como nacional, con resultados judiciales, en general, consistentes con los precedentes. Incluso, como se mencionó, la Primera Sala emitió jurisprudencia en cuanto a la inconstitucionalidad de la definición del matrimonio que excluya a las parejas del mismo sexo y en cuanto a la prohibición de discriminación por parte del legislador al momento de legislar en materia civil. Sin embargo —hay que decirlo—, existe aún una reticencia en ciertos sectores de la sociedad que ha producido un efecto pendular. Así, por ejemplo, unas semanas después de la emisión de la cuarta sentencia de Oaxaca, se creó, en el Senado de la República, la Comisión de Familia, con la finalidad de defender a la “familia tradicional”. Por otro lado, aún con una sentencia de la Suprema Corte a su favor, a una pareja del mismo sexo le era negado su derecho de acceder al matrimonio en Mexicali, Baja California. Finalmente, luego de la emisión de la jurisprudencia, por parte de la sala, ha habido sectores que han sido expresos en rechazar dicha decisión, por un lado —como ya se precisó— desde los argumentos de la libertad configurativa de los congresos locales, contra el argumento contramayoritario del Poder Judicial, y del interés superior de los niños y niñas, y por otro, desde el punto de vista religioso.

Quedan muchos pendientes en la materia. Es válido cuestionar que el reconocimiento de derechos de grupos históricamente discriminados sea sólo —o preponderantemente— a través del ámbito judicial, lo que necesariamente traerá consigo consecuencias jurídicas, al no existir uniformidad legislativa.

¿Qué sucederá, por ejemplo, con una pareja del mismo sexo que decida separarse en una entidad distinta a donde se casó, cuando la ley aplicable es la de la residencia conyugal? ¿Qué pasará cuando a una pareja del mismo sexo le sea reconocido, vía judicial, su derecho a contraer matrimonio, y posteriormente desee adoptar en una entidad federativa que limita el matrimonio a las parejas heterosexuales, y la adopción de niñas y niños expresamente lo restringe a aquél?

Por otro lado, surgen dudas en cuanto a la aplicación de criterios sobre filiación: ¿aplicaría la presunción *iuris tantum* al matrimonio igualitario entre dos mujeres, cuando un hijo o hija naciera de una de ellas dentro del mismo; aun cuando es evidente que la mujer que no haya parido no es la madre biológica? ¿Podría un hombre reconocer la paternidad de un hijo de otro hombre que tenga sólo para él la patria potestad y custodia de un menor de edad? ¿O una mujer respecto de otra mujer?

Por otro lado, atendiendo al desarrollo argumentativo de los precedentes en relación a la finalidad del matrimonio, cabría preguntarse si una vez

que se ha dicho que la finalidad del matrimonio no es la procreación, qué justificaría que éste se limite a dos personas.⁵⁹

También podrían surgir de doctrina constitucional sobre si ¿es viable que la Suprema Corte se refiera a todas y cada una de las legislaciones locales en la materia o si se podría dar una declaratoria de inconstitucionalidad, como lo prevé la ley de amparo en relación con la definición de matrimonio en términos genéricos, o tendría que ser por entidad federativa?

En todo caso, la intención del artículo ha sido el destacar la evolución que el matrimonio igualitario ha tenido en la Judicatura mexicana y la implicación que el reconocimiento de dicho derecho ha tenido directa e indirectamente. Los avances son importantes tanto para el tema sustantivo, como para el adjetivo de los derechos humanos. Los efectos que esto tenga en el entendimiento de los derechos humanos, y en la aplicación de precedentes sobre el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual, en nuevas hipótesis como las descritas, aún están por verse.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, J. L., “El significado de una palabra”, *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007.

LARA CHAGOYÁN, Roberto y QUINTANA OSUNA, Karla I., “La construcción de la igualdad”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, Comexi-ITAM, núm. 1, enero-marzo de 2016.

QUINTANA OSUNA, Karla I., “Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2015.

⁵⁹ Cf. Lara Chagoyán, Roberto y Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, p. 34.

- SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, t. II.
- _____, “Desigualdad estructural”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- SCHULTZ, David y GOTTLIEB, Stephen E., “Legal Functionalism and Social Change: A reassessment of Rosenberg’s The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?”, *Journal of Law and Politics*, vol. 12, núm. 63, 1998.
- SERRANO GARCÍA, Sandra et al., *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011.
- SUNSTEIN, Cass R., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Filadelfia, vol. 144, núm. 2021, 1996.

MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011

Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las reformas constitucionales publicadas en junio de 2011.* III. *El amparo conocido como “transexuales”, y el matrimonio igualitario en el D. F.* IV. *Los amparos pioneros de Oaxaca.* V. *El desarrollo del criterio jurisprudencial en la Primera Sala.* VI. *Conclusión.*
VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Mientras esto se escribe, el matrimonio igualitario en México es ya una realidad, aunque una realidad no universal. Digo que es una realidad, porque gracias a una tesis de jurisprudencia que declara contraria a la Constitución cualquier disposición que establezca que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, y que su finalidad es la perpetuación de la especie, cualquier pareja del mismo sexo que desee casarse puede hacerlo. Sin embargo, hago la aclaración de que no se trata de una realidad universal, pues debido a que la jurisprudencia no es obligatoria¹ para los funcionarios de las administraciones públicas federal y locales, en la mayoría de los casos las parejas del mismo sexo que acuden ante el registro civil les es negado el matrimonio y deben interponer un amparo en contra de la negativa del funcionario del regis-

* Consultora jurídica. LL. M. Düsseldorf.

¹ Primer párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo: “La jurisprudencia que estableza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales”.

tro, amparo que será otorgado en términos de dicha tesis de jurisprudencia, pero que implica una carga extra con respecto a las parejas heterosexuales.

¿Hay matrimonio igualitario en México? La respuesta es sí, sin embargo, debido al principio de relatividad en el amparo, su acceso no es igualitario.

El camino hasta la emisión de la jurisprudencia ha sido largo, yo ubicaría la primera semilla en la resolución del amparo directo 6/2008, por parte del pleno de la Corte. Si bien este asunto no tuvo nada que ver con la institución matrimonial, en 2009, el pleno articuló un criterio muy relevante para el discurso de los derechos humanos, pues fue a partir de una interpretación realizada a la cláusula de no discriminación del artículo 1o. y del derecho a la salud reconocido en el artículo 4o., en conjunto con normas de derechos humanos de fuente internacional, que llegó a concluir que el concepto de dignidad humana es inherente a la esencia del ser humano y punto de partida de todos los derechos, y que es a partir de este principio que derivan los derechos de la personalidad, como el derecho a la identidad sexual. Esta primera piedra cimentaría el edificio conceptual que fundamenta el derecho a la igualdad para contraer matrimonio en nuestro país.

En el verano de 2011, se publicaron dos reformas de extrema relevancia para los derechos humanos en México, junto con la resolución del expediente varios 912/2010, conocido como *caso Radilla*,² las cuales cambiaron la faz y la dinámica de aplicación e interpretación de los derechos humanos en este país.

En este artículo se analizará el papel que han tenido las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos publicadas en el verano de 2011, así como el desarrollo interpretativo a partir de Radilla en la evolución jurisprudencial sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en la Suprema Corte de Justicia de México. Para ello, en un primer apartado (I) se analizará el contenido relevante de las reformas y su contexto, para después, en un segundo apartado (II), analizar los dos asuntos previos a dicha reforma, que, articulados con la misma, dieron origen a los amparos pioneros para alcanzar la jurisprudencia: éstos se analizarán en un siguiente apartado (III). En el epígrafe posterior (IV), se analizarán los amparos que resolvió la sala entre 2013 y 2015: este último año es cuando se publica la jurisprudencia genérica sobre inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

² Sesionado el 14 de julio de 2011. Se conoce así porque buscaba dar cumplimiento a la sentencia de Rosendo Radilla vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADAS EN JUNIO DE 2011

En el verano de 2011, sucedieron tres acontecimientos que cambiaron la faz de la dogmática constitucional en México:

- La publicación de la reforma constitucional en materia de amparo, la cual introdujo cambios novedosos en este juicio protector de derechos.
- La publicación de la reforma constitucional de derechos humanos, mediante la cual se reformó el artículo 1o. (entre otros).
- La decisión del expediente varios 912/2010, mejor conocido como *caso Radilla*, en la cual se articuló un nuevo sistema de control de la constitucionalidad en el país de tal magnitud, que junto con la entrada en vigor de la nueva ley de amparo, dieron lugar a la décima época de la Suprema Corte mexicana.

Entre los cambios introducidos al juicio de amparo y que interesan para este estudio, se encuentran la ampliación del interés para interponerlo —interés legítimo— y la declaratoria general de inconstitucionalidad, la cual permite que, después de cinco amparos en revisión en que se reitere la inconstitucionalidad de una norma, la Corte podrá declarar su inconstitucionalidad si, previo aviso, el Congreso no supera dicho problema de validez.

El primero se refiere al interés,³ es decir, a la capacidad procesal para comparecer en el juicio de amparo, que anteriormente se definía en la Constitución como “a instancia de parte agraviada”, y que la propia Corte había interpretado⁴ como el derecho subjetivo o como facultad o potestad

³ “Artículo 107 constitucional: las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:/ I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico./ Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa”.

⁴ “INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el

de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho (interés jurídico). Es decir, antes de la reforma de 2011, quien no tenía un interés fundamentado en un derecho subjetivo que pudiera acreditarse de forma fehaciente y no inferirse con base en presunciones,⁵ no podía hacer valer un derecho o libertad mediante el juicio de amparo —o lo tendría muy complicado—. Si el interés no estaba tutelado en la norma y éste no era lastimado por una autoridad, no había capacidad para acudir al amparo. Nuestro sistema montado en el concepto positivista de las garantías individuales no garantizaba derechos que no estuviesen *otorgados* por una norma.

derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un “poder de exigencia imperativa”; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser beneficiaria para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coercitivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto, si cualquiera autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan ‘el poder de exigencia’ correspondiente”. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 37, p. 25./ Amparo en revisión 2747/69, Alejandro Guajardo y otros (acumulados), 18 de enero de 1972, unanimidad de diecinueve votos, ponente: Abel Huixtrón.

⁵ Véase INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, tesis de jurisprudencia 1a./J. 168/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 225.

La reforma introduce el concepto de interés legítimo⁶ (individual y colectivo), lo que amplió de manera significativa la posibilidad de hacer valer un derecho por la vía del amparo, pues se le relaciona ahora con la presunción de afectación a la esfera jurídica de la persona por la pura emisión del acto de autoridad. Este cambio (como muchos otros que se introdujeron en la reforma constitucional de amparo) está directamente relacionado con el cambio conceptual de garantías individuales a derechos humanos, pues las primeras implicaban un otorgamiento por parte del Estado, mientras que los segundos son reconocidos, y por tanto la obligación del Estado de protegerlos y garantizarlos surge de un entendimiento de que los derechos parten de la dignidad y autonomía de las personas.

Por lo que hace a la declaratoria general de inconstitucionalidad, si bien no desaparece los efectos relativos de las sentencias de amparo, es decir, que éstas tengan solamente efectos entre las partes; sí permite que la reiteración de criterios lleve a su invalidez y eventual expulsión del sistema. En su texto sobre las reformas de amparo,⁷ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil explican que este cambio modificó en parte la llamada “fórmula Otero” que prohibía precisamente los efectos *erga omnes* de las sentencias, si bien ésta subsiste respecto de los efectos respecto del caso particular, la declaratoria que permite ahora el texto constitucional⁸ y la Ley de Amparo abre la posibilidad para que, después de que se integre jurisprudencia firme (es decir, después

⁶ Véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014; Zaldívar, Arturo, “Comentario al artículo 103 constitucional”, en Congreso de la Unión *et al.* (eds.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Porrúa-Congreso de la Unión-Suprema Corte de Justicia, 2012.

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, pp. 46 y ss. Así como la pp. 215 y ss.

⁸ Artículo 107 constitucional: “II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda./ Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente./ Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria”.

de cinco resoluciones en el mismo sentido sobre la inconstitucionalidad de una norma), la norma sea modificada por el propio emisor o, si ello no sucede, sea expulsada por el pleno de la Corte.

Ello se convierte en una herramienta de enorme importancia para el Estado constitucional, pues una de las premisas sobre las que éste se sostiene es la supremacía constitucional, que requiere, precisamente de coherencia en el sistema, lo cual implicaría que de acuerdo con el sistema de validez, no deberían de existir normas contrarias a ella. Sin embargo, como más adelante veremos, el desatino de querer resguardar el diseño decimonónico del amparo, se ha convertido en un obstáculo para la garantía y protección de nuestros derechos.

Respecto de los cambios en el paradigma de los derechos humanos,⁹ las nuevas premisas —sobre las que no profundizaré— de este nuevo sistema son:

- El cambio no sólo nominal, sino conceptual, de garantías individuales a derechos humanos
- El bloque de constitucionalidad o parámetro de control de regularidad constitucional
- El control difuso (por parte de todos los juzgadores) a partir de una doble fuente suprema: propiamente de constitucionalidad y convencionalidad
- El principio de interpretación conforme
- El principio *pro personae*
- El principio de vinculatoriedad inmediata
- Los principios que rigen a los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad
- Las obligaciones a las autoridades: prevenir, investigar, sancionar y reparar

⁹ Véase, por ejemplo, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional en derechos humanos, un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013; Rosario Rodríguez, Marcos del, *El parámetro de control de la regularidad constitucional en México. Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015; Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015; Medina Mora, Alejandra et al., *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

A pesar de la novedad textual de varias de estas herramientas interpretativas, algunas ya venían utilizándose en la interpretación constitucional, como veremos a continuación. Sin embargo, ha de reconocerse que estos cambios implicaron un nuevo paradigma que inyectó eficacia y plena vigencia a los derechos fundamentales en nuestro país.

III. EL AMPARO CONOCIDO COMO “TRANSEXUALES”, Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN EL D. F.¹⁰

En enero de 2009 se discutió¹¹ si una persona transexual nacida con sexo biológico masculino, tenía razón en demandar que no se hiciera una anotación sobre su rectificación de sexo y nombre en su acta de nacimiento. El pleno, por unanimidad, dio la razón a la quejosa, pues consideró que ello atentaba contra su dignidad.

Lo relevante de esta sentencia fue que, por primera vez, la Corte desarrollaba conceptos como el de dignidad y libre desarrollo de la personalidad como piedras angulares de la construcción del sistema de derechos humanos.

Como decía anteriormente, la Corte ya venía aplicando algunos de los principios interpretativos que fueron textualizados a partir de la reforma de 2011, en este caso, la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos de fuente internacional, si bien no se dice explícitamente, se realiza a través del artículo 133 que les da plena vigencia en nuestro país.

Sin embargo, habría que recordar que, en la novena época, la Corte sostuvo que dichas normas gozaban de una jerarquía inferior a la de la Constitución. Como ejemplo está la discusión de la acción de inconstitucionalidad 22/2009,¹² en donde se dijo que las comisiones de derechos humanos si bien pueden impugnar por esa vía las leyes que vayan en contra de la Constitución, no pueden hacerlo cuando dichas leyes únicamente afecten derechos humanos previstos en tratados internacionales.

¹⁰ Véase Silva Meza, Juan y Valls Hernández, Sergio, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011.

¹¹ Me refiero al amparo directo civil 6/2008, resuelto el 6 de enero de 2009 por unanimidad de once votos de los ministros Aguirre, Cossío, Luna, Franco, Góngora, Gudiño, Azuela, Valls, Sánchez Cordero, Silva y Ortiz Mayagoitia. Consideraciones distintas (unos por la inconstitucionalidad del acto; otros, de la norma).

¹² Discutida el 4 de marzo de 2010. El pleno, al discutir la legitimación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se pronunció respecto del tipo de violaciones (derechos reconocidos solamente en la Constitución o no) que pueden hacer valer los organismos de protección de derechos humanos en las acciones de inconstitucionalidad para cuya promoción están legitimados.

En ese asunto, la decisión se fundamentó en la tesis de jurisprudencia que surgió del llamado “amparo McCain” (amparo en revisión 120/2002), en donde la Corte interpretó el 133 para concluir que los tratados internacionales son parte integrante de la ley suprema de la Unión, pero que se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución, aunque encima de las leyes generales, federales y locales.

Por lo anterior, cobra relevancia el hecho de que en 2009 el pleno haya aceptado incorporar derechos humanos de fuente internacional para fundamentar los derechos de jerarquía constitucional.

Ahora bien, en este asunto, el pleno resolvió que cualquier persona tiene derecho a elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida y a partir de este concepto de autonomía, montado en el de dignidad, es que se despliega el entendimiento sobre el libre desarrollo de la personalidad, el cual comprende diversas libertades relacionadas con la forma de vivir la vida de cada persona, de su identidad, de su forma de relacionarse con los demás y consigo mismo.

Además, a partir del principio de dignidad, desarrolló también los derechos a la intimidad y a la propia imagen, mismos que se proyectan hacia lo privado, como lo es el derecho a la privacidad y a la no limitación respecto de la propia imagen y la autorrealización; como hacia lo público, es decir, como el derecho de las personas a manifestarse frente a los demás como se ven, como se perciben, como se imaginan.

Estos derechos funcionarían después como fundamento de todas las decisiones de matrimonio igualitario que vendrían después, pues colocan los cimientos para el reconocimiento del principio de dignidad como informante del de no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como la justificación tras el derecho civil a contraer matrimonio y formar una familia.

En diciembre de ese mismo 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la reforma al Código Civil que posibilitaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, dicha reforma fue impugnada por el entonces procurador general de la República, Arturo Chávez Chávez, alegando que se violentaba el concepto de familia protegido por la Constitución y que la posibilidad de que los matrimonios de personas del mismo sexo pudieran adoptar, atentaba en contra del principio del interés superior del niño. Ambos argumentos fueron derrotados por el pleno de la Corte en una decisión 9-2.

La acción de inconstitucionalidad 2/2010 fue la base fundamental para la “lluvia de amparos” que vendría después.

La Corte determinó básicamente que el legislador local está facultado para redefinir la institución matrimonial, misma que no está descrita en el texto constitucional. Se explicó que lo que protege la Constitución es a la familia y que ésta no es únicamente la compuesta por matrimonios y sus hijos, sino que es una realidad social mutable, por lo que cualquier tipo de familia está protegida por la ley fundamental. Por lo que hace al interés superior del niño, el pleno concluyó que si todas las familias están protegidas constitucionalmente, entonces no hay tipos ideales de familia en los cuales deban coexistir los niños. En este sentido, decir que una persona o una pareja por su orientación sexual no son ideales para un niño, implica una discriminación prohibida por el texto constitucional, además de que es el interés superior del niño precisamente el fundamento para que se permita a los matrimonios del mismo sexo solicitar adoptar a un menor de edad.

Este asunto se recarga de manera clara y fuerte en el amparo directo “transexuales”, y concluye que contraer matrimonio es un derecho personalísimo que parte del principio de dignidad y del libre desarrollo de la personalidad; además, de manera novedosa, esta sentencia hace uso del principio *pro personae* para responder los conceptos de invalidez planteados por el procurador, cuestión que resulta muy relevante, pues su discusión tuvo lugar un año antes de la publicación de las reformas constitucionales. Asimismo, el proyecto original, que quedó como voto concurrente del ministro Sergio Valls, hacía un análisis comparado con soporte de instrumentos internacionales, lo cual fue eliminado del engrose, pues implicaba un ejercicio que no era común en esos momentos en la Corte.

Asimismo, es de destacar que en ambos asuntos se habla de derechos humanos o derechos fundamentales y no de garantías individuales, como en ese entonces señalaba la Constitución. Ello les da un alcance mucho más amplio, pues la concepción de garantías individuales, como ya se explicó, partía de la idea positivista de que los derechos eran *otorgados* por el Estado, y en ese sentido, ese entendimiento implicaba una dogmática rígida donde la visión sobre el principio de dignidad fundamental como punto de partida de los derechos —inherentes a la persona— no tenía cabida, o, al menos no era del todo aceptada por todos los operadores jurídicos.

La resolución de estas acciones de inconstitucionalidad tuvo como consecuencia que en Oaxaca se presentaran tres amparos en contra de negativas por parte del Registro Civil para unir en matrimonio a parejas del mismo sexo. De los tres amparos, se concedió solamente uno, mismo que fue sujeto a revisión por parte de la autoridad responsable.

A principios de 2012 se solicitó a la Suprema Corte que atrajera la revisión de los amparos. El 5 de diciembre de 2012 fueron, los tres, positivamente resueltos para las tres parejas.

IV. LOS AMPAROS PIONEROS DE OAXACA

Curiosamente, yo esperaba que, posterior a la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, viniera una “lluvia de amparos”, sin embargo, tuvieron que pasar casi dos años para que tres parejas provenientes del estado de Oaxaca solicitaran a la Corte la atracción de las revisiones de sus amparos.¹³

Eran los primeros que llegaban al Tribunal Constitucional de nuestro país. Las tres revisiones se atrajeron. Una interpuesta por la autoridad, dos por las quejas. Las tres fueron resueltas apelando al principio de dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En las demandas de amparo, las parejas argumentaron básicamente que:

- La exclusión para contraer matrimonio implica un trato diferente arbitrario, es decir, es discriminatorio. El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca que establece que “El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”, discrimina por orientación sexual a las parejas del mismo sexo, pues establece una diferencia arbitraria contraria al artículo 1o. y a los criterios de la Corte Interamericana sobre la no discriminación, ya que no existe ninguna justificación razonable dentro de un Estado democrático para establecer dicha diferencia.

¹³ 1) Amparo en revisión 457/2012: se trata de un amparo indirecto en contra de ley heteroaplicativa. El amparo se negó. Se interpuso una revisión. Expediente en Tribunal: amparo indirecto en revisión 84/2012, y se solicitó el ejercicio de la facultad de atracción. Expediente: solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 125/2012. Ponencia del ministro José Ramón Cossío. 2) Amparo en revisión 567/2012: se trata de un amparo indirecto contra la negativa del registro. El amparo se sobreseyó. Se interpuso una revisión. Expediente en Tribunal: amparo en revisión 221/2012, y se solicitó el ejercicio de la facultad de atracción. Expediente: solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 201/2012. Ponencia del ministro Jorge Mario Pardo. 3) Amparo en revisión 581/2012: se trata de un amparo indirecto contra la negativa del registro. El amparo 1143/2011 se otorgó (inaplicar la norma). El Congreso del estado, el Registro Civil y la Consejería Jurídica del Gobierno del estado interpusieron la revisión. Expediente en Tribunal: amparo en revisión 186/2012, y se solicitó el ejercicio de la facultad de atracción. Expediente: solicitud de ejercicio de la facultad de atracción. Ponencia del ministro Arturo Zaldívar.

— Por otro lado, se planteó que no existe ninguna institución que proteja a las familias homoparentales. El artículo 121 constitucional establece la autonomía de las entidades federativas en materia del estado civil de las personas, sin embargo, ésta debe ejercerse dentro del marco constitucional, los artículos 1o. y 4o. constitucionales establecen la obligación del Estado de proteger a la familia, y esta protección debe ser igual para todas las familias, sin discriminación (acción de inconstitucionalidad 2/2010).

La determinación de la Primera Sala fue conceder los tres amparos con una votación unánime, ordenando al Registro Civil dar trámite a la solicitud de matrimonio de cada una de las parejas y resolviendo que:

- a) se declara inconstitucional la porción de la norma que dice que la perpetuación de la especie es una finalidad del matrimonio y,
- b) se determina que debe hacerse una *interpretación conforme* con la Constitución sobre el resto de la norma, es decir, la lectura que debe darse a la porción que dice que el matrimonio es un contrato entre un solo hombre y una sola mujer deberá ser la de “entre dos personas”.

Debido a los efectos relativos de las sentencias en el amparo (artículo 107, fracción II constitucional) las consecuencias de estos tres amparos fueron indirectas para la generalidad, pues el hecho de que se hubieran ganado animó a muchas parejas a interponer amparos en todo el país, lo que por un lado, fracturó el monolito de la institución, y por otro, posibilitó la integración de la jurisprudencia (genérica) casi tres años más tarde.

La resolución de la sala fue favorable, pero no fue la mejor, en realidad la mejor solución para la comunidad LGBT (lesbico, gay, bisexual y trans) y las familias diversas hubiese sido la declaración de inconstitucionalidad de todo el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, pues con ello se hubiera estado a medio camino de invalidar la norma y obligar al Congreso a emitir una nueva que incluya a las parejas del mismo sexo.

Y no sólo por el lado de los efectos, la utilización de la interpretación conforme fue desafortunada, pues se trata de una herramienta de interpretación que puede ser utilizada cuando la norma admite varias interpretaciones y el intérprete elige la más acorde al texto fundamental. En este caso, la interpretación conforme no tenía cabida. Veamos.

Se ha dicho que la interpretación conforme¹⁴ con la Constitución se incluye en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional en 2011, sin embargo, en mi opinión lo que se incluyó en esa reforma fue la interpretación con orientación constitucional. La *interpretación con orientación constitucional* es el resultado de la normatividad de la Constitución y del efecto de irradiación que ésta tiene en todo el sistema jurídico como su norma suprema y fundante. Es el método a través del cual se actualiza el efecto de irradiación de la Constitución, principalmente, pero no exclusivamente, en el derecho privado. Así, la interpretación con orientación constitucional está, por supuesto, relacionada directamente con los efectos de los derechos entre terceros (*Drittewirkung*) que implica, precisamente, una interpretación con orientación constitucional de normas de derecho privado.

Entonces, la *interpretación conforme* es en realidad una subcategoría de la interpretación con orientación constitucional, y se trata más bien de *una forma de decidir* del Tribunal Constitucional cuando interpreta una norma bajo la lente constitucional o con orientación constitucional.

Esta herramienta, junto con la distinción apuntada, fue desarrollada a partir de la jurisprudencia¹⁵ del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el que la ha justificado de la siguiente forma: “El principio del respeto al Poder Legislativo obliga a que, dentro de los límites de la Constitución, siempre se considere lo que el legislador quiso. Este principio exige una interpretación conforme con la Constitución de la norma, siempre y cuando sea posible con el texto de la ley y el objetivo principal del legislador esté garantizado”.¹⁶

¹⁴ Esta parte del texto pertenece a mi artículo “El uso de la interpretación conforme por la Suprema Corte de Justicia”, en Caballero, José Luis (coord.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas y retos* (inédito).

¹⁵ En dicho asunto, el Tribunal revisó la constitucionalidad del párrafo 1 de la Ley sobre la Admisión de Urgencia de Alemanes (orientales) en el territorio federal, de 22 de agosto de 1950. Se concluyó que era conforme con la Ley Fundamental. Véase Hesse, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., C. F. Müller, 1999, párrafo 79 y ss.

¹⁶ El concepto de interpretación [constitucional] conforme es un concepto de origen alemán que ha sido desarrollado, en el derecho pretoriano, por el Tribunal Constitucional Federal, desde la decisión sobre el acceso a la República Federal Alemana de refugiados provenientes del sector soviético de la zona de ocupación (la República Democrática Alemana) de 7 de mayo de 1953: “Ein Gesetz ist nicht verfassungswidrig, wenn eine Auslegung möglich ist, die im Einklang mit dem Grundgesetz steht, und das Gesetz bei dieser Auslegung sinnvoll bleibt” (“Una ley no es inconstitucional cuando es posible una interpretación que sea compatible con la Ley Fundamental y a través de la cual esa ley siga teniendo sentido”), *BVerfGE* 2, 266 “Notaufnahme”. *BVerfGE* 49, 148 [157]; 54, 277 [300]

Es decir, la necesidad de una interpretación conforme se presenta cuando una norma puede ser interpretada en diversos sentidos, y no todos son conformes con la Constitución. El concepto de interpretación conforme se construye sobre la base del principio de supremacía constitucional, pues el objetivo es que la norma ordinaria que se interpreta sea compatible con la norma fuente. En este sentido, el Constitucional alemán desarrolló esta idea para evitar la determinación de invalidez y expulsión de normas, si éstas podrían ser entendidas en acuerdo con la propia Ley Fundamental, con lo que se ejercita la deferencia hacia el legislador, y la expulsión de normas es verdaderamente un asunto excepcional.

El propio Tribunal alemán ha negado de manera tajante la posibilidad de realizar una interpretación conforme que de manera clara contradiga los objetivos y finalidades del legislador.

Por ello, la definición que la dogmática alemana da al concepto de interpretación conforme está enlazada precisamente con sus límites: “si el texto de una norma jurídica, cuya constitucionalidad es cuestionable, permite su interpretación conforme con la Constitución, entonces la norma es válida únicamente si es interpretada en este sentido. Las posibilidades de una interpretación conforme terminan allí donde la claridad del texto de la norma impida un margen de interpretación”.¹⁷

Este entendimiento lo ha retomado también tanto la Corte mexicana como la academia en México, si bien no nominalmente, sí conceptualmente. Lo ha hecho concretamente en los expedientes: varios 912, amparo directo en revisión 3200/2012, y amparo directo en revisión 1046/2012. En los tres asuntos, la Corte ha repetido los tres pasos que deben practicar los jueces al realizar el control de constitucionalidad (que evidentemente incluye el de convencionalidad, al ser las normas de derechos humanos de fuente internacional, de jerarquía constitucional, y por tanto integrar el parámetro de regularidad):

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el

¹⁷ “Ist der Wortlaut der infrage stehenden Rechtsnorm aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, lässt sie aber eine Auslegung zu, die mit der Verfassung vereinbar ist, ist die Rechtsnorm mit dieser (und nur mit dieser) Auslegung gültig. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet allerdings dort, wo der eindeutige Wortlaut der Norm keinen interpretativen Spielraum eröffnet”. *Duden Recht A-Z. Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf*, 3a. ed., Berlin, Bibliographisches Institut, 2015.

Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia;

b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.¹⁸

A la primera la ha llamado interpretación conforme en sentido amplio, y a la segunda interpretación conforme en sentido estricto; sin embargo, ambas son métodos que se usan en el ejercicio de control de constitucionalidad *ex officio* (aquél realizado por todos los jueces) y que parten de una “presunción de inconstitucionalidad”.¹⁹

Es decir, la diferencia sutil radica en que la interpretación conforme en sentido amplio se activa cuando hay una duda, mientras que la interpretación con orientación constitucional se hace *siempre* que se aplica una norma por la vía del efecto de irradiación de las normas fundamentales en todo el sistema.

Al llevar a cabo el examen de que se trata, la autoridad no debe perder de vista que todas las normas gozan de una presunción de constitucionalidad que puede ser derrotada, para cuyo efecto, precisamente, ha de llevar a cabo el control *ex officio* en tres pasos: 1) interpretación conforme en sentido amplio, 2) interpretación conforme en sentido estricto y 3) inaplicación,

¹⁸ PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, tesis P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 552.

¹⁹ Por ejemplo, Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 220 y ss.

siendo la inaplicación de la norma el último recurso al que debe acudir, pues se trata de agotar la posibilidad de lograr una interpretación que resulte acorde a la Constitución, y sólo en el caso de no ser esto posible, debe inaplicar la disposición violatoria de derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior, me parece que las tres decisiones de los amparos de Oaxaca fueron incorrectas, pues la norma impugnada no admite una interpretación conforme, toda vez que la intención del legislador era, precisamente, que el matrimonio fuese una institución heterosexual, y que únicamente pudiera contraer matrimonio un hombre con una mujer.²⁰

A pesar de que la determinación de interpretación conforme pareciera haber sido una solución sensata y minimalista, que respeta la distribución de competencias entre la jurisdicción constitucional y el legislador, en realidad es mucho más activista que la inaplicación derivada de la determinación de la inconstitucionalidad del 143 del Código Civil oaxaqueño, que dispone: “El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”.

La interpretación conforme no implica que el juez constitucional pueda determinar que una norma no dice lo que dice para hacerla compatible con la Constitución. Es decir, esta interpretación está limitada doblemente: por un lado, por la voluntad objetiva del legislador ordinario (es decir, la función que el legislador quiso darle a la norma); y por otro lado, por el texto de la norma en cuestión.

En el caso de la voluntad objetiva del legislador, la interpretación conforme puede realizarse siempre y cuando el contenido resultante de la ley no lleve a algo distinto; mientras que en el caso del límite textual, para evitar que se convierta en una autorización judicial, los jueces, en consonancia con la división de poderes constitucional, no pueden fungir como instancia legisladora.

Una variación normativa más allá del texto, a través de la jurisdicción constitucional significa una usurpación de la competencia legislativa, y aunque podría pensarse que los ministros optaron por respetar al legislador de Oaxaca y provocar su acción para reformar el artículo, sin invalidar la norma; la realidad es que la interpretación conforme perpetuaba la discriminación de que eran objeto las personas por su orientación sexual.

²⁰ Véase, al respecto, el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar en el amparo en revisión 581/2012, en donde precisamente plantea que su postura era que no cabía una interpretación conforme, sino la inaplicación completa de la norma por ser contraria a la Constitución.

Afortunadamente esto se corrigió más de un año después con el amparo en revisión 152/2013, con el cual se inició una nueva etapa en el desarrollo del criterio jurisprudencial de la sala con respecto al matrimonio igualitario.

Ahora bien, por lo que hace a otros principios y herramientas, los amparos de manera sorprendente no se refieren al parámetro de regularidad (bloque de constitucionalidad) ni tampoco mencionan, por ejemplo, la *sentencia Karen Atala e hijas vs. Chile* que tenía apenas unos meses de haber sido publicada y que refiere el principio de no discriminación por orientación sexual en el *ius commune* latinoamericano.²¹

En realidad, la única influencia de la reforma de 2011 en las tres sentencias fue para no declarar la invalidez de la norma,²² haciendo una interpretación conforme que en realidad no era procedente.

V. EL DESARROLLO DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL EN LA PRIMERA SALA

En la sentencia del amparo en revisión 152/2013, la Primera Sala concedió la razón a 39 personas homosexuales de haber sido discriminadas por normas sobre matrimonio en el estado de Oaxaca. Este amparo es clave para el desarrollo jurisprudencial en materia de matrimonio igualitario en México, pues por primera vez la sala declara la inconstitucionalidad de la norma que establece que el matrimonio civil debe ser entre un hombre y una mujer.

Además de la relevancia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma civil oaxaqueña, en esta sentencia la sala sienta las bases para la determinación del interés legítimo en caso de que se alegue la discrimina-

²¹ Véase, por ejemplo, Bogdandy, Armin von *et. al.* (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Max Plank Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

²² En su voto particular, el ministro Arturo Zaldívar advierte precisamente sobre este problema, pues en su proyecto original propuso declarar la inconstitucionalidad de ambas porciones normativas, tanto la que hace referencia al sexo de los contrayentes como a la que establece la función procreativa de la institución matrimonial, por considerarlas violatorias del principio de igualdad, previsto en el artículo 1o. constitucional, pues con ello surge la posibilidad de lograr en el futuro una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales; la que no puede conseguirse con la interpretación conforme de la porción normativa del precepto impugnado, pues lo que se logra con esa solución es evitar la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil para el estado de Oaxaca. Por otro lado, en su proyecto original, el ministro Zaldívar consideraba que la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto impugnado era una mejor solución, pues permitía la reparación de la discriminación; este criterio sería retomado más adelante en los amparos subsiguientes.

ción indirecta de una norma en su porción valorativa, sin que medie acto de aplicación o algo que llama “afectación por estigmatización”.

En esta sentencia, se realiza un análisis jurisprudencial del interés y su relación con las normas autoaplicativas y heteroaplicativas. De tal manera que para determinar si los quejosos tienen interés, se parte de la cuestión sobre si “la afectación asociada a la impugnación por discriminación es susceptible de actualizarse con la mera existencia o vigencia de la norma”.

La sala concluye que sí, pues las normas jurídicas no solamente disponen una conducta específica, sino que también llevan un mensaje, distinguiendo entre la parte dispositiva y valorativa de las normas. De tal forma que la sala determina que la parte valorativa de las normas jurídicas, al representar una valoración social de esa conducta que regula, puede transmitir un mensaje implícito o explícito en que el Estado discrimine (voluntaria o involuntariamente) a determinadas personas, aún y cuando la norma no esté dirigida (en su parte dispositiva) a regular conductas relacionadas con éstas.

la discriminación [por tanto] no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación [...] lo relevante es que la norma genera un clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejosos como terceros: la estigmatización por discriminación, la cual es incondicionada.

De tal forma que lo que la Sala reconoce es que “junto a la afectación material o tradicional que puede generar la parte dispositiva de una norma, puede existir una afectación inmaterial que produce el mensaje transmitido por la norma, es decir, por su parte valorativa”. Y lo relevante aquí es que este mensaje produce una afectación, un “estigma por discriminación puede ser una afectación expresiva generada directamente por una norma, la cual comúnmente se traduce en una serie de eventuales afectaciones materiales secundarias, con motivo de la puesta en práctica del contenido prescrito por la norma, como es la exclusión de beneficios o distribución inequitativas de cargas [Y que] si existe una afectación de estigmatización por discriminación generada directamente, se debe reconocer interés legítimo para impugnarla, sin esperar el acto de aplicación”.

En este sentido, la sentencia desarrolla un *test* para determinar el interés legítimo por discriminación incondicionada que parte del concepto que denomina “afectación por estigmatización”. Se define “estigmatización” como:

un daño jurídicamente relevante que es actual y real, producida por un mensaje del cual el quejoso es destinatario, quien lo puede combatir sobre la base de defender un interés garantizado por el derecho objetivo, como es el derecho a la no discriminación, contemplado en el artículo 1o. constitucional [De tal forma que la] comprobación del interés legítimo por esta especial afectación se demuestra, pues en caso de obtener el amparo, los quejosos obtendrían un beneficio jurídico consistente en la supresión del mensaje alegado de ser discriminatorio, mediante la declaratoria de inconstitucionalidad, la que haría cesar el mensaje que les genera perjuicio.

Y para determinarlo, propone primero analizar si se trata de una afectación real o de un interés simple. Es decir, que la “discriminación es impersonal y objetiva e implica un perjuicio social, directo, personal y casi individualizable”, y no una mera afectación ideológica o subjetiva. Luego hay que distinguir entre la afectación que genera un estigma por alegada discriminación de la discriminación misma. Es decir, determinar si “existe un mensaje perceptible objetivamente mediante el análisis cuidadoso del contexto de la norma general, consistente en una discriminación por la utilización de alguna de las categorías sospechosas del artículo 1o. constitucional, que identifica al quejoso como miembro de ese grupo”.

La Primera Sala, de esta manera, establece la comprobación de los siguientes requisitos para determinar si existe el interés legítimo para impugnar una norma por razón de una afectación por estigmatización:

a) Se combata una norma de la cual se extraiga un mensaje perceptible objetivamente —aunque no cabe exigir que sea explícito, sino que puede ser implícito— del que se alegue exista un juicio de valor negativo o estigmatizador, mediante la indicación de los elementos de contexto de los símbolos utilizados, la voluntad del legislador, la historia de discriminación, etcétera, que simplemente permitan afirmar al quejoso que dicho mensaje es extraíble de la norma. No será requisito exigir al quejoso acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma que regule el otorgamiento de beneficios o la imposición de cargas.

b) Se alegue que ese mensaje negativo utilice un criterio de clasificación sospechoso, en términos del artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso es destinatario por pertenecer al grupo identificado por alguno de esos elementos —origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas—.

c) Finalmente, se debe acreditar que el quejoso guarda una relación de proximidad física o geográfica con el ámbito espacial de validez de la norma, sobre el cual se espera la proyección del mensaje.

Este estándar sirve para determinar solamente si la quejosa tiene, o no, legitimación para acudir al juicio de garantías. Una vez verificado éste, el juzgador deberá proceder a analizar si la norma impugnada es discriminatoria o existe alguna justificación razonable y proporcional para su existencia dentro de una sociedad democrática (párrafo 107 de la sentencia).

Éste es un criterio de enorme relevancia, pues permite justificar el interés legítimo de minorías discriminadas por la sola existencia de determinadas normas (como en este caso son las de los códigos civiles o Constituciones locales que contienen disposiciones de matrimonio exclusivamente heterosexual) cuyos efectos van más allá de la famosa “fórmula Otero” o del principio de relatividad de las sentencias. A pesar de que el amparo se concede únicamente a las quejas, la norma impugnada se declara contraria a la Constitución, y la puerta de entrada al proceso se abre de par en par para las minorías homosexuales en el estado de Oaxaca ¡y en toda la República!

Efectivamente, por lo que hace al análisis de constitucionalidad de la norma impugnada (artículo 143 del Código Civil de Oaxaca), la sala advierte que en este caso ya no se trata del análisis de la negativa de la autoridad a permitir la celebración del matrimonio, sino la constitucionalidad del mensaje proyectado por la norma. Y retoma del proyecto original del amparo en revisión 581/2012 la aplicación del *test* de escrutinio estricto para concluir que efectivamente no es conforme con la Constitución excluir de la institución del matrimonio (y sus beneficios) a las parejas del mismo sexo.

Lo novedoso es, además, que se concluye que la interpretación conforme no es un medio idóneo para reparar el daño causado por la discriminación normativa. En este sentido, la sala concluye que la vía adecuada es la determinación de la inconstitucionalidad del artículo, pues si por la vía del análisis de la afectación por estigmatización se había concluido la discriminación normativa del artículo impugnado, lo lógico sería concluir con la invalidez de la norma, pues de otra forma, el mensaje que estigmatiza continuaría avalado por el Tribunal Constitucional.

En esta sentencia se hace referencia a criterios de la Corte Interamericana (se citan, por ejemplo, los casos *Gelman* y *Atala Riff*) en apoyo al bloque de constitucionalidad (o parámetro de regularidad), asimismo, la sentencia refiere diversos precedentes de instancias internacionales y extranjeras en donde se han tratado cuestiones de discriminación, y concretamente de discriminación por orientación sexual.

Finalmente, este precedente tan importante concluye explicando que:

El reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo. Y por lo tanto, “la obligación de reparar a los quejosos cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones —discriminación con base en categorías sospechosas— debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1o. constitucional. En ese sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido caracterizado por la Corte Interamericana como *jus cogens*, oponible *erga omnes*”. (Párrafos 211 y 212 de la sentencia)

A partir de este amparo, la sala inició una serie de fallos en donde la misma línea de argumentación (basada en el 581 y en el 152) fue reiterada. En el caso de los estados de Colima y Sinaloa (amparo en revisión 735/2014 y amparo en revisión 483/2014, básicamente), se impugnaron inclusive normas de las Constituciones locales, las cuales, también, bajo los mismos razonamientos, fueron declaradas contrarias a la Constitución.

Para junio de 2015 había ya cinco reiteraciones del siguiente criterio recogido en la tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.)

MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL.

Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio

a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

Este criterio ha sido la llave para el acceso al matrimonio igualitario en todo el país, sin embargo, como se adelantó al principio, las parejas del mismo sexo siguen teniendo límites a su libertad de contraer matrimonio, pues si bien la tesis de jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces, y está garantizado —por así decirlo— el amparo de la justicia para las parejas que deseen casarse, el hecho de tener que acudir ante un juez (con lo que implica en tiempo y dinero) hace que la orientación sexual de las personas implique el tener que soportar —o no— una carga extra.

El pasado 31 de marzo, la Primera Sala publicó un acuerdo²³ en donde da cuenta de la existencia de dos amparos en donde se declara la inconstitucionalidad de las normas de Sinaloa, y aunque la finalidad del acuerdo es determinar que aún no es posible la declaratoria general, sí da aviso al Congreso de esa entidad respecto de dichas resoluciones.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de que las reformas de 2011 abrieron las posibilidades del amparo con el fin de lograr que sea un mecanismo disponible para cualquiera con el propósito de defender sus derechos, algunos de sus componentes siguen siendo problemáticos.

²³ Acuerdo de fecha 31 de marzo de 2016, dentro de la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2016, respecto de los artículos 40 y 165 del Código Familiar relativo al estado de Sinaloa.

La concepción tradicional del juicio de amparo como uno que únicamente tiene efectos entre las partes involucradas (efectos relativos de la sentencia) es insuficiente para hacer valer los derechos y libertades en un Estado constitucional (esto es un Estado cuyo orden está basado en una Constitución suprema garantizada por la jurisdicción constitucional). Además, en un Estado federal no es suficiente la declaratoria general de inconstitucionalidad, pues aunque el poder revisor de la Constitución previó esta insuficiencia para el llamado amparo contra leyes, la realidad es que en un país en donde existen 32 códigos civiles se torna verdaderamente surrealista la necesidad de impugnar cinco veces cada código para lograr la declaratoria en cada entidad, aún y cuando, como es el caso, la Corte ya se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma (no de la cláusula).

Es hora de que los legisladores revisen estas insuficiencias de nuestro juicio de amparo, entre otras, que hacen imposible la garantía de los derechos de todos, en especial, de los grupos históricamente discriminados; como la comunidad LGBT (lésbico, gay, bisexual y trans).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Max Plank Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional en derechos humanos, un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007.

HESSE, Konrad, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., C. F. Müller, 1999.

MEDINA MORA, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, *El parámetro de control de la regularidad constitucional en México. Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.

SILVA MEZA, Juan y VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011.

ZALDÍVAR, Arturo, “Comentario al artículo 103 constitucional”, en Congreso de la Unión *et al.* (eds.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Porrúa-Congreso de la Unión-Suprema Corte de Justicia, 2012.

MATRIMONIO IGUALITARIO. LA VISIÓN DESDE EL LITIGIO

Alex Alí MÉNDEZ DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *La acción de inconstitucionalidad, un análisis para el litigio.* IV. *La primera ofensiva.* V. *Una batalla colectiva.* VI. *La batalla nacional y la jurisprudencia.* VII. *Conclusión. Democracia sin congresos.* VIII. *Fuentes.*

I. INTRODUCCIÓN

Ser homosexual, bisexual, lesbiana, transexual, travesti, transgénero o intersexual en cualquier parte del mundo, en algunos lugares más que en otros, es un acto de resistencia latente las veinticuatro horas.

México no escapa a este clima de discriminación que incluso es fomentado o permitido desde las propias instituciones del Estado. A ello debe agregarse una gran parte del sector religioso y un grupo de población que cree firmemente que todo aquello que escapa de los estándares heterosexuales es una desviación que no debe ser permitida. Este pensamiento es el que está detrás del concepto de matrimonio que lo define como la unión de un solo hombre y una sola mujer.

En este país, para las generaciones de los ochenta y buena parte de los noventa, su infancia y adolescencia transcurrió sin la posibilidad de integrar al matrimonio como parte de su plan de vida.

Esto no quiere decir que el matrimonio necesariamente debe ser parte de los proyectos de vida de todas las personas, pero sólo a quienes se les niega un derecho saben lo que significa crecer sin siquiera vislumbrarlo como

* Coordinador nacional de Matrimonio Igualitario México y coordinador de Litigio y Documentación de Casos en el Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C.

posible; o lo que es peor, vivir en un entorno que lo considera una aspiración reprobable.

Para algunas personas, el acceso al matrimonio es irrelevante, constantemente surgen voces que sostienen que hay otras cosas más importantes por las qué preocuparse. Para otras, esta definición es la base de todo un sistema ideológico que, sin más fundamento que algunas creencias morales y/o religiosas, busca excluir a un sector de la población del ejercicio de sus derechos.

No debe olvidarse que las pugnas por el reconocimiento de derechos han estado presentes desde siempre; detrás de cada avance hay un conflicto, una lucha que lo hizo posible.

No se desconoce que el acceso al matrimonio es sólo uno de los tantos temas pendientes en la agenda; sin embargo, es uno de los más difíciles, y por ello la batalla ganada es histórica.

Este trabajo expone el camino recorrido en los tribunales, tocando la puerta una y otra vez, en la búsqueda del reconocimiento de la igualdad. Reiterando en cada juicio que la orientación sexual y la identidad de género no pueden ser motivo de discriminación.

Se busca dejar una constancia breve de lo que ha sido la lucha por el matrimonio igualitario desde los tribunales. En las siguientes líneas se describe cómo el matrimonio igualitario como derecho se arrancó a congresos y gobernadores que, apoyados por esos sectores antiderechos, pretendieron frenar el avance.

En cierto modo este es un resumen de *la otra historia*, la que no vino del centro ni como producto de una concesión del sistema de partidos. Es una batalla librada y ganada por las propias personas.

Los subtemas sólo tienen en común la materia: *matrimonio igualitario*. En cada uno se desarrollan aspectos diferentes. Se intentó desarrollarlos cronológicamente, pero debido a la propia dinámica de los acontecimientos fue inevitable interrumpir la secuencia.

Un estudio detallado requeriría mucho más espacio, por ello sólo se tocan los puntos cuya difusión se consideró más importante. La información de cada juicio se incluyó en los pies de página, para que quien desee profundizar pueda remitirse a los documentos completos.

Por supuesto, el tema puede discutirse desde muchos puntos de vista, aquí sólo se describe la visión desde el litigio. Un litigio desde la ciudadanía que, sin otra herramienta que el lenguaje de los derechos y la vocación por la defensa de las libertades, emprendió una cruzada, ahora nacional, por el reconocimiento del matrimonio igualitario.

II. ANTECEDENTES

En 2006, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de Sociedades de Convivencia mediante la cual, entre otras, cosas, reconoció ciertos derechos a las parejas del mismo sexo que decidieran unirse bajo esa figura.¹

Aunque la sociedad de convivencia no es equiparable al matrimonio fue la primera vez que las parejas homosexuales, existentes desde siempre, aparecían en el escenario de los derechos.

En 2009, el órgano legislativo de la capital del país recibió una iniciativa para reformar el artículo 146 del Código Civil que definía al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. La propuesta era definir al matrimonio ya no como la unión de un hombre y una mujer, sino como la *unión de dos personas*. La propuesta buscaba que las parejas del mismo sexo pudieran acceder a la protección estatal a través de esa figura.

El proyecto fue aprobado² el 21 de diciembre de 2009. Desde entonces el Código Civil del Distrito Federal define al matrimonio como “la unión libre de *dos personas* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.³

La reforma puso fin a por lo menos dos siglos (1821-2009) de uniformidad legislativa y jurídica en relación a las concepciones tradicionales de *matrimonio y familia*. Por primera vez en México,⁴ al menos en una entidad federativa, las parejas del mismo sexo entraron expresamente al radio de protección estatal al abrirse las puertas para que pudieran contraer matrimonio.⁵

¹ Véase Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal; disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-02805b82d3da126e628cf88bda12247e.pdf>.

² Para seguimiento del debate acerca de la iniciativa, véase Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, Dictamen que emiten las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Derechos Humanos y Equidad de Género por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado el 11 de octubre de 2010; disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-32f3f12321e15c49b0c9f286cef68e0b.pdf>.

³ “Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

⁴ Para un recuento de lo acontecido en el ámbito internacional hasta agosto de 2010, véase el voto particular del ministro Sergio A. Valls Hernández, acción de inconstitucionalidad 2/2010; disponible en <http://www2.sjrn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115026>.

⁵ Si bien algunas entidades de la república mantienen marcos normativos vigentes en materia de matrimonio, que no aluden expresamente a una definición de matrimonio en términos heterosexuales, y que en estricto sentido no limitan el acceso a esa institución para

Para quienes dicen defender una visión *tradicional* de estos conceptos, el cambio fue un golpe mucho más duro de lo que había significado en 2006 la aprobación de la Ley de Sociedades de Convivencia. En esta nueva batalla no pudieron mantener a salvo el concepto de *matrimonio*, y por ende el de *familia*.

La Procuraduría General de la República reaccionó a esta reforma promoviendo una acción de inconstitucionalidad. El objetivo era que por lo menos ocho de los once ministros que integran el pleno de la Corte votaran a favor de declarar inconstitucionales las reformas realizadas al Código Civil del Distrito Federal, en especial la modificación a la definición de *matrimonio*. Esto significaría restituir la vigencia a la redacción anterior de la norma que lo concebía como la unión de un hombre y una mujer.

La demanda fue presentada el 27 de enero de 2010, se registró con el expediente de acción de inconstitucionalidad 2/2010. Esta estrategia buscaba recuperar en la arena jurídica el terreno perdido en el debate político; con esto se inició un nuevo capítulo en la historia por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México.

Lo que los grupos opositores no previeron es que de esta estrategia, iniciada por ellos mismos, se obtendrían los argumentos que les harían perder la batalla a escala nacional.

III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, UN ANÁLISIS PARA EL LITIGIO

La acción de inconstitucionalidad es un medio de control constitucional. A través de ella, algún órgano legitimado por la propia ley⁶ eleva una solicitud a la Suprema Corte para que haga un análisis abstracto a fin de determinar si una norma recientemente aprobada viola el marco constitucional.⁷

Desde esta perspectiva, la demanda necesariamente se encamina a demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugna.

Al estudiar bajo esta óptica las modificaciones al Código Civil del Distrito Federal, la Suprema Corte dio respuesta a un planteamiento específí-

las parejas de personas del mismo sexo, en los hechos la inercia jurídica, social, política y religiosa hacen que la interpretación administrativa de esas normas reserve la figura del matrimonio a la unión de un solo hombre y una sola mujer.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 105, fracción 2.

⁷ Véase Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional, Tesis P./J. 71/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, p. 965.

co: ¿se violó la Constitución federal con la modificación a la definición de matrimonio para hacerlo accesible a parejas de personas del mismo sexo?, la respuesta fue un no. El pleno resolvió por mayoría de 9 votos declarar infundados los argumentos planteados por la Procuraduría.⁸ Esto se tradujo en una declaración de validez de la definición de matrimonio como la unión de dos personas.

Con la sentencia de la Corte la reforma quedó firme. El resultado práctico fue la posibilidad de que las parejas del mismo sexo continuaran uniéndose en matrimonio en el Distrito Federal.

Para un mejor entendimiento de lo sucedido a raíz de esta sentencia, es preciso exponer algunas particularidades del proceso constitucional que le dio origen.

Atendiendo a la dinámica propia de una acción de inconstitucionalidad en la que se argumenta que una norma es contraria al marco constitucional, los conceptos de invalidez expresados en la demanda marcan la pauta para el desarrollo argumentativo de la sentencia.

Esto significa que, en el caso de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, los razonamientos que sustentan la resolución se formularon con una finalidad específica: demostrar lo equívoco de los planteamientos hechos en contra de la reforma al Código Civil del Distrito Federal.

El esfuerzo de la Corte se dirigió a sostener que el artículo 4o. constitucional⁹ no se refiere a un modelo ideal de familia, y que por lo tanto no puede utilizarse esa interpretación como excusa para invalidar una modificación a la definición de matrimonio.

En otras palabras, el objetivo principal no era sustentar que las parejas de personas del mismo sexo conforman una familia, y que por ello debe brindárseles protección. Ésta fue una conclusión accesoria, una vez que la Corte determinó que las parejas homosexuales y las heterosexuales se encuentran en igualdad de condiciones para formar una familia.

En el fondo, la argumentación de la sentencia fue en sentido negativo al sostener que no hubo vulneración a la Constitución, ya que ésta no define al matrimonio como una institución heterosexual, y que en consecuencia la Asamblea Legislativa (como el resto de los órganos legislativos locales) posee libertad de configuración normativa para legislar al respecto.

La alusión al derecho a la no discriminación en el acceso al matrimonio para las parejas homosexuales se abordó de manera accesoria en respuesta

⁸ Véase acción de inconstitucionalidad 2/2010, *op. cit.*

⁹ “Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

al argumento de que las uniones entre personas del mismo sexo deberían regularse por una institución distinta.

Visto desde una perspectiva nacional, la aportación más trascendente de la sentencia no fue la declaración de validez de las reformas al Código Civil del Distrito Federal. El impacto de mayor alcance fue la interpretación del término *familia* contenido en el artículo 4o. de la Constitución federal, que de forma expresa incluye a las familias homoparentales en el radio de protección estatal:

312. [...] la dinámica social nos demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia —nuclear, monoparental, extensa e, incluso, *homoparental*—, así como que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal, de ninguna manera, que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales. Así, la labor del legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia, sin excepción alguna.¹⁰

Esta interpretación a favor del reconocimiento de las familias homoparentales tuvo como consecuencia la ruptura de la coherencia del sistema jurídico en torno a la definición de matrimonio y familia.

Por un lado, se estableció la existencia de un mandato constitucional de protección a la familia homoparental, mientras que por el otro el marco legislativo federal, así como el de los ordenamientos locales, salvo el Distrito Federal en ese momento, continuaron en la tradición heteronormativa que históricamente ha ignorado a las familias formadas a partir de la unión de dos personas del mismo sexo.

Como consecuencia de esto, las legislaciones locales quedaron desactualizadas. La decisión de la Corte las envió, de un momento a otro, al umbral de la inconstitucionalidad. Si la aprobación de la reforma fue la gran victoria política, esta sentencia fue la conquista de lo jurídico.

Bajo el nuevo marco de protección a *las familias* sería posible afirmar una violación a la Constitución en todo marco normativo que mantuviera como único presupuesto de protección a la familia en un esquema *ideal* como el propuesto por el procurador: un papá, una mamá y su descendencia en común.

Esta transformación en el esquema de protección constitucional, sin duda, tendría efectos en la definición de matrimonio que sostiene este paradigma: la unión de un hombre y una mujer.

¹⁰ Acción de inconstitucionalidad 2/2010..., *cit.*, párrafo 312.

Sin embargo, para sacar a la luz lo que la Corte había sustentado de forma indirecta era necesario que el derecho volviera a ser dicho, pero esta vez no con una argumentación en sentido negativo, como lo hizo en la acción de inconstitucionalidad, sino en sentido positivo, afirmando que una definición que excluye a las parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio es violatoria de derechos humanos.

Con este planteamiento nace la hipótesis que daría pie al litigio impulsado desde la sociedad civil: *La definición de matrimonio que, expresa o tácitamente, lo considera únicamente como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional al traducirse en una prohibición implícita para su celebración por parejas del mismo sexo. Esta transgresión se actualiza en un doble sentido: por incumplir el mandato de protección a todos los tipos de familia y por constituir en sí mismo un acto de discriminación basado en la orientación sexual.*

Así, mientras en la acción de inconstitucionalidad la pregunta a responder fue: ¿se viola el marco constitucional cuando alguna entidad federativa modifica la definición de matrimonio para extender la protección estatal a las familias homoparentales?, con la nueva hipótesis se plantearon otras interrogantes: Si el artículo 4o. de la Constitución federal contiene un mandato de protección que incluye a las familias homoparentales ¿qué sucede con los ordenamientos (locales y el federal) en donde esa protección no está garantizada?, ¿se viola el marco constitucional cuando las entidades federativas excluyen del acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo?

La formulación de estas preguntas fue el primer paso para integrar una estrategia de litigio, ya no desde el enfrentamiento de poderes públicos como sucedió con la acción de inconstitucionalidad, sino desde la propia ciudadanía encarando al Poder Legislativo, cuestionando la razonabilidad de la ley.

IV. LA PRIMERA OFENSIVA

1. *Planteamiento del problema*

Una vez que se identificó el problema de constitucionalidad sobre la falta de protección jurídica a las familias homoparentales, quedaba pendiente el reto de encontrar la forma más adecuada para plantearlo a través del litigio. Entre más sólidos fueran los argumentos se incrementaría la probabilidad de obtener un resultado favorable.

Después de analizar varias veces la sentencia de la acción de inconstitucionalidad, se concluyó que en su contenido no se afirma abiertamente la

existencia del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, o del derecho de una persona a casarse con alguien de su mismo sexo. Incluso, la resolución contiene una deferencia hacia el legislador: la libertad de configuración normativa.¹¹

Como se explicó, la Corte había avalado la reforma al Código Civil del Distrito Federal bajo la premisa de que si la Constitución federal no contenía una definición de matrimonio en términos heterosexuales, la Asamblea Legislativa era libre de modificar su Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que con esa reforma se buscaba cumplir con un mandato constitucional.

En este sentido, la sentencia no necesariamente contiene un lenguaje de derechos, sino de facultades y distribución de competencias.

No obstante estas complejidades, la sentencia sí señaló expresamente la existencia de un mandato constitucional ineludible: la protección a todas las formas de familia, incluyendo la homoparental.

Por otro lado, invocar los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sí establecen el derecho *del hombre y la mujer a contraer matrimonio*,¹² era apostar a que en un tema tan complejo los imparciones de justicia dieran aplicación directa al marco internacional. Se pensó que un ejercicio como ése, en las condiciones de los avances jurisprudenciales en la materia hasta ese momento, podría generar mayor resistencia a la recepción de los argumentos de la demanda.

Por todo ello se decidió acudir a la justicia constitucional con razonamientos desarrollados por la propia Suprema Corte. Si ya había dicho que existe una obligación de protección a las familias, incluyendo la homoparental, el paso más sencillo era demostrar que el Estado no la estaba cumpliendo.

Derivado de esta evaluación, el problema de constitucionalidad se planteó en el litigio como una omisión legislativa entendida como el incumplimiento al mandato de protección a las familias homoparentales. La obligación impuesta por el artículo 4o. es legislar para proteger el desarrollo y organización de la familia.

Se dejó como tema secundario el análisis sobre la forma en que el Estado debía cumplir; si la protección debía otorgarse a través del matrimonio

¹¹ *Ibidem*, párrafo 237.

¹² “Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

o por medio de una figura alternativa, y si tal distinción pudiera resultar discriminatoria.

En ese sentido, una vez que la Corte reconoció expresamente la existencia de familias homoparentales y las incluyó en el marco de protección estatal, la negación de acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo se traduce en la privación del acceso a una garantía para el ejercicio efectivo de un derecho.

2. *Provocar el acto de autoridad*

Quedaba pendiente el tema procesal, ¿qué mecanismo utilizar? Se decidió promover juicios de amparo. Para el éxito de la estrategia se necesitaba provocar un acto de autoridad que permitiera evidenciar el incumplimiento del Estado en la protección jurídica de las familias homoparentales.

Por diversos factores, entre ellos el trabajo previo, la estrategia se inició en el Estado de Oaxaca. El primer paso consistió en presentar tres solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo ante diversas oficialías del Registro Civil.¹³

En el documento dirigido a la autoridad administrativa se expuso claramente que la intención de las parejas era “contraer matrimonio civil como el único medio con que actualmente en el Estado de Oaxaca [se puede] obtener la protección jurídica por parte del Estado para la[s] familia[s] homoparental[es]”.

La propuesta fue que si el matrimonio era la figura creada por el Estado para proteger a las familias, no se podía excluir de ella a las parejas del mismo sexo. Más que plantear la violación al derecho de una persona a casarse con alguien de su mismo sexo se dijo que el matrimonio es una de las garantías para acceder a la protección de la familia, y que si no había otra y no se podría obligar al Congreso a legislar, la única salida viable era abrir las puertas al matrimonio igualitario por vía judicial.

Las tres solicitudes fueron negadas con fundamento en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que en su primer párrafo señala que “el matrimonio es un contrato civil celebrado entre *un solo hombre y una sola mujer*, que se unen *para perpetuar la especie* y proporcionarse ayuda mutua en la vida”.

¹³ Las solicitudes se presentaron en las siguientes oficialías del Registro Civil del Estado de Oaxaca: Primera Oficialía del Centro, Oficialía del Valle de Etla y Oficialía de Ocotlán de Morelos.

Estas respuestas fueron el punto de partida que se necesitaba para cuestionar la constitucionalidad de la definición de matrimonio que excluye a las parejas del mismo sexo.

3. *Las demandas*

Los amparos se plantearon bajo dos argumentos concretos sobre la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca: 1) Representa un incumplimiento del mandato de protección a la familia y 2) La norma es discriminatoria. Como principales autoridades demandadas se señalaron al Congreso y gobernador del Estado por su intervención en el proceso legislativo, y a las oficialías del Registro Civil como autoridades ejecutoras.

Las demandas fueron turnadas a distintos juzgados de distrito.¹⁴ Esto significó que los juicios se estudiarían por jueces distintos, lo cual era una ventaja al tramitarse de forma simultánea y no haber precedentes en la Corte.

Los informes justificados rendidos por las autoridades responsables permiten dar cuenta de la discriminación que se proyecta desde las instituciones así como de una falta de comprensión de que el respeto a los derechos humanos no siempre va de la mano con la voluntad de la *mayoría* en el seno de los órganos legislativos.

Por ejemplo, el Congreso del Estado de Oaxaca expuso que:

la facultad de legislar en materia del estado civil... es una facultad reservada al Poder Legislativo local¹⁵ y que dicha entidad ‘constitucionalmente goza de plena autonomía para legislar todos los actos del estado civil de sus ciudadanos con independencia de que en lo propio legislen los demás estados que integran la Federación.’¹⁶

¹⁴ El juicio contra la Primera Oficialía del Centro se turnó al Juzgado Segundo de Distrito bajo el expediente de amparo indirecto 1143/2011. El correspondiente a la Oficialía de Etila se envió al Juzgado Cuarto de Distrito con el número de expediente 1072/2011, y el que se inició contra la Oficialía de Ocotlán se turnó al Juzgado Primero de Distrito que le asignó el número de expediente 24/2012. Los tres juzgados federales corresponden al Décimo Tercer Circuito.

¹⁵ Amparo indirecto 1072/2011, Juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Tercer Circuito, Informe justificado rendido por el presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

¹⁶ *Idem.*

Además defendió una concepción de la democracia meramente formal al sostener que “las leyes que expiden las legislaturas de los estados es una manifestación de la voluntad de su pueblo, pues éste ejerce la soberanía que le corresponde en este caso, a través del Poder Legislativo local, acorde con el principio de división de poderes que establece el pacto federal”.¹⁷

Hasta ese momento, el gobernador y las autoridades del Registro Civil mantuvieron un discurso basado únicamente en cuestiones de legalidad. El primero sostuvo en su informe que, como titular del Ejecutivo, le correspondía promulgar y ordenar la publicación de las normas aprobadas por el Congreso. Las oficialías del Registro Civil argumentaron que, como autoridades administrativas, están constreñidas a actuar en el marco que la ley señala.

4. *Las sentencias*

De los tres juicios, en dos de ellos¹⁸ los jueces resolvieron sobreseer el juicio, argumentando la imposibilidad de que la omisión legislativa denunciada en la demanda de amparo pudiera repararse a través del juicio de amparo. De acuerdo con sus criterios, la solución requeriría un mandato al Congreso para modificar la norma, lo cual contravendría el principio de relatividad de las sentencias que rige a este medio de control constitucional.

En el juicio restante, el juez segundo de Distrito,¹⁹ aunque negó la existencia de una omisión legislativa en los términos planteados en la demanda, determinó que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca es discriminatorio. Este pronunciamiento fue inaudito, por primera vez en México se declaraba la inconstitucionalidad de la definición *tradicional* de matrimonio. Así, la resolución expone:

la norma reclamada infringe los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que pugna por la eliminación de la discriminación no sólo de preferencias sexuales sino de sexo y género, pues debe preverse que al encontrarse en situaciones de igualdad, ambas personas deberán ser tratados de igual manera, lo que redunda en la seguridad de no privarlos de un beneficio o bien soportar un perjuicio desigual e injus-

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Las resoluciones de sobreseimiento se dictaron en los amparos indirectos 1072/2011 y 24/2012, radicados en los juzgados Segundo y Primero de Distrito, respectivamente.

¹⁹ Amparo indirecto 1143/2011, Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Tercer Circuito.

tificado, como en el caso, resulta la imposición de contraer matrimonio sólo entre un hombre y mujer.

En consecuencia, al quedar comprobado que el acto reclamado trastoca las garantías de igualdad y no discriminación previstas en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo procedente es conceder a las quejas... el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados, para el efecto de que el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, no se le aplique, en el presente ni en el futuro.²⁰

Así, de los tres juicios se obtuvieron sentencias contradictorias. Ante un mismo problema, dos jueces dictaron el sobreseimiento del juicio, mientras que un tercero otorgó el amparo a una de las parejas.

5. *Los recursos de revisión*

Las resoluciones de sobreseimiento fueron combatidas por las parejas. La sentencia que concedió la protección constitucional a una de las parejas fue recurrida por el Congreso, el gobernador y la oficial del Registro Civil. Al estudiar los argumentos planteados por las autoridades, quedó al descubridor su poco conocimiento del marco de derechos humanos.

El consejero jurídico del Gobierno del Estado interpuso el recurso en representación del gobernador. Al hacerlo mostró que ignoraba lo que la Corte había expuesto en la acción de inconstitucionalidad 2/210. Al igual que el procurador general de la República, insistió en que la Constitución federal define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Además argumentó:

el matrimonio en el derecho mexicano no sólo se reduce a la convencionalidad de voluntades, sino que por su formación histórica, natural, social, cultural y axiológica, es una institución jurídica, es decir, se constituye a partir de elementos específicos y vincula con su creación diversas figuras jurídicas por su propia naturaleza y por ser una estructura orgánica que persigue una misma finalidad; que si bien es cierto los actos jurídicos tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios, también es cierto que forman parte del todo orgánico jurídico teleológico, que lo constituye y reconoce el sistema jurídico mexicano por vía del matrimonio. De ahí que por su naturaleza teleológica, *la idea de matrimonio parte de la unión de dos personas de sexo diferente*, cuya unión ha sido consagrada por la ley (Baudry-Lacantinerie); idea conceptual congruente con la expuesta por Ahrens que sostiene, *el matrimonio es esa unión*

²⁰ *Ibidem*, Sentencia, versión pública, pp. 32 y 33.

formada entre dos personas de diferente sexo con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relacionadas con su consecuencia. De donde observamos nuevamente esa teleología a partir de sus aptitudes físicas connaturales y que el derecho reconoce y protege en el seno de una comunidad organizada en sociedad y estado, y que es evidente forma parte de su cohesión y finalidad inmediata y última.²¹

El Congreso, congruente con lo que había expuesto en su informe justificado, consideró que el juez de Distrito había invadido el ámbito de competencias de la legislatura local:

el Resolutor Natural en el caso concreto materialmente está dejando sin efecto la norma impugnada y está induciendo a la responsable ejecutora a emitir un acto infundado, pues no hay disposición que prevea el contrato de matrimonio en el sentido que los amparistas solicita se les celebre, esto es, el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo tanto, se advierte que el *A quo* se excedió en su facultad jurisdiccional y sutilmente aterrizó en una función legislativa [sic] como lo es sin reconocerlo establecer el matrimonio entre personas del mismo sexo, de tal suerte que el fallo protector no se puede ejecutar pues no se puede obligar a la responsable Primera Oficialía del Registro Civil del Estado a celebrar el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo basado en una disposición que no existe o más bien ordenar la realización de un acto no regulado, y por el contrario, tendría que obligar al Congreso a aprobar una norma en ese sentido, cuyos efectos serían generales y son contrarios al fin del amparo, toda vez que la creación de una ley que es una norma de carácter general, abstracta y permanente, vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada.²²

La Oficialía del Registro Civil que le negó el matrimonio a la pareja a la que el juez le concedió el amparo, sustentó su recurso de revisión en lo que consideró el deber ser de acuerdo a la *naturaleza humana*. Al referirse al alcance del derecho a la igualdad, la oficial del Registro Civil sostiene:

Por cuanto hace a la idea de igualdad por principio de dignidad de las personas, si bien es cierto este criterio axiológico puede manifestarse en el trato que

²¹ Amparo en revisión 186/2012, Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito. Escrito de agravios presentado por el representante del gobernador del Estado.

²² *Ibidem*, escrito de agravios presentado por el presidente de la Junta de Coordinación Política del Congreso del Estado.

merecen las personas para evitar discriminación alguna, más aún como el caso se plantea, por preferencia sexual alguna; no cabe duda que se procura una igualdad frente al Estado en donde éste le garantiza su actuación dentro del marco de la ley sin menoscabo de su esfera jurídica frente a los demás sujetos de derecho que ejercitan por igual sus derechos reconocidos.

Sin embargo, no debe olvidar que la igualdad que reconoce la ley es por atender a dos aspectos fundamentales inherentes al ser humano:

a) A su aptitud natural: que debe interpretarse como las potencialidades que lo caracterizan, como respirar, hablar, caminar; como también reproducirse, fecundar o ser fecundado; y,

b) A su dignidad inherente por su propia naturaleza, que debe entenderse como esa virtud intangible propia de su razón de ser, por su origen y razón trascendente, que es la que el estado atiende y despliega en principio reconocidos por el cuerpo normativo, y que no sólo tutela, sino que procura su realización y ejercicio en el ámbito de la vida individual y social.

Por ello, y abundando más al respecto, no podemos entender al hombre en su integridad axiológica, si no es a partir de su esencia misma, que es lo que por ende lo hace único e igual ante sus semejantes, su capacidad de comprender y trascender, por ello el estado lo reconoce como tal, de donde no puede alegarse discriminación donde no se ha acreditado lesión, sino por el contrario, ha sido respetado ese valor en su propia garantía por cuanto a su dignidad hace, con independencia de diverso acto o institución jurídica.

De lo anterior, consideramos que no existe discriminación alguna, pues esas características inherentes a la naturaleza de los quejosos, ha sido plenamente respetado por la autoridad responsable, ya que su actuación en el marco normativo es el propio de su calidad humana, es decir su dignidad que le merece respeto, trato igual y conforme a derecho.²³

Con estos elementos se dio trámite al recurso de revisión.²⁴ En las resoluciones de sobreseimiento, las parejas pidieron la revocación y que en su lugar se les otorgara la protección constitucional. En la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, las autoridades responsables solicitaron la revocación.

²³ *Ibidem*, escrito de agravios presentado por la titular de la Primera Oficialía del Centro del Registro Civil del Estado de Oaxaca.

²⁴ Del amparo indirecto 1072/2011 derivó el amparo en revisión 84/2012. Del amparo indirecto 1143/2011 se integró el amparo en revisión 186/2012. Del amparo indirecto 24/2012 se formó el amparo en revisión 221/2012. Todos ellos radicados en el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito.

Al tratarse de casos en los que no había precedente, se solicitó que la Primera Sala de la Suprema Corte ejerciera su facultad de atracción para resolver en definitiva los tres asuntos.²⁵ La respuesta fue favorable.²⁶

6. *La decisión de la Corte*

La Primera Sala resolvió los tres asuntos en la sesión pública del 5 de diciembre de 2012. Con ello dio respuesta a las interrogantes que habían quedado pendientes con la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Sobre el incumplimiento de mandato de protección a la familia, la sala negó la existencia de una omisión legislativa, en su lugar sostuvo que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca excluía implícitamente del acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo.

En relación a la discriminación planteada, se pronunció de manera favorable al sostener que:

los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de éstos de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.²⁷

²⁵ Al amparo en revisión 84/2012 correspondió la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 125/2012. Del amparo en revisión 186/2012 se trató la solicitud de ejercicio de la facultad de 202/2012. Al amparo en revisión 221/2012 le asignaron la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 201/2012. Todas las solicitudes se radicaron en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁶ De la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 125/2012 derivó el amparo en revisión 457/2012, turnado a la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz. De la solicitud 202/2012 se integró el amparo en revisión 581/2012, turnado a la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. De la solicitud 201/2012 se formó el amparo en revisión 567/2012, turnado a la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Todos los amparos en revisión se radicaron en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁷ Amparo en revisión 581/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Sentencia, versión pública, pp. 48 y 49; disponible en <http://www2.scnj.gob.mx/juridica/engrosos/cerrados/Publico/12005810.002-1310.doc>.

De esta manera, la Corte revocó las resoluciones que sobreescían el juicio de amparo, y en su lugar concedió el amparo a las parejas. En el caso de la sentencia que había sido favorable, la decisión fue la confirmación de la decisión del juez de Distrito.

Al pronunciarse sobre los efectos de la sentencia, la sala resolvió otorgar el amparo

contra los actos del Congreso del Estado de Oaxaca y del Gobernador Constitucional del Estado de Oaxaca, en contra del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, del que se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y se orden[ó] realizar la interpretación conforme de la expresión “un solo hombre y una sola mujer”.²⁸

Estos pronunciamientos son históricos, por primera vez en México tres parejas de personas del mismo sexo podrían unirse en matrimonio sin la necesidad de reformar la legislación.

Las sentencias dejan claro que la legitimidad *democrática* de un Congreso no es suficiente para justificar la restricción injustificada de derechos, tomando como base la orientación sexual de las personas.

Ahora bien, aunque el amparo fue concedido, los efectos fueron limitados. La *interpretación conforme* ordenada en las sentencias significaba condenar a la tramitación de un juicio a todas a las parejas de personas del mismo sexo que quisieran contraer matrimonio.

La interpretación conforme cerraba la puerta para que al promoverse nuevos juicios se pudiera integrar una declaratoria general de inconstitucionalidad contra la porción normativa que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer.

Esto es así, porque para el trámite de la declaratoria se requieren precedentes que declaren la inconstitucionalidad de una norma. En el caso del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, esta declaración sólo se hizo respecto de la finalidad reproductiva del matrimonio. El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea hizo esta observación a través de un voto concurrente.²⁹

La modificación de este precedente requeriría de un nuevo caso. Ese juicio ya se había iniciado desde mayo de 2012 por un grupo de homosexuales y lesbianas.

²⁸ *Ibidem*, p. 54.

²⁹ Véase amparo en revisión 581/2012..., *cit.*; voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/Engroses/Cerrados/VotoPar/12005810.002-2749.doc>.

V. UNA BATALLA COLECTIVA

Con la sentencia que otorgó el amparo a una de las parejas,³⁰ surgió un nuevo planteamiento: la exclusión del acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo ¿afecta sólo a quienes se les rechaza la solicitud o su sola existencia produce una afectación que se proyecta sobre todas las personas homosexuales?

Al analizar la decisión del juez de Distrito, se concluyó que si la norma era discriminatoria la afectación no era exclusiva de aquellas parejas que deseaban casarse, y no podían debido a los términos en que está redactada la definición de matrimonio en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. Se sostuvo que la norma era discriminatoria en sí misma por contener *a priori* una restricción de derechos con base en la orientación sexual de las personas.

Este reclamo se hizo a través de una nueva demanda de amparo.³¹ En esta ocasión no se impugnó un acto del registro civil que negaba el matrimonio, se impugnó directamente la discriminación contenida en la definición de matrimonio del Código Civil del Estado. Las personas firmantes no eran parejas, sino personas en lo individual que se identificaron a sí mismas como homosexuales y decidieron tramitar un juicio en conjunto.

La procedencia del juicio se justificó en la figura del interés legítimo que no requiere necesariamente un acto concreto de aplicación para actualizarse. También se argumentó que el amparo podía promoverse en cualquier tiempo, porque los efectos de la discriminación se actualizan día a día, aunque el artículo 143 se había aprobado en 1943.

El asunto fue resuelto por un juez de Distrito distinto de aquellos que habían resuelto los amparos de las anteriores, hizo caso omiso del interés legítimo y resolvió sobreseer el juicio ante la inexistencia de un acto de aplicación de la norma impugnada.

Contra esta decisión se interpuso un recurso de revisión que también derivó en otra solicitud de ejercicio de la facultad de atracción por parte de la Suprema Corte.³²

La sentencia definitiva de este juicio se emitió el 23 de abril de 2014, casi un año y medio después de las decisiones que otorgaron el amparo a las parejas a quienes se les había negado el matrimonio.

³⁰ Amparo indirecto 1143/2011..., *cit.*

³¹ Amparo indirecto 738/2012, Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Tercer Circuito.

³² Solicitud de ejercicio de facultad de atracción 387/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

Esta nueva resolución desarrolló el concepto de interés legítimo aplicado a los juicios de amparo, y reconoce que en el artículo impugnado subyace una afectación hacia la población homosexual. Esta conclusión se apoya en un análisis novedoso de la forma en que el derecho expresado como lenguaje con su sola vigencia puede transmitir o proyectar la discriminación. La Primera Sala sostuvo que:

82. [...] los significados son transmitidos en las acciones llevadas por las personas, al ser producto de una voluntad, de lo que no se exceptúa el Estado, como persona artificial representada en el ordenamiento jurídico. En ese entendido, las leyes —acciones por parte del Estado— no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general. Así, es posible suponer que, en ciertos supuestos, el Estado toma posición sobre determinados temas; el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo.

[...]

85. En este sentido, es posible afirmar que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también una valorativa. Esta última es el producto de ciertas tesis sobre las que concurren las mayorías legislativas y muchas veces el valor constitucional de una norma es la preservación del mensaje que transmite. Dicho mensaje puede servir de base para la elaboración de otros productos normativos por parte de los operadores jurídicos, pues —como se dijo— las leyes sancionan significados y los promueven mediante la regulación de la conducta humana.

86. Por tanto, las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que se encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones. La implicación de esta premisa es que cuando una ley cambia, también se sucede un cambio de significados o de juicios de valor por parte del Estado promovidos a través del derecho.³³

³³ Amparo en revisión 152/2013, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto el 23 de abril de 2014, Sentencia, versión pública, párrafos 82, 85 y 86; disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/13001520.002-2215.doc>.

La sentencia trae al análisis jurídico un tema que desde hace tiempo se ha expuesto en el discurso sobre el género y su construcción a través de los estereotipos.

La Corte se pronuncia sobre este debate, reconociendo que el derecho, al utilizar el lenguaje como su forma de expresión, no puede quedar exento de la posibilidad de ser un instrumento de opresión y fomento de los estereotipos:

89. Esta Primera Sala considera que cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.

90. Es importante recordar que la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño de estigmatización por discriminación. Lo anterior significa que una ley que en principio pudiera parecer neutra, podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia.

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

93. [...] Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, independientemente de su parte dispositiva, se observa con el contenido de la tesis transcrita, la cual se convierte en un transmisor complaciente de dicho mensaje.³⁴

Con base en este análisis, la sala reconoce que el artículo 143 contiene un mensaje de estigmatización que se proyecta sobre la población homosexual de Oaxaca. En consecuencia, reconoció la legitimación de la parte quejosa para acudir a juicio reclamando la constitucionalidad de esa norma.

³⁴ *Ibidem*, párrafos 89-93.

Sobre el fondo del asunto, la Corte ya había dejado claro, con los tres amparos anteriores, su postura ante la definición del matrimonio concebido como la unión de un solo hombre y una sola mujer. En este nuevo juicio se reiteró ese criterio.

Además de los avances sobre el interés legítimo como criterio de procedencia del juicio de amparo, con esta sentencia la Primera Sala superó los precedentes en los que había ordenado la interpretación conforme. Al respecto, la resolución señala:

209. Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. En ese orden de ideas, los quejosos y quejosas buscan encontrarse legal y expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del matrimonio se refiere.

210. Una vez que esta Corte ha reiterado que la finalidad del matrimonio no es la procreación, razón por la cual no tendría razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, tampoco la tendría la enunciación de “entre un solo hombre y una sola mujer”, sino, por el contrario, la misma resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión. Desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido que un “derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual”. Tomando en cuenta lo anterior, esta sala concluye que no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

[...]

212. En ese entendido, la obligación de reparar a los quejosos cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones —discriminación con base en categorías sospechosas— debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1o. constitucional. En ese sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación

ha sido caracterizado por la Corte Interamericana como *jus cogens*, oponible *erga omnes*.

213. En seguimiento a los párrafos anteriores, la Primera Sala, apartándose de la conclusión de interpretación conforme declarada en sus precedentes 457/2012, 567/2012 y 581/2012, considera que lo que procede es declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa de “entre un hombre y una mujer” del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.³⁵

Con esta decisión, la Primera Sala resolvió por primera vez la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. A partir de aquí todas las demás decisiones del alto tribunal sobre este tema reiterarían este nuevo criterio.

Además, esta sentencia hizo posible que se redoblaran los esfuerzos en la tramitación de amparos contra la definición de matrimonio. En algunas entidades, como Tamaulipas, Chiapas, Hidalgo, Puebla y Baja California Sur, había sido particularmente difícil encontrar a una pareja que quisiera soportar el peso de ser la primera pareja en intentar casarse en su Estado.

A partir de esta cuarta sentencia en estas entidades se pudo tramitar un amparo colectivo con los estándares desarrollados en materia del interés legítimo.

VI. LA BATALLA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA

1. *La batalla nacional*

Las reacciones a estas sentencias fueron diversas, los grupos de siempre las criticaron con los argumentos de siempre; otra parte de la población las celebró como lo que son: un gran avance.

La noticia de las decisiones de la Corte respecto a la definición de matrimonio del Código Civil del Estado de Oaxaca recorrió el territorio nacional. Al principio se hablaba de que se había abierto la puerta para el matrimonio entre parejas del mismo sexo en esa entidad. Con el transcurso de los días, una vez que el impacto se analizó a detalle, se empezó a manejar como una oportunidad a nivel nacional.

Los grupos locales no tardaron en organizarse para replicar la estrategia del litigio a través de juicios de amparo. Además, las redes sociales jugaron un papel trascendental en la integración de un movimiento nacional.

³⁵ *Ibidem*, párrafos 209, 2010, 212 y 213.

Por primera vez en la historia por la búsqueda de este derecho se empezó a percibir que la lucha por el matrimonio igualitario no era algo que tenía que combatirse por separado en cada ámbito local, sino que al vincularlo con la Constitución federal, la exigencia era una sola oponible a cualquier autoridad que pretendiera desconocerlo.

Así surge Matrimonio Igualitario México, un colectivo integrado por abogados, abogadas, personas de otras profesiones y organizaciones de la sociedad civil que decidieron impulsar el tema en sus Estados.

Colima³⁶ fue el siguiente Estado en promover juicios de amparo, se fueron sumando Sinaloa,³⁷ Chihuahua,³⁸ Yucatán,³⁹ Quintana Roo,⁴⁰ Tabasco,⁴¹ Chiapas,⁴² Puebla,⁴³ Morelos,⁴⁴ Tlaxcala, Hidalgo,⁴⁵ Querétaro,⁴⁶ Guanajuato,⁴⁷ Jalisco,⁴⁸ Tamaulipas,⁴⁹ Aguascalientes,⁵⁰ Nuevo León,⁵¹ Baja California⁵² y Baja California Sur.⁵³ En otras entidades se emprendieron proyectos de forma independiente.

³⁶ Amparo indirecto 380/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

³⁷ Amparos indirectos: 307/203, Juzgado Segundo de Distrito; 262/2013, Juzgado Séptimo de Distrito; 275/2013, Juzgado Noveno de Distrito, entre otros.

³⁸ Amparos indirectos: 863/2013, Juzgado Tercero de Distrito; 383/2013, Juzgado Cuarto de Distrito; 389/2013, Juzgado Séptimo de Distrito, 843/2013, Juzgado Octavo de Distrito; 691/2013, Juzgado Décimo de Distrito. Actualmente Chihuahua es el Estado con más amparos tramitados al sumar más de 30 juicios.

³⁹ Amparo indirecto 497/2013, Juzgado Tercero de Distrito. Actualmente Yucatán ocupa el segundo lugar en número de amparos tramitados con más de 15 juicios.

⁴⁰ Amparo indirecto 1164/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

⁴¹ Amparos indirectos: 161/2014, Juzgado Primero de Distrito, y 1650/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁴² Amparo indirecto 1428/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

⁴³ Amparo indirecto 1667/2014, Juzgado Décimo Primero de Distrito.

⁴⁴ Amparo indirecto 1040/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

⁴⁵ Amparo indirecto 982/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁴⁶ Amparo indirecto 2114/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁴⁷ Amparo indirecto 1157/2013, Juzgado Tercero de Distrito.

⁴⁸ Amparo indirecto 370/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

⁴⁹ Amparo indirecto 198/2014, Juzgado Tercero de Distrito; Amparo indirecto 1020/2014, Juzgado Noveno de Distrito; Amparo indirecto 538/2015, Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo y Juicios Federales

⁵⁰ Amparos indirectos: 1279/2014, Juzgado Segundo de Distrito, y 1015/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

⁵¹ Amparos indirectos: 418/2013, Juzgado Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Décima Región, y 821/2014, Juzgado Quinto de Distrito en Materias Civil y del Trabajo.

⁵² Amparos indirectos: 418/2013, Juzgado Décimo Segundo de Distrito, y 524/2013, Juzgado Décimo Quinto de Distrito.

⁵³ Amparo indirecto 694/2014, Juzgado Primero de Distrito.

Actualmente, salvo el Distrito Federal y Coahuila que modificaron sus legislaciones sin necesidad de juicios de amparo, en el resto de las entidades se ha tramitado por lo menos un juicio demandando la inconstitucionalidad de la restricción en el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

Esto hizo que Nayarit llevara a cabo la reforma sobre matrimonio igualitario, y que en otras entidades se encuentren pendientes de dictaminar diversas iniciativas en el mismo sentido.

Este trabajo en conjunto permitió que rápidamente otros casos llegaran a las puertas de la Suprema Corte. En cada uno de ellos se reiteró el criterio sobre la inconstitucionalidad de una definición de matrimonio excluyente. La consecuencia fue que el 3 de junio de 2015, apenas dos años y medio después de los primeros casos, la Primera Sala integró jurisprudencia genérica respecto de la constitucionalidad de una definición de matrimonio que incluya la finalidad reproductiva y excluya a las parejas del mismo sexo:

MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL.

Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.⁵⁴

⁵⁴ Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536.

Ahora bien, a pesar de este avance en lo jurídico, los cambios legislativos no se han dado con la misma velocidad. Salvo las contadas entidades, ya mencionadas, el tema no ha sido bien recibido por los congresos locales que lo siguen viendo como una invasión al punto de vista mayoritario.

De esta manera, tal como pasó en Oaxaca, han sido las mismas autoridades en las entidades federativas (congresos, gobernadores y registros civiles) las que en los juicios de amparo se han opuesto al avance del tema. De los juicios tramitados por Matrimonio Igualitario México, en ninguno de ellos las autoridades han aceptado que sus leyes que regulan la figura del matrimonio son discriminatorias. A pesar de esta oposición oficial, todos los juicios se han resuelto favorablemente.

Es importante enfatizar que para la integración de la jurisprudencia fue necesaria la acumulación de los precedentes. Esto significa que fueron varios los casos que la Corte resolvió con el mismo criterio. A su vez, esto implica que el avance no hubiera sido posible sin el impulso que desde los Estados se ha dado a la tramitación de amparos.

Así, para la creación de esta jurisprudencia, se necesitó por un lado un constante ejercicio democrático de la sociedad civil a través de la exigencia de sus derechos en los tribunales, y por el otro una Corte que tuviera una visión integral de la problemática nacional en torno al matrimonio igualitario.

2. Implicaciones de la jurisprudencia

Al ser resultado de la interpretación de la propia Constitución, la jurisprudencia obligatoria se considera parte de ella; en ese sentido, se puede decir que la Constitución federal reconoce expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el aspecto práctico, la jurisprudencia significa que el trámite de los juicios de amparo tomará menos tiempo.

Desafortunadamente, no puede decirse que esta jurisprudencia obligue a los registros civiles a casar a todas las parejas de personas del mismo sexo que se lo soliciten; el criterio obliga únicamente a imparcidores de justicia a nivel federal o local.

Por otro lado, la jurisprudencia no significa que el amparo ya es innecesario. En general, mientras no haya una reforma legislativa que modifique la definición de matrimonio en el ámbito local, será necesario tramitar el juicio.

Esto es así, porque la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia no invalida las leyes locales, únicamente establece los parámetros obligatorios

a partir de los cuáles se deberán estudiar los juicios que se inicien contra las normas que discriminan del acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo.

Con esto se cerró una etapa del litigio en la Corte, al crear jurisprudencia el tema deja de requerir la intervención del alto tribunal, al menos en cuanto al elemento normativo. Se ha fijado el criterio obligatorio, sólo queda la tarea de aplicarlo.

Es curioso que mientras esto pasa en la Suprema Corte, los discursos políticos sigan oponiéndose abiertamente o argumentando que no es tema que se encuentre incluido en sus agendas legislativas. *Desgraciadamente, en más de una ocasión, en este país la política y los derechos humanos caminan por senderos distintos cuando no contradictorios.*

VII. CONCLUSIÓN. DEMOCRACIA SIN CONGRESOS

A lo largo de estas líneas se ha tratado de exponer brevemente la génesis de los litigios sobre matrimonio igualitario que llegaron a la Suprema Corte, y a partir de los cuáles el tema antes rehuído por congresos y gobernadores es agenda obligada en los pendientes de cada entidad.

El trabajo ciudadano ha rendido frutos, la democracia ha pasado una dura prueba al hacer emerger desde los tribunales una ola de pronunciamientos contrarios a las decisiones que, siendo aprobadas por las mayorías legislativas, trasgreden gravemente los derechos humanos.

Hubiera sido preferible una decisión de la Corte que declarara la omisión de los congresos, y de alguna manera los exhortara a acatar el mandamiento constitucional sobre la protección a la familia. Sin embargo, desde la ciudadanía se ha sabido construir a partir de las sentencias.

Al día de hoy, prácticamente no queda una sola entidad, excepto Coahuila, en donde los amparos no fueron necesarios, en la que no se haya tramitado por lo menos un juicio de amparo. El mapa de la República ha sido cubierto en su totalidad. La deuda sigue quedando en los congresos, en donde a pesar de los pronunciamientos de la Corte, insisten en mantener vigentes normas discriminatorias.

La evaluación en el tema de matrimonio igualitario es favorable para la democracia, pero es pésima y lamentable para los congresos locales; es una victoria para la ciudadanía, pero un vergonzoso revés para el sistema de partidos.

Actualmente, son varias las estrategias que se tienen pendientes de resolver en torno a este tema: la reparación integral por la discriminación sufrida, la responsabilidad de las autoridades federales con miras a los tratados internacionales, la responsabilidad internacional. Poco a poco saldrán a la luz el resultado de estas estrategias de mayor alcance.

Por el momento, es importante mencionar que el presidente de la Suprema Corte ha ordenado la integración de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2016 contra el Congreso del Estado de Sinaloa, por haberse resuelto por lo menos dos amparos en revisión sobre la constitucionalidad de la definición de matrimonio y concubinato en su Código Familiar.

El camino es largo, pero la batalla no se dará por concluida hasta que cada pareja pueda casarse en cualquier parte del país sin necesidad de tramitar un juicio de amparo.

Algún periodista preguntaba cuánto tiempo hace falta para que el matrimonio igualitario sea una realidad en México. La respuesta es sencilla: el que sea necesario.

VIII. FUENTES

1. *Normas jurídicas*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil del Estado de Oaxaca.

Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal

2. *Documentos electrónicos*

Dictamen que emiten las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Derechos Humanos y Equidad de Género por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, publicado el 11 de octubre de 2010, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-32f3f12321e15c49b0c9f286cef68e0b.pdf>.

3. *Sentencias y resoluciones*

A. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno.

Amparo en revisión 457/2012, Primera Sala.

Amparo en revisión 567/2012, Primera Sala.

Amparo en revisión 581/2012, Primera Sala.

Amparo en revisión 152/2013, Primera Sala.

Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 125/2012, Primera Sala.

Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 201/2012, Primera Sala.

Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 202/2012, Primera Sala.

Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 387/2012, Primera Sala.

B. *Juzgados de Distrito*

Amparo indirecto 1072/2011, Juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

Amparo indirecto 1143/2011, Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

Amparo indirecto 24/2012, Juzgado Primero de Distrito del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

Amparo indirecto 738/2012, Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

4. *Jurisprudencia*

Tesis P./J. 71/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, agosto de 2000, p. 965.

Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536.

EL DAÑO EXPRESIVO DE LAS LEYES. ESTIGMATIZACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. SU CONTROL CONSTITUCIONAL

David GARCÍA SARUBBI*
Karla I. QUINTANA OSUNA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Hechos y antecedentes procesales.* III. *Legitimación para presentar un juicio de amparo.* IV. *El análisis de procedencia del caso.* V. *Estándar para acreditar un daño expresivo por estigmatización.* VI. *La afectación indirecta desde el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos.* VII. *El análisis de fondo de la norma.* VIII. *Reparaciones por una norma discriminatoria.* IX. *A manera de conclusión.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El juicio de amparo, en México, es una institución ligada estrechamente con la historia de la justicia constitucional. Desde su aprobación en 1917, la Constitución ha encontrado en el juicio de amparo su principal y, por varias décadas, único medio de justiciabilidad, principalmente, a través del llamado amparo contra leyes, el cual ha permitido al Poder Judicial ejercer el equivalente al *judicial review* estadounidense. Su importancia práctica es evidente, pues en caso de encontrarse inconstitucional una ley en este tipo de juicio, los jueces deben ordenar desincorporar al peticionario del ámbito personal de validez de la norma para el caso concreto y para el futuro, por lo que ya no podrá ser aplicada en su contra y, en su caso, los jueces deben establecer aquellas otras medidas necesarias para restablecer el goce del derecho humano vulnerado. El amparo es, pues, el principal medio de control concentrado de control constitucional en nuestro país.

* Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia mexicana.

** Secretaria de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia mexicana.

Un requisito indispensable de procedencia para cualquier proceso judicial es que exista una afectación de quien alega la vulneración a un derecho. La doctrina constitucional e internacional basa el desarrollo de la legitimación procesal o *standing*, mayormente, en afectaciones directas a los solicitantes de protección judicial. Ha surgido, sin embargo, en la práctica judicial, el cuestionamiento de la legitimación procesal de afectaciones indirectas y el impacto que las mismas puedan tener en un proceso. Esta discusión no es menor, pues es un requisito de procedencia del juicio; es decir, de no considerarse la existencia de dicha afectación, no sería posible analizar el fondo del asunto.

En el presente artículo, relataremos la experiencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la sentencia del amparo en revisión 152/2013, un amparo contra leyes que en el apartado de procedencia interpretó la afectación por discriminación por la simple existencia de una ley considerada discriminatoria por las víctimas del caso, y posteriormente, consideró inconstitucional el artículo del Código Civil de Oaxaca que define el matrimonio como una institución creada para un solo hombre y una sola mujer con la finalidad de procrear.

Como se verá, el precedente es relevante por considerar factible, bajo ciertos supuestos, dar procedencia a un caso, cuando una ley, por su simple existencia, pueda afectar por ser posiblemente discriminatoria respecto de quien interpone el juicio. Así, la sentencia redimensiona el tipo de afectaciones aptas para accionar el juicio de amparo contra leyes, al reconocer la existencia de lo que se denominó “daño expresivo” (*expressive harm*), como aquél generable por normas que transmiten mensajes estigmatizantes. El precedente es relevante también por las reparaciones que visualiza por discriminación normativa.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Un grupo de 39 personas, residentes homosexuales en el estado de Oaxaca, presentaron un recurso de amparo contra el artículo 143 del Código Civil local que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer, con la finalidad de procrear y compartir una vida en común. De conformidad con los solicitantes, dicha norma los discriminaba por su simple existencia, con base en su orientación sexual. Es importante destacar que las víctimas no alegaron querer casarse, ni que les fuera negada una solicitud de matrimonio.

El juez de primera instancia sobreseyó el recurso por considerar que no existía un acto de aplicación o afectación en el caso, al sostener que la ley impugnada sólo podía ser combatida por un acto de autoridad concreto, como la negación de una solicitud de matrimonio. Contra dicha sentencia, los solicitantes presentaron un recurso de revisión del que conocería un tribunal colegiado. Sin embargo, al recibir dicho recurso, tal órgano consideró que el asunto debía ser conocido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, debido a su importancia y trascendencia, y a que la sala ya se había pronunciado sobre la inconstitucionalidad del artículo.¹ Así, la Primera Sala determinó reasumir competencia para conocer de la revisión, y el 23 de abril de 2014, por mayoría de votos, revocó la sentencia recurrida y analizó el fondo de los planteamientos, en la sentencia de amparo en revisión 152/2013, que es la que analizamos en el presente artículo.²

III. LEGITIMACIÓN PARA PRESENTAR UN JUICIO DE AMPARO

Antes de referirnos al análisis jurídico del caso, consideraremos necesario referir el marco contextual en relación con la legitimación procesal para presentar un caso, es decir, el parámetro de lo que se ha considerado como afectación para que el Poder Judicial mexicano pueda analizar los méritos en un proceso.

Para cualquier modelo de democracia constitucional, la implementación de un juicio diseñado para evaluar la constitucionalidad de la ley, como el amparo, se enfrenta a una objeción fundacional: “la objeción contramayoritaria”.³ Dicha objeción afirma que sobre los jueces se proyecta

¹ En diciembre de 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana resolvió tres amparos de tres parejas que habían solicitado casarse en el estado de Oaxaca. En dichas sentencias, la sala realizó un análisis del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, declarándolo inconstitucional en la porción normativa: “con la finalidad de procrear”, y declarando que la porción: “entre un solo hombre y una sola mujer”, admitía una interpretación conforme. Véanse los amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012, resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de diciembre de 2012. Para mayor abundamiento, véase Quintana Osuna, Karla I., “El matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la judicatura”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, 2015, pp. 229-261.

² Véase amparo en revisión 152/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de abril de 2014.

³ El término lo acuñó en su libro Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

una sombra de ilegitimidad, pues son nombrados sin pasar por elecciones populares, y además cuentan con garantías de inamovilidad e independencia para no rendir cuentas frente a las mayorías y, sin embargo, tienen el poder de determinar si lo decidido por los representantes populares, quienes sí responden al electorado y deben agotar procesos deliberativos, se ajusta o no a las disposiciones de la Constitución. La objeción subraya que los jueces deciden sobre el significado de cláusulas constitucionales, cuyas implicaciones normativas son objeto de un desacuerdo profundo entre distintas posiciones, no sólo para la resolución de casos frontera, sino para determinar el significado nuclear de ciertos conceptos normativos, entre ellos, el principio de igualdad y de no discriminación.⁴

No es el propósito de este artículo replantear el debate teórico sobre la objeción contramayoritaria, sino destacarlo como trasfondo de nuestro diseño constitucional, según el cual la procedencia del juicio de amparo se condiciona a la satisfacción del requisito del principio de instancia de parte agraviada, que delimita la competencia de los jueces de amparo para resolver los casos planteados, siempre que se acredite una afectación apropiada para el conocimiento judicial. Así pues, el alcance del concepto de “afectación” es limitado, pues no cualquier oposición puede calificarse como interés legítimo para acceder a la vía jurisdiccional. Los jueces federales sólo pueden someter las leyes a escrutinio de validez cuando sea indispensable resolver una controversia genuinamente apropiada para la función jurisdiccional. La Suprema Corte ha destacado la importancia de conservar la delimitación de sus competencias para el principio de división de poderes y la cláusula democrática.⁵

Ahora bien, es necesario destacar brevemente el desarrollo que ese criterio de afectación ha tenido en la Suprema Corte de Justicia mexicana.

Durante varios años, las reglas legales y constitucionales del juicio de amparo fueron sistematizadas a través de categorías formalizadas, a través de las cuales éste adquirió un entendimiento y unas condiciones de aplicación estables. En dicho periodo existió una extraordinaria formalización,

⁴ El argumento lo desarrolló en su artículo Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, New Haven, abril de 2006, vol. 115, pp. 1346-1406.

⁵ Véase el amparo en revisión 216/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 5 de noviembre de 2014. De esta ejecutoria se emitió la tesis 1a. CLXXXI/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2015, p. 447 (con el rubro: INTERÉS LEGÍTIMO. ES NECESARIO ACREDITARLO PARA ACTIVAR EL PODER DE REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LOS PODERES POLÍTICOS).

llevada a cabo por los especialistas en amparo, y retomada por la jurisprudencia de la Suprema Corte. Un ejemplo de ello es el interés jurídico, respecto del cual la Corte concluyó que el juicio de amparo sólo podría ser accionado por quien acreditara la titularidad de un derecho subjetivo. Así pues, se sostuvo que el papel de los jueces no era la de resolver conflictos sociales a la luz de la Constitución ni evaluar las políticas públicas de los otros poderes, a menos que de por medio se acreditara la existencia de un daño a un derecho bien definido sobre el cual estrechamente se pudiera formular una pregunta jurídica de alcance para el caso particular.

Es evidente que detrás de esa determinación jurídica se encuentra la decisión, de política judicial, de precisar que el rol de los jueces, en ese entonces, sólo era resolver una subcategoría de conflictos sociales. En otras palabras, la decisión interpretativa de la Suprema Corte fue dejar al margen de la justicia constitucional un considerable número de conflictos sociales y políticos.

No obstante lo anterior, como cualquier institución jurídica, alrededor del juicio de amparo han ocurrido disputas interpretativas sustantivas, en este caso, para definir el papel de los jueces en la tarea de tutelar a las personas en sus derechos constitucionales frente a cualquier acción del Estado. Ello está relacionado con las reformas constitucionales de junio de 2011: por un lado, la del artículo 1º. constitucional que establece, entre otras cosas, que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México, y por otro —particularmente relevante para este artículo—, la de los artículos 103, 107 y de la nueva Ley de Amparo de 2013, con las cuales se cambiaron las reglas del juicio de amparo para hacerlo, hasta cierto punto, más accesible para tutelar violaciones de derechos humanos. Esos cambios estructurales han generado un replanteamiento inédito para las distintas tradiciones filosóficas que compiten por definir el significado de la Constitución. Como nunca antes, hoy se discute sobre el apropiado papel de los jueces constitucionales en la defensa de los derechos humanos, entendiendo que su función no es la aplicar mecánicamente el derecho, sino de interpretar su sentido sobre la base de concepciones controvertidas.

Así pues, en una interpretación más amplia de la afectación, la Suprema Corte mexicana ha establecido que cualquier persona puede ejercer la acción constitucional contra una ley, cuando resienta el primer acto de aplicación en su persona, lo que es suficiente para tener demostrado interés jurídico, o bien —y esto es lo relevante para el caso analizado—, sin resentir un acto de aplicación, cuando con su simple promulgación acredite una

afectación suficiente —conocida como interés legítimo—, donde exista un agravio personal e indirecto, en oposición al agravio personal y directo exigido por el interés jurídico.⁶

IV. EL ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DEL CASO

Como ya destacamos, los 39 solicitantes del amparo impugnaron la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca sin que existiera un acto de aplicación concreto, sino argumentando la afectación por la mera existencia de la ley. Este argumento planteaba al tribunal un cuestionamiento novedoso en su doctrina constitucional, en relación con el interés legítimo en virtud de la afectación por discriminación normativa contra un grupo de personas, con base en una categoría sospechosa, en el caso concreto, la orientación sexual.

En nuestra opinión, la delimitación precisa del concepto de afectación, respecto del cual no existe consenso, depende de la concepción que se tenga del tipo de condiciones protegidas por los derechos humanos. Si el papel de los jueces es tutelar los derechos humanos contra los actos y normas de los poderes políticos, entonces, esas condiciones de vulnerabilidad de los derechos son lo que determina el umbral de afectación que activa sus competencias de revisión judicial. Su carácter controvertido se hace visible especialmente cuando los jueces se adentran en el ámbito de los posibles daños generados por un problema de discriminación, pues de aceptarse un concepto demasiado amplio de afectación, podría llevar a que el Poder Judicial pudiera resolver cualquier problema de desigualdad estructural,⁷ incluido los menos aptos para analizarse objetivamente en un contexto de deliberación judicial. Por tanto, con la resolución del caso, la Primera Sala de la Suprema Corte se propuso analizar qué tipo de manifestaciones discriminatorias pueden activar la justicia constitucional.

⁶ La Primera Sala ha desarrollado el contenido y alcance del interés legítimo en el amparo en revisión 366/2012, resuelto por la Primera Sala en sesión de 5 de septiembre de 2012, y la contradicción de tesis 553/2012, emitida el 6 de marzo de 2013. Por su parte, el pleno de la Suprema Corte lo ha hecho al resolver la contradicción de tesis 111/2013, emitida el 5 de junio de 2014.

⁷ Para profundizar en el tema de desigualdad estructural, véase los trabajos de Saba, Roberto, “Desigualdad estructural”, en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, y Serrano García, Sandra et al., *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011, pp. 20-25.

Cuando se abordan problemas de discriminación, determinar un menor o mayor alcance del concepto de afectación como presupuesto procesal es precisar, correlativamente, el alcance debido para la jurisdicción constitucional. Una de las premisas centrales de este texto es que el ejercicio interpretativo técnico o procesal, en el sentido usado, forma parte de una discusión sustantiva de teoría constitucional.

La Primera Sala estableció que las leyes pueden ser cuestionadas en sede de control constitucional únicamente con interés legítimo, estableciendo un concepto de afectación intermedio entre el interés jurídico —entendida como la afectación directa— y el interés simple —entendida como una afectación que, si bien puede ser cierta, se diluye en un universo mayor en el que la misma no llega a ser jurídicamente relevante—. El interés legítimo consiste, pues, en una afectación suficiente y jurídicamente relevante, producto de la especial situación en que se ubica el peticionario, sin la necesidad de acreditar la afectación de un derecho del cual se es titular.

En la sentencia, la Corte analizó el interés legítimo cuando se impugnan leyes sin existir acto de aplicación⁸ respecto de las posibilidades de discriminación en que puede incurrir el Estado. Al respecto, concluyó que con el interés legítimo, un peticionario de amparo no requiere acreditar ser destinatario directo de la ley, sino que es suficiente con ubicarse como un tercero que, sin embargo, resiente una afectación incondicionada que debe ser personal, aunque indirecta.

La Primera Sala de la Suprema Corte consideró que el ordenamiento jurídico se personifica como una entidad unitaria, con una voluntad estatal que se manifiesta a través de las leyes que regulan conductas humanas, estableciendo prohibiciones, obligaciones y permisiones; sin embargo —y esto es lo relevante— a través de las mismas el Estado transmite mensajes o significados. Según la Corte:

las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general. Así es posible suponer que, en ciertos supuestos, el Estado toma posición sobre determinados temas; el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo.⁹

⁸ En México, las leyes autoaplicativas son las que no requieren un acto de aplicación, en oposición a las heteroaplicativas, que requieren necesariamente un acto de aplicación.

⁹ Sentencia del amparo en revisión 152/2013, *op. cit.*, párr. 82. La sentencia cita el ensayo de Austin, John L., “El significado de una palabra”, *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

Con la anterior afirmación, la decisión retoma las discusiones de argumentación jurídica, según las cuales el contenido y uso de las palabras —en este caso, utilizadas en leyes— transmiten códigos y mensajes específicos transformando la realidad, y pudiendo ser, en ciertos casos, discriminatorios.

Así pues, la Corte afirmó que las leyes no sólo presentan una parte dispositiva, sino también una valorativa, apoyada por las mayorías legislativas, las cuales ayudan a construir significado social en una comunidad, y agregó lo siguiente:

(La parte valorativa de una ley es) utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en la sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que se encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones.¹⁰

Como ejemplo de la parte valorativa de la norma, la decisión destacó que cuando en una ley fiscal se establecen impuestos más altos sobre determinadas bebidas alcohólicas, no sólo se busca generar operaciones normativas de gravámenes, sino transmitir una evaluación negativa sobre el consumo de alcohol y, por tanto, la norma busca desalentarlo, al intentar cambiar el significado social de esa actividad. Por el contrario, podemos decir que cuando ciertas conductas se facilitan a través de las normas, por ejemplo, mediante un subsidio en gastos en educación, las normas buscan promocionar esa conducta y construir un significado positivo de la misma. Mediante las leyes se busca transmitir que la mayoría aprecia como positivo invertir en educación, mientras que manifiesta su inconformidad con el consumo de alcohol, aunque esa desaprobación no utilice al derecho punitivo.

La Corte continuó en la exploración de este razonamiento, y determinó que la parte valorativa de la norma es especialmente relevante respecto de las que regulan relaciones de intercambio entre las personas, “pues establecer normas que no sólo permitan dichas transacciones, sino que las promocionan, implica avalar el significado social que encierra ese intercambio. Por el contrario, las normas que restringen el intercambio pueden basarse en un juicio negativo del legislador democrático sobre el acto de la transacción y desalentar su ejercicio”.¹¹

Según la Suprema Corte, las normas que regulan el matrimonio contienen una parte valorativa con estas implicaciones, pues buscan posicionar la

¹⁰ Sentencia del amparo en revisión 152/2013, *op. cit.*, párr. 86.

¹¹ *Idem.*

figura como una institución con un valor positivo cuando lo pretenden parejas heterosexuales, mientras que rechazando su acceso a parejas del mismo sexo, proyectan un valor negativo sobre ese tipo de intercambio.

La decisión determinó que reconocer la parte valorativa de las normas es indispensable para permitir el ejercicio de regularidad de validez de la carga valorativa que sirven de insumo a las normas. En la sentencia se concluyó que:

cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.¹²

Ahora bien, cuando se transmiten mensajes discriminatorios, la identificación de la parte valorativa requiere de un cierto ejercicio de exploración. Para ello, la sentencia precisó que las normas pueden establecer una parte normativa relativamente neutra e incluso tener como ámbito personal de validez a sujetos diversos a los miembros de un grupo identificado por una categoría sospechosa, como justamente puede ser la permisión de dos personas heterosexuales para contraer matrimonio. Sin embargo, la norma genera su mensaje cuando se implementa en la vida diaria en contacto con la realidad social, produciendo un daño de estigmatización por discriminación, imprimiendo en la comunidad la idea de que ciertos sujetos no son merecedores de acceder a ese mismo beneficio (en el caso concreto, los homosexuales).

La decisión destacó —y esto es importante— que no es relevante que el legislador haya sido inconsciente del mensaje estigmatizador que estableció en la norma, pues la dimensión de evaluación del daño es objetivo y no depende de las impresiones subjetivas de las partes. El significado social de una norma no viene determinado por las intenciones del autor, sino por el contexto en el cual se proyecta.

Con base en lo anterior, la decisión determinó que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca generó en los peticionarios un daño del tipo descrito, porque a pesar de no ser destinatarios de su parte normativa sí resienten una afectación de su parte valorativa. Así pues, la sala destacó lo siguiente:

¹² *Ibidem*, párr. 89.

(A)unque el artículo impugnado contenga obligaciones asignadas condicionadas a quienes pretendan casarse (contenidos que pueden calificarse como heteroaplicativos, como es la obtención de la autorización de la autoridad para la celebración del contrato), lo relevante es que la norma genera un clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejoso como terceros: la estigmatización por discriminación, la cual es incondicionada.¹³

Al excluir de manera categórica a los homosexuales de la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio, se produce una estigmatización por discriminación, pues la exclusión se basa en una valoración negativa de su orientación sexual, prevista como un criterio de clasificación sospechoso en el artículo 1o. constitucional.¹⁴ Así, aunque la afectación de estigmatización se puede caracterizar como inmaterial, la Suprema Corte precisó que la puesta en marcha de la norma comúnmente se traduce en una serie de eventuales afectaciones materiales secundarias, como la exclusión de beneficios o distribución inequitativa de cargas.

Asimismo, la decisión precisó que el daño expresivo por estigmatización no puede equipararse a una mera oposición ideológica a la ley. En ese sentido destacó:

la estigmatización por discriminación no sólo depende de las impresiones subjetivas del quejoso, sino de una evaluación impersonal y objetiva del juzgador, lo que se determina mediante la derivación de entendimientos colectivos compartidos, el contexto social en que se desenvuelve y la historia de los símbolos utilizados.¹⁵

La afectación por estigmatización —concluyó la sala— es una especie de afectación concreta y distingible de la mera oposición o disidencia ideológica a una ley, generable por un mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas reconocidas en el artículo 1o. constitucional, del cual el peticionario o peticionarios son destinatarios.

En el caso concreto, la decisión consideró que la existencia del artículo impugnado genera en los peticionarios una afectación por estigmatización.

¹³ *Ibidem*, párr. 96.

¹⁴ El artículo 1o. constitucional, último párrafo, establece: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

¹⁵ Sentencia del amparo en revisión 152/2013, *op. cit.*, párr. 100.

Para ello desarrolló el concepto de daño expresivo, al cual nos referiremos a continuación.

V. ESTÁNDAR PARA ACREDITAR UN DAÑO EXPRESIVO POR ESTIGMATIZACIÓN

Implicaciones en la oportunidad de juicio y posibles efectos

La sentencia de la Suprema Corte establece un marco teórico para introducir a la jurisprudencia mexicana el concepto de daño expresivo, como aquél cognoscible en sede de control constitucional, siempre que ese daño expresivo se ligue a un mensaje estigmatizador, entendido como aquel juicio de valor que se basa en alguna de las clasificaciones sospechosas del último párrafo del artículo 1o. constitucional.

El concepto de daño expresivo ha sido explorado ampliamente en la teoría constitucional estadounidense. Sus orígenes se pueden hallar en el reconocimiento de las distintas funciones del derecho. Según Cass Sunstein, existe una función expresiva del derecho a través de la cual el ordenamiento jurídico “hace declaraciones” en oposición al solo control de las conductas. Para este autor, la relevancia de reconocer esta función de las normas radica en que el derecho puede ser utilizado para lograr cambios sociales mediante la promoción de ciertas expresiones o declaraciones, con lo cual se puede cambiar significados sociales perjudiciales para la convivencia democrática. En una sociedad, las preferencias no están dadas sino que se construyen en la interacción social, y las normas ayudan a construir ciertas preferencias mediante el reforzamiento de determinados mensajes.¹⁶

El término de daño expresivo es atribuido a Richard Pildes y a Richard Niemi,¹⁷ quienes lo identifican como el concepto central utilizado por la Suprema Corte de Justicia estadounidense para evaluar la validez de los diseños de los distritos electorales impugnados por reclamos de segregación racial. Según estos autores, la Corte sostiene que tal daño se genera cuando una entidad política dibuja un distrito electoral con fines de exclusión racial; en este caso, las normas no sólo tienen el efecto de agrupar colectivos

¹⁶ Sunstein Cass, R., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, 1996, vol. 144, pp. 2021-2053.

¹⁷ Véase Pildes, Richard y Niemi, Richard, “Expressive Harm, ‘Bizarre Districts’ and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearance after *Shaw vs. Reno*”, *Michigan Law Review*, Ann Arbor, diciembre de 1993, vol. 92, núm. 3, pp. 483-587.

de personas en determinadas circunscripciones, sino que al establecer como criterio de clasificación a la raza, las normas respectivas generan un daño generalizado al no poderse individualizar, y refleja la falta de respeto de las autoridades por importantes valores públicos. El menosprecio de esos valores es el daño expresivo. Estos autores critican el uso del concepto por la falta de precisión de sus condiciones de aplicación judicial.

Así, algunos comentadores sostienen que la Suprema Corte de Justicia estadounidense —sin coherencia jurisprudencial ni articulación— ha reconocido que ciertos daños estigmatizadores son aptos para resolverse en sede judicial, en casos como *Allen vs. Wright*, además de *Shaw vs. Reno*, al ser indispensable para justificar la histórica intervención de esa Corte para combatir la segregación racial.¹⁸

El concepto de daño expresivo fue utilizado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la decisión judicial que se estudia, en su análisis de procedencia para determinar si, en efecto, existía una afectación en los solicitantes de amparo por la mera existencia de una norma alegada como discriminatoria que permitiera hacer procedente el recurso y estudiar los méritos del mismo.

Al respecto, la decisión estableció el estándar, conformado por tres requisitos, para determinar si, en un juicio de amparo, se acredita un daño expresivo por estigmatización.

El primer paso consiste en que el peticionario del juicio debe combatir una norma de la cual se extraiga un mensaje perceptible objetivamente —aunque no se exige que sea explícito, sino que puede ser implícito— del que se alegue que existe un juicio de valor negativo o estigmatizador, mediante la indicación de los elementos de contexto de los símbolos utilizados, la voluntad del legislador, la historia de discriminación, etcétera, que simplemente permitan afirmar que dicho mensaje es extraíble de la norma. No será requisito exigir al peticionario acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma que regule el otorgamiento de beneficios o la imposición de cargas.

Con este paso, consideramos que se pretende aislar una primera operación: la identificación del mensaje o de la parte valorativa de la norma, delimitando el juicio de valor negativo al cual se opone el peticionario.

En el segundo paso se debe alegar que ese mensaje negativo utiliza un criterio de clasificación sospechoso, en términos del artículo 1o. constitucional, del cual el peticionario es destinatario por pertenecer al grupo identi-

¹⁸ Véase, Pildes, Richard, “Principled Limitations on Racial and Partisan Redistricting”, *The Yale Law Journal*, junio de 1997, vol. 106, núm. 8, pp. 2505-2561.

ficado por alguno de esos elementos —origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana, y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas—.

A través de este paso se pretende delimitar el universo de mensajes evaluable en sede de control constitucional: sólo aquellos que sean estigmatizadores. Este paso delimita el escrutinio constitucional a los mensajes que utilicen un criterio de clasificación sospechoso reconocido en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, del cual el peticionario es destinatario.

Finalmente, se debe acreditar que el quejoso guarda una relación de proximidad física o geográfica con el ámbito espacial de validez de la norma, sobre el cual se espera la proyección del mensaje.

Con el tercer paso, parecería que la sala busca garantizar la objetividad del interés del peticionario, ya que exige que éste acredite con la norma impugnada. Los mensajes son perjudiciales cuando impactan en sus destinatarios, y con este paso la Corte parece precisar el grado de cercanía exigible, constatar entre el mensaje estigmatizante y el peticionario de amparo. No obstante, este paso podría ser cuestionable, sobre todo por tratarse de un estándar para un análisis de discriminación.

Al respecto, es importante recordar que, como Federación, las entidades federativas en México —conocidas como provincias, estados, regiones, en otros países federados— emiten normativa local. Bajo esa premisa, el estándar propuesto por la Primera Sala delimita el estándar de daño expresivo —y, por ende, la afectación— a que sólo quien acredite tener una relación —se entiende, ser residente, aunque en el caso concreto bastó su afirmación de vivir en Oaxaca— puede recibir dicha afectación. Destacamos que es discutible este criterio, pues una norma discriminatoria podría tener un efecto en una persona, aun cuando no demuestre que tiene una relación geográfica con el lugar de la vigencia de la misma. Sin embargo, la creación del estándar configura, sin duda, un paso importante en brindar contenido a la acreditación del daño expresivo, delimitando las posibilidades de intervención de los jueces constitucionales.

En todo caso, es claro que el estándar sobre daño expresivo pretende racionalizar el ejercicio de una nueva faceta del poder de controlar las leyes, para analizar una dimensión inédita de las normas para el juicio de amparo.

Si se reúnen los requisitos mencionados, entonces el peticionario tiene interés legítimo para lograr la procedencia del juicio de amparo contra una norma, y el juez de amparo debe evaluar, en el fondo, la validez constitucio-

nal de su parte valorativa. Desde ese momento, en palabras de la Suprema Corte de Justicia, “la norma constituye un símbolo en sí mismo que construye un significado social sin la necesidad de un acto de aplicación”.¹⁹

Es importante precisar que el estándar tiene otra implicación relevante en la mecánica procesal del juicio de amparo: se establece que el daño expresivo por discriminación es de trato sucesivo, al ser la discriminación una violación continuada, por lo que se actualiza cada día. La consecuencia de ello es que, en la práctica, mientras la norma sirva de medio para transmitir un mensaje estigmatizador, se puede promover el amparo en cualquier momento.

En el caso concreto, se determinó que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca prevé un daño con estas características. Al respecto, se destacó que dicho daño:

se actualiza de momento a momento en una afectación constante indirecta, pues si bien la norma no establece obligaciones de hacer o no hacer en su contra, ni establece hipótesis normativas que ellos puedan actualizar, sí establece una competencia de ejercicio obligatorio a las autoridades civiles del Estado para no reconocer matrimonios que se pretendan celebrar entre parejas del mismo sexo, lo que implica un juicio de valor negativo permanente sobre las relaciones homosexuales, las cuales no son merecedoras de esta “sanción oficial”.²⁰

Es muy importante destacar que cuando la Primera Sala de la Suprema Corte desarrolla este concepto para determinar que, cumplidos los requisitos, existiría una afectación por discriminación que daría legitimación, ello no implica una decisión de fondo sobre si la norma es o no discriminatoria, sino que se trata de una primera evaluación de procedencia sobre una norma que, en su parte valorativa, tenga un mensaje que se alegue discriminatorio y que, de alguna manera, afecte a una persona o grupo de personas que se encuentre en una categoría sospechosa. Basta, por tanto, con demostrar en un caso específico recibir la estigmatización por discriminación de la norma, sin que exista un acto de aplicación, pues el daño se genera desde la emisión de la norma que se alega discriminatoria.²¹ Correspondrá al análisis de los méritos del asunto determinar si, en efecto, la norma es discriminatoria.

¹⁹ Sentencia del amparo en revisión 152/2013, *op. cit.*, párr. 115.

²⁰ *Idem*.

²¹ Véase Quintana Osuna, Karla I., “El reconocimiento judicial del matrimonio igualitario en México: Una visión hacia el principio de igualdad y no discriminación”, en la obra homenaje a Cecilia Medina Quiroga (en prensa).

Una vez que la Primera Sala determinó que, en el caso, se colmaban los requisitos establecidos, por lo que existía un daño expresivo que ocasionaba una afectación indirecta a los peticionarios del amparo, se consideró procedente el recurso y se analizó el fondo del asunto.

VI. LA AFECTACIÓN INDIRECTA DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de referirnos a los méritos del caso, es importante destacar dentro del análisis de procedencia del asunto, las referencias al derecho comparado y al derecho internacional que hizo la sala al desarrollar el criterio de que una norma alegada como discriminatoria, con base en una categoría sospechosa, pudiera causar afectación por su simple existencia.²²

En relación con los casos internacionales, la decisión destacó el Informe de Fondo 4/2001 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *caso de la jueza María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, en el cual se determinó que era inconveniente y discriminatoria la ley que requería el permiso del esposo para que la mujer pudiera trabajar fuera de casa. Es importante resaltar que, en el caso concreto, a la jueza no se le había solicitado dicho requisito. No obstante ello, la Comisión Interamericana concluyó que los artículos analizados “tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente en virtud del hecho de que las disposiciones citadas están vigentes”, sin importar que la señora Morales no se hubiera puesto en el supuesto de que le aplicaran; es decir, la mera existencia de dichas normas es el acto que afectó a la víctima.²³

El segundo asunto internacional destacado en la sentencia fue el *caso Toonen vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos de la ONU. En dicha decisión se determinó que una ley que criminalizaba las relaciones sexuales entre homosexuales era discriminatoria, pese a que no se le hubiere aplicado al señor Toonen. En específico, el Comité consideró que la mera existencia de dicha ley “representa (ba) una injerencia continua y directa en la vida privada del autor”, así como en el derecho a no discriminación, sin importar que aquél no hubiera sido procesado bajo dicha disposición.²⁴

²² *Idem*.

²³ Véase CIDH, Informe de Fondo núm. 4/01, *María Elena Morales de Sierra vs. Guatemala*, 19 de enero de 2001, párr. 29.

²⁴ Véase Comité de Derechos Humanos, “Toonen versus Australia”, Comunicación núm. 488/1992 (CCPR/C/50/D/488/1992), 4 de abril de 1994, párrs. 8.2. y 8.3.

Finalmente, en derecho constitucional comparado se hizo referencia a los precedentes de legitimación (*standing*) emitidos por la Corte Constitucional sudafricana, la cual ha establecido que, en ciertos casos, no es necesario que quien esté siendo afectado o que pueda ser afectado por una ley tenga que ponerse en el supuesto prohibido por la norma —tener un acto de aplicación concreto— para tener legitimidad procesal ante los tribunales nacionales. Al respecto, dicha Corte ha destacado que no puede someterse a una persona, ya afectada por la existencia de una legislación, a la indignidad de serle negado el acceso a la justicia para que se pueda cuestionar la validez de la legislación.²⁵ De conformidad con dicho tribunal, cuando exista una verdadera “amenaza de irregularidad constitucional” —como en el caso de la discriminación—, un tribunal debe estar preparado para escucharla.²⁶

Con la inclusión de los anteriores precedentes, la decisión, además de abrir el diálogo jurisprudencial, fortalece un análisis procesal complejo que encuentra relación en otras latitudes.

VII. EL ANÁLISIS DE FONDO DE LA NORMA

Si bien el presente texto se enfoca en el análisis de procedencia, haremos referencia de manera somera al análisis de fondo del artículo impugnado, puesto que es relevante para las reparaciones ordenadas.²⁷ Como destacamos, la Primera Sala había resuelto tres asuntos sobre la inconstitucionalidad del mismo en la parte “con la finalidad de procrear”, y declarando interpretación conforme la porción normativa de “entre un solo hombre y una sola mujer”. La decisión analizada retoma dicho análisis, dando un paso importante al también declarar inconstitucional esta última frase.

Para hacer el análisis de la norma, la sentencia destaca que se está en presencia de una norma que implica una categoría sospechosa, por lo que debía aplicarse un *test* de escrutinio estricto.

Al aplicar el mismo, determinó que la norma pasaba el primer paso del *test*, puesto que persigue la finalidad imperiosa y constitucionalmente

²⁵ Dicha aproximación se originó en la Corte Constitucional de Sudáfrica, en los casos: *Transvaal Coal Owners Association and others vs. Board of Control, Gool vs. Minister of Justice* 1955 (2) SA 682 (C), *Ferreira vs. Levin NO and Others, y National Coalition for Gay and Lesbian Equality vs. Minister of Justice*. Véase Quintana Osuna, Karla I., “*El matrimonio igualitario...*”, cit.

²⁶ Véase Woolman, Stu y Bishop, Michael, *Constitutional Law of South Africa*, 2a. ed., vol. 3, Cape Town, Juta, 2008, pp. 36-66. Citado en la sentencia del amparo en revisión 152/2013, fallada el 23 de abril de 2014.

²⁷ Para el análisis del caso, véase en este libro el capítulo de Micaela Alterio.

importante de proteger a la familia, de conformidad con el artículo 4o. constitucional.

En segundo lugar, para determinar si la distinción hecha en las leyes en las que sólo se incluyen a parejas heterosexuales estaba directamente vinculada con la finalidad de la institución del matrimonio, la decisión analizó quiénes estaban comprendidos y excluidos de dicha categoría, y cuál era el contenido específico del mandato constitucional de la protección de la familia. En ese sentido, era claro que la norma incluía a las parejas heterosexuales con intención de procrear. Por tanto, la sala dividió su análisis para referirse primeramente a la frase “con la finalidad de perpetuar la especie” y, posteriormente, a la de “entre un solo hombre y una sola mujer”.

En relación con la perpetuación de la especie, destacó que la finalidad del matrimonio no es la procreación, sino el compartir una vida en común. Así, se subrayó que la procreación como fin del matrimonio no está directamente conectada con el mandato constitucional de protección de la familia, porque deja fuera a las parejas heterosexuales que accedan al matrimonio y que no quieran procrear —lo cual muestra la falta de idoneidad en la medida— y, por otro, deja fuera a las parejas del mismo sexo.

Una vez determinado que la perpetuación de la especie no es el fin del matrimonio, sino tener una vida en común, la sala reiteró que no existe razón constitucional válida para excluir del mismo a las parejas del mismo sexo. En consecuencia, concluyó que limitar el matrimonio a parejas heterosexuales es “claramente discriminatorio”, porque las relaciones entre parejas del mismo sexo —quienes se encuentran en una “situación equivalente a las parejas heterosexuales”— pueden adecuarse perfectamente a la institución del matrimonio y de familia.²⁸

Así pues, la sentencia destacó que una vez que la distinción legislativa impugnada, basada en la orientación sexual, no está ni directa ni indirectamente conectada con la finalidad imperiosa del matrimonio, desde el punto de vista constitucional la medida es inconstitucional.

VIII. REPARACIONES POR UNA NORMA DISCRIMINATORIA

Las reparaciones otorgadas en sentencias de amparo en México son limitadas. Ello se debe al entendimiento que sobre los efectos del amparo se ha tenido históricamente, como que éste tendría la intención de restituir al peticio-

²⁸ Al respecto, citó la sentencia en el *caso Schalk y Kopf vs. Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de junio de 2010, párrafo 99.

nario al estado en que se encontraba antes de la violación alegada (restitución integral), además de que la protección otorgada por un amparo se limita a quien interpuso el recurso y no tiene efectos *erga omnes*.²⁹ Esto es especialmente cierto respecto del amparo contra leyes, en el cual la Suprema Corte parecía sostener, en ocasiones, que su tarea es la de invalidar la ley para el caso concreto, siguiendo el paradigma del legislador negativo de Hans Kelsen.

Por un lado, ciertamente la restitución integral es, *prima facie*, la forma idónea para restituir integralmente a quien ha sufrido una violación de derechos humanos. Sin embargo, lo cierto es que rara vez existe la posibilidad de cumplir con esta forma de reparación, por la naturaleza misma de las violaciones de derechos humanos que ocasionan daños irreparables. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia internacional han ampliado considerablemente las otras formas de reparación en casos de violaciones de derechos humanos.³⁰

Por otro lado, el hecho que los efectos del amparo sólo tengan impacto en quien lo interpuso, muestra, en algunos casos —sobre todo en la inconstitucionalidad de las normas—, un desfase entre la declaratoria de que una ley es, por ejemplo, discriminatoria, y el hecho de que, en la práctica, dicha decisión no impactará en la violación que siguen sufriendo muchas personas con la aplicación de la misma. En ese sentido, para el amparo mexicano —como ha sido entendido—, difícilmente existiría cabida para las garantías de no repetición previstas en la doctrina, las cuales tienen la intención de prevenir la comisión de nuevas violaciones de derechos humanos, una vez que se ha detectado una violación de derechos humanos que puede ser —o es— recurrente.³¹

No obstante lo anterior, el entendimiento sobre el alcance de los efectos de un caso, como el presente, ha empezado a ampliarse a partir de la sentencia analizada.

El primer efecto de esta sentencia fue declarar inconstitucionales la referencia a que la finalidad del matrimonio es la procreación, así como la porción normativa que define a la institución como la unión entre un solo hombre y una sola mujer, destacando que dicha declaratoria situaba “a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo”.³²

²⁹ Véase Quintana Osuna, Karla I., “El reconocimiento judicial...”, *cit.*

³⁰ Cf. Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006; e *idem*.

³¹ Véase Quintana Osuna, Karla I., “El reconocimiento judicial...”, *cit.*

³² Sentencia del amparo en revisión 152/2013, *op. cit.*, párr. 221.

Es importante recordar que en los tres asuntos que había resuelto un año antes sobre el mismo artículo impugnado, la sala había determinado que la finalidad de la procreación como fin del matrimonio era inconstitucional, mientras que la porción normativa “entre un solo hombre y una sola mujer” admitía una interpretación conforme.³³ Sin embargo, en la sentencia analizada en el presente artículo, luego de concluir que la norma es discriminatoria contra los peticionarios, la sala determinó, separándose de sus precedentes, que no era posible hacer una interpretación conforme, pues lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a la institución del matrimonio, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma.³⁴

Por otro lado, un paso importante en el entendimiento de los efectos o reparaciones fue que se determinó que, como la discriminación legislativa estaba basada en juicios de valor de la sociedad, el sistema de justicia debía no sólo reparar el daño, sino “impulsar un cambio cultural”, y además, vinculó los efectos “a todas las autoridades”, aun cuando consideró que la ley impugnada discriminaba por su simple existencia a los recurrentes, pese a que éstos no quisieran casarse.

En ese sentido, la Corte estableció que cuando se analiza la regularidad de los mensajes o valoraciones de las normas, y determina su invalidez, se debe ordenar desincorporar a los actores del ámbito personal de validez de la ley, y de prohibir al Estado proyectar el mensaje estigmatizador en su contra, a través de cualquiera de sus autoridades, precisando que la sentencia debe repositionar el reconocimiento de la dignidad de las persona, disuadiendo a las autoridades de la comunidad a reforzar el tipo de significado social inserto en la norma, e impulsar —se insiste— un cambio cultural a favor de la inclusión.

Con esta decisión, la Primera Sala avanza en el entendimiento de los efectos que se pueden dar a través del amparo, ampliando el espectro de reparaciones posibles, atendiendo al tipo de violación declarada, en este caso, la discriminación.

³³ Véanse los amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012, resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de diciembre de 2012.

³⁴ La sentencia cita el caso *Perry vs. Brown*, 671 F.3d 1052 (2012), en el cual una Corte de Apelación en Estados Unidos en California abordó la cuestión sobre si un régimen de *domestic partnership*, que reconoce a las parejas del mismo sexo todos los derechos y obligaciones que las parejas heterosexuales casadas a excepción del término “matrimonio” para su institución, es discriminatorio. En dicho precedente, la Corte americana sostuvo que efectivamente constitúa una clasificación contraria a la igualdad ante la ley, pues la exclusión sólo se fundamentaba en la desaprobación de un grupo de personas.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si se considera la centralidad que tiene el juicio de amparo para la regularidad constitucional y la protección de los derechos humanos en México, esta sentencia es relevante para determinar la suerte de futuras controversias en materia de discriminación. Con esta decisión es posible reconocer, a través del amparo, la legitimación procesal contra leyes a quien se sienta afectado por la parte valorativa de una norma, por contener mensajes discriminatorios. Como adelantábamos en la introducción, esto no es un tema menor, pues constituye la puerta de entrada —que es sin duda, la más importante en términos procesales— para hacer procedente, y por tanto justiciable, un reclamo de discriminación normativa por la simple existencia de la norma. Es, sin duda, la forma en que, judicialmente, las minorías pueden lograr defenderse de las mayorías. De ahí la importancia fundamental de la cuestión con una discusión sustantiva.

Como destacamos, en el caso analizado se determinó que una ley puede de discriminar tanto cuando establece exclusiones normativas o tratos diferenciados como cuando transmite prejuicios o ayuda a construirlos en la dimensión de los símbolos; nunca antes se había reconocido esta parte valorativa de las normas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana. Esta decisión es de la mayor relevancia, pues reconoce que las normas constituyen un instrumento de construcción de significados sociales, y cuando respaldan uno cuyo efecto o propósito es discriminar a uno de los grupos identificados como categorías sospechosas, cualquier miembro de ese grupo puede acudir al amparo, sin la necesidad de pasar por la aplicación de su contenido. Esto redimensiona el tipo de escrutinio de validez realizado por un tribunal constitucional.

Ahora bien, el eventual éxito de un nuevo abordaje jurisprudencial de un tribunal constitucional depende de la capacidad de reflejar su nueva teoría en un estándar administrable judicialmente. Así, por ejemplo, no es posible pasar por alto que en los Estados Unidos el concepto de daño expresivo ha sido criticado porque la Suprema Corte de ese país lo introdujo sin ofrecer estándares administrables en los casos concretos.

Consideramos que el caso de la Suprema Corte de Justicia mexicana, analizado en este artículo, intenta dar un parámetro con pasos definidos, para facilitar su aplicabilidad. Así, es importante destacar que el estándar propuesto para la legitimación procesal, en casos idénticos de discriminación normativa por orientación sexual —en concreto sobre la definición de matrimonio— ha sido aplicado por la propia sala en diversos amparos, si-

guiendo este precedente, así como por diversos jueces de primera instancia en decenas de asuntos.

Asimismo, tenemos conocimiento que el estándar ha sido solicitado en algunas demandas de amparo para casos distintos al de orientación sexual, involucrando otras categorías sospechosas. Una de ellas alude a la discriminación normativa con base en el sexo y edad de las solicitantes; en específico con leyes relativas a las causales de interrupción del embarazo y el impacto diferenciado que éste puede tener en niñas indígenas en el estado de Guerrero. Otras demandas han solicitado la aplicación del estándar, al considerar a los defensores de derechos humanos dentro de una categoría sospechosa —cuestión que no discutimos en esta ocasión—, y han tenido respuestas positivas por parte de los juzgadores. Podrían existir nuevos planteamientos de discriminación normativa con base en distintas categorías sospechosas, como por ejemplo, en materia de pueblos indígenas o personas con discapacidad.

También es importante referir que la propia Primera Sala, tomando como base el criterio de la sentencia estudiada en este artículo, ha desarrollado con diferentes matices —separándose del criterio de categoría sospechosa y desarrollando uno específico para libertad de expresión— el estándar para considerar que la existencia de una ley penal que inhiba la libertad de expresión puede tener un efecto amedrentador o *chilling effect* que afecte a quienes se dediquen a la búsqueda de información.³⁵ En esos casos, la Suprema Corte determinó redimensionar una vez más el tipo de afectación analizable en sede de control constitucional.

Así pues, consideramos que esta nueva categoría de sentencias ha abierto, sin duda, una discusión sobre los efectos de un fallo constitucional y del tipo de acciones permitidos a los jueces.

No obstante, hay que decirlo, el criterio analizado en este artículo corresponde a una mayoría simple de la sala, por lo que no tiene la fuerza vinculante que tendría con una mayoría calificada, sino orientadora, lo cual tiene como consecuencia que algunos jueces —los menos, es importante recalcar— decidan no aplicarlo. A ello hay que agregar que la mayoría simple se podría ver mermada con nuevas integraciones. En consecuencia, su sobrevivencia como precedente depende de su aceptabilidad en casos futuros por las nuevas integraciones de la Suprema Corte de Justicia —y la

³⁵ Dichas leyes se conocen en México como leyes “antihalconeo”, las cuales buscan, en general, desincentivar la búsqueda de información de organismos de seguridad. Véase amparos en revisión 482/2014 y 492/2014, resueltos el 20 de mayo y 9 de septiembre de 2015, respectivamente.

aplicación por parte de los demás juzgadores—; de no lograr aceptación, las nuevas formas de afectación incluidas en el concepto de interés legítimo podrían replegarse.

No podemos negar, sin embargo, que con esta sentencia se abrió la posibilidad de tener un debate sobre el nuevo entendimiento del juicio de amparo desde una perspectiva de derechos, no sin abordar una discusión de discriminación que obliga a las instituciones a replantearse el efecto útil de las mismas para responder a la realidad, en el marco de la función jurisdiccional. Esperamos que esta discusión siga abierta, y que el criterio propuesto no pase a la historia jurisprudencial como un momento aislado, sino como un capítulo más de la novela.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
- PILDES, Richard y NIEMI, Richard, “Expressive Harm, ‘Bizarre Districts’ and Voting Rights: Evaluating Election-District Appearance after *Shaw vs. Reno*”, *Michigan Law Review*, Ann Arbor, diciembre de 1993, vol. 92, núm. 3.
- _____, “Principled Limitations on Racial and Partisan Redistricting”, *The Yale Law Journal*, junio de 1997, vol. 106, núm. 8.
- QUINTANA OSUNA, Karla I., “El matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la judicatura”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, 2015.
- _____, “El reconocimiento judicial del matrimonio igualitario en México: una visión hacia el principio de igualdad y no discriminación”, en la obra homenaje a Cecilia Medina Quiroga (en prensa).
- SABA, Roberto, “Desigualdad estructural”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- SERRANO GARCÍA, Sandra et al., *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011.
- SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- SUNSTEIN CASS, R., “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, 1996, vol. 144.

EL DAÑO EXPRESIVO DE LAS LEYES. ESTIGMATIZACIÓN POR ORIENTACIÓN... 129

WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, New Haven, abril de 2006, vol. 115.

WOOLMAN, Stu y BISHOP, Michael, *Constitutional Law of South Africa*, 2a. ed., Cape Town, Juta, 2008, vol. 3.

LA SUPREMA CORTE Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS MENSAJES ESTIGMATIZANTES

Ana Micaela ALTERIO*

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *Breve repaso de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.* III. *Reflexiones acerca de la doctrina de la Suprema Corte sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.* IV. *Ánálisis de la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2013.* V. *A modo de conclusión.*
VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

El objetivo de este trabajo consiste en mostrar cómo los tribunales pueden garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria si así lo desean. Lo que se requiere es voluntad y creatividad de sus integrantes al interpretar las normas procesales con el fin de proteger los derechos fundamentales. Con esa idea en mente se analiza un cambio positivo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el interés legítimo —desarrollado en el amparo en revisión 152/2013—, cuando está de por medio un reclamo de discriminación motivado por la sola expedición de una ley, sin que medie un acto de aplicación de la misma.

Sin embargo, esta presentación no hace justicia a los cambios que acompañan esta concepción sobre el interés legítimo. De hecho, lo que se encuentran son tres temas íntimamente concatenados: 1) una forma más amplia de entender el interés legítimo basada en, 2) la percepción de que el derecho discrimina a través de los mensajes que transmite, y 3) situación

* Profesora de tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho del ITAM. Este artículo fue previamente publicado en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, enero-diciembre de 2016, pp. 1-32. Agradecemos el permiso dado para la reproducción en esta obra.

que la Corte considera puede combatir a través de sus sentencias.¹ En concreto, la nueva concepción del interés legítimo entiende que la discriminación que conlleva una ley que excluye a las personas del mismo sexo del acceso al régimen matrimonial no sólo se da por la exclusión jurídica y material que implica,² sino por el mensaje que acompaña esa exclusión. Mensaje que la Primera Sala considera puede combatir a través de sus sentencias.

Es decir, se trata de la apertura de una puerta fronteriza del imperio de la ley,³ algo especialmente raro en nuestro entorno, para combatir en los tribunales los mensajes discriminatorios del derecho, basada en una nueva concepción de cómo es que el derecho discrimina y de lo que la Corte puede de hacer para combatir un mensaje que reproduce y refuerza estereotipos sexuales de carácter estructural.⁴ De esta forma, las categorías del derecho procesal constitucional, entre ellas el interés legítimo, se ponen al servicio de los derechos fundamentales y no a la inversa.⁵ Asimismo, la Suprema Corte reprocha de manera más enérgica la discriminación, pues no sólo combate el trato diferenciado, sino los mensajes discriminadores y busca conformar un discurso ajeno a la estigmatización.

¹ Como se señala en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género...*, por medio de las sentencias los y las juezas intervienen en la realidad y cotidianidad de las personas; reconocen hechos y les atribuyen consecuencias de derecho. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 70.

² Lo cual ya se había reconocido en el amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala.

³ La idea de frontera del imperio de la ley la obtengo de Rosemary Hunter. Con esta idea, Hunter se refirió a las vallas que impiden el acceso a la justicia. Hunter, Rosemary, “Protección en las fronteras de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia”, en Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2011, p. 86.

⁴ El estereotipo sexual consiste en que las relaciones sexuales “correctas” y, por tanto, protegidas por el derecho son aquellas que se dan con una persona del sexo opuesto. Este estereotipo se acompaña de otros tales que consideran que los hombres gay y las lesbianas no forman relaciones estables o no son capaces de dar a los niños y niñas lo que necesitan. *Protocolo para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 18-25. El carácter estructural se debe al arraigo y reproducción histórica del trato discriminatorio hacia los homosexuales. Para algunos, los estereotipos son estructurales por definición. Véase *Protocolo para juzgar con perspectiva de género...*, cit., pp. 48, 50.

⁵ Este cambio ya puede considerarse positivo, pues hace frente a las dificultades que se desprenden de las condiciones reales de acceso a los tribunales para un grupo oprimido como son los homosexuales, y se toma en serio la idea de hacer efectiva la decisión constitucional de gozar efectivamente del derecho a no ser discriminado por preferencias sexuales. Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia, “Introducción”, en Birgin, Haydee y Gherardi, Natalia (coords.) *op. cit.*, pp. XI, XIV.

De esta manera, los y la integrante de la Primera Sala nos dicen que están abiertos a nuevos reclamos sociales en contra de la discriminación, y dispuestos a acompañar la movilización social. Nos *insinúan* que quieren ser parte del cambio social y no la fuente de una doble victimización por discriminación sistémica,⁶ para lo cual están dispuestos a hacer interpretaciones novedosas de las normas procesales con el fin de garantizar los derechos fundamentales. Este no es un tema menor en un país en el que las puertas de la justicia han estado y siguen estando cerradas para los grupos desaventajados.

Obviamente hay que ser cautelosas con el optimismo, y evitar caer en el error de pensar que la Primera Sala se ha convertido en nuestra aliada indiscutible. Eso depende, entre otras cosas, de la consolidación de un liderazgo judicial que tenga en su agenda a la igualdad. En cualquier caso, este paso adelante puede ser de interés no sólo para los abogados y abogadas, sino para todos los movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales que están llevando sus demandas de igualdad ante la Corte. En ese sentido, este ensayo está dirigido a activistas en derechos humanos que buscan combatir a través de la movilización legal la discriminación por razón de género.

El trabajo está dividido en dos grandes apartados. En el primer apartado empiezo con un repaso de la jurisprudencia de la Corte sobre el principio de igualdad y no discriminación, y aprovecho para plantear tres reflexiones sobre dicha doctrina. En primer lugar, defiendo la idea de distinguir entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación basada en el texto constitucional, por razones técnicas y por razones discursivas. En segundo lugar, me refiero a la discusión sobre quién está protegido por las categorías sospechosas y las dificultades de prueba que conlleva. En tercer lugar, me refiero a los efectos de los tratos discriminatorios.

En el segundo apartado me enfoco en el análisis del amparo en revisión 152/2013. En primer término describo las concepciones de interés jurídico y de interés legítimo explicitadas en el amparo en revisión 152/2013 y sitúo dentro del interés legítimo el cambio que introduce la sentencia. Posteriormente, planteo tres cuestiones: 1) La afectación de la esfera jurídica derivada de la transmisión de un mensaje estigmatizador, 2) El papel de la Suprema Corte en contra de la discriminación y el control judicial del mensaje estigmatizador del legislador democrático y 3) La sentencia constitucional como medio para contrarrestar el mensaje estigmatizador.

⁶ Consistente en ser discriminado no sólo por el legislador, sino también por la falta de acceso a la justicia. Sobre discriminación sistémica, véase la Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrs. 10, 12 y 17.

II. BREVE REPASO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

A través de su jurisprudencia, la Suprema Corte ha entendido el principio de igualdad y la prohibición de discriminación como un mismo principio. Esto lo ha hecho de la siguiente forma:

- 1) El derecho a la igualdad es de titularidad individual y grupal.⁷
- 2) Estima que el principio de igualdad y prohibición de discriminación es eficaz en las relaciones entre particulares.⁸
- 3) Para su interpretación, debe tener en cuenta los tratados internacionales.⁹
- 4) Para que un trato desigual esté justificado, debe contar una justificación objetiva y razonable.¹⁰
- 5) Distingue entre igualdad formal e igualdad sustantiva o de hecho. La igualdad formal se subdivide en dos facetas: a) igualdad ante la ley y b) igualdad en la aplicación de la ley.¹¹ Por su parte, la igualdad sustantiva o de hecho radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos.¹²

⁷ Tesis 1a. XLI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 644.

⁸ Tesis 1a. XX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2013, p. 627.

⁹ Tesis 1a. XL/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero 2014, p. 648.

¹⁰ Tesis 2a. LXXXII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 448; tesis 2a. /J.42/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, abril de 2010, p. 427; tesis 2a. LXXXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 440.

¹¹ Tal vez el principal exponente de la igualdad formal es Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960.

¹² Tesis 1a. XLIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 645.

- 6) Tratándose de distinciones basadas en categorías sospechosas o que tengan una proyección central sobre derechos fundamentales se utiliza un escrutinio estricto.¹³
- a) Las categorías sospechosas protegen a individuos o grupos contra los que hay un prejuicio o estereotipo y están en situación de desventaja,¹⁴ son vulnerables,¹⁵ están en situación de subordinación y/o tienen disminuido su poder político frente a otros grupos,¹⁶ por lo que de utilizarse una categoría sospechosa para beneficiarles a través de una acción afirmativa no procede el escrutinio estricto, sino el *test* de razonabilidad.¹⁷
 - b) Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, aunque no existe una delimitación exhaustiva de tales grupos sociales para la aplicación de esta faceta del principio de igualdad, el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución federal ha establecido distintas categorías sospechosas que sirven como punto de partida para su identificación.¹⁸
- 7) El derecho antidiscriminatorio exige acciones positivas del Estado con el fin de lograr una igualdad de hecho.¹⁹

¹³ Tesis 1a. CII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2013, p. 964; tesis 1a. XCIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2013, p. 961; tesis 1a. CI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2013, p. 958; tesis P.J. 28/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 5; tesis P. VIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 33; tesis 1a. CII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 185; tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175.

¹⁴ Tesis 1a. C/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 523; tesis 1a. XCV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, mayo de 2012, p. 1112; tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2010, p. 183.

¹⁵ Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 524; tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 24.

¹⁶ Tesis 1a. XLIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 644.

¹⁷ Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183.

¹⁸ Tesis 1a. XLIII/2014, *op. cit.*

¹⁹ *Idem*; tesis 1a. CLXXVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2012, p. 482; tesis 2a. CXVI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 639.

- 8) Las acciones positivas del Estado incluyen al Poder Judicial, el que debe juzgar con perspectiva de género, etcétera.²⁰

III. REFLEXIONES ACERCA DE LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. *Por qué distinguir entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación*

A diferencia del uso indistinto que la Suprema Corte da al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, considero que deben diferenciarse con base en el texto constitucional por razones de claridad conceptual y por sus implicaciones discursivas.²¹

La distinción tiene sustento en el texto constitucional, pues mientras la prohibición de discriminación tiene su base en el artículo 1o., párrafo quinto; el principio de igualdad se ve reflejado en diversos numerales como el artículo 1o., párrafo primero, que establece: “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”; artículo 4o., párrafo primero: “el varón y la mujer son iguales ante la ley”; artículo 123, apartado A, fracción V: “para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”, etcétera.

Además, por razones de claridad conceptual no resulta conveniente utilizar la misma categoría jurídica para referirse a herramientas que buscan combatir situaciones distintas de desigualdad, a través de mecanismos diversos. En efecto, el principio de igualdad es un principio transversal del orden jurídico que obliga a analizar cualquier trato desigual que se considere

²⁰ Tesis 1a. C/2014, *op. cit.*; tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 524; tesis 1a. XXIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 677.

²¹ Uno de los tribunales que hace esta distinción es el Tribunal Constitucional español a partir de la STC 128/1987. Sobre el punto, véase Balaguer, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra, 2005, p. 228. Es llamativo que en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género..., cit.*, p. 43, se hace esta distinción en algunos de sus ejemplos.

injustificado bajo un estándar ordinario.²² Siendo que las distinciones son connaturales al derecho y pueden basarse en muy diversos criterios, muchos de ellos razonables, resulta pertinente utilizar el principio de igualdad para su análisis. Así, la aplicación de un estándar ordinario para analizar la gran mayoría de las distinciones que el derecho lleva a cabo tiene dos ventajas: 1) respeta la decisión de nuestros representantes electos por voto popular, quienes tienen un amplio margen para realizar distinciones dentro del marco constitucional; 2) desincentiva la litigiosidad por razones de igualdad, y da seguridad jurídica a los gobernados, en tanto las decisiones democráticas cuentan con una presunción de constitucionalidad.

Sin embargo, no todos los criterios para hacer distinciones tienen la misma calidad. En efecto, las Constituciones y/o la jurisprudencia constitucional establecen ciertos criterios para realizar distinciones como sospechosos desde el punto de vista de la igualdad. Estos criterios se identifican por medio de las categorías sospechosas, y su utilización tiene como consecuencia aplicar un escrutinio más estricto al analizar la distinción y presumir su inconstitucionalidad. Es decir, se exige al poder público que hizo la distinción una justificación robusta para llevarla a cabo.

El aplicar un “escrutinio estricto”²³ implica asumir un alto nivel de sospecha y una “presunción de inconstitucionalidad” de la norma. Las razones que generan la sospecha son de diversa índole. Por ejemplo, la norma hace distinciones basadas en criterios pocas veces relevantes o en características no modificables, como *raza*; se trata de criterios distintivos que chocan con la moral social, un ejemplo: las preferencias sexuales; exigen un cambio no apropiado o la modificación de una característica o decisión protegida por un derecho fundamental, por ejemplo: religión; son criterios distintivos con una carga histórica negativa.

En cualquier caso, se trata de criterios distintivos que son especialmente odiosos y, por tanto, conllevan un reclamo más fuerte por parte del derecho. Naturalmente este reclamo debe hacerse a través de la palabra discriminación. En efecto, la utilización del término discriminación tiene una connotación especial desde un punto de vista discursivo.²⁴ Comunica un juicio

²² Tesis 1a. CCLVIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, julio de 2014, p. 150.

²³ En Estados Unidos, el fallo que anuncio *test* más estrictos fue *United States vs. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, en su nota 4.

²⁴ Como señalan Conley y O’Barr, la forma en que hablamos de un problema está íntimamente relacionado con la forma en que pensamos sobre el mismo, y en última instancia en cómo actuamos al respecto. Conley, John M. y O’Barr, M., *Just Words, Law, language and Power*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 7

negativo extraordinario de un trato desigual que tiene características especiales. Expresa un juicio negativo más fuerte por parte de la persona que lo hace.

De esta manera, si no se diferencia entre los reclamos de igualdad y se hacen todos bajo el mismo ropaje del “principio de igualdad y no discriminación”, como lo hace la Suprema Corte, se desperdicia la fuerza que conlleva la palabra discriminación, pues se deja de comunicar a través del lenguaje jurídico los distintos juicios de valor que se hacen sobre diversas conductas y relaciones de poder. Así, al no distinguir las categorías se pierden claras ventajas comunicativas que nos da la palabra discriminación, esto es, trasmitir el mensaje y permitir que la receptora conozca de manera inmediata que está ante una conducta especialmente odiosa, la cual se ha analizado con una exigencia especial y la cual se reprocha de manera enérgica.²⁵ Además, es una conducta ante la cual se espera una respuesta igualmente enérgica por parte de la receptora del mensaje.

Desde el punto de vista de la efectividad de las sentencias, un lenguaje diferenciado también tiene repercusiones. Así, si no se distingue entre igualdad y no discriminación, el carácter odioso de la distinción sólo se hace patente a través de la lectura íntegra de la sentencia. Con ello se pierde la oportunidad de lograr mayores alcances con las sentencias, e incluso de construir un discurso más accesible a todos y todas, que sirva para combatir situaciones de desigualdad especialmente odiosas.²⁶ Tal vez la importancia de la palabra se hace más patente si pensamos en las reacciones que nos causan las siguientes exclamaciones: ¡me han discriminado! o ¡me han tratado de manera desigual con base en un criterio sospechoso!

2. De las categorías sospechosas

Como ya adelanté, la discriminación se vincula con ciertos criterios sospechosos para hacer distinciones, los cuales son identificados por las categorías sospechosas. El artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución mexicana prevé como categorías sospechosas: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Por su parte,

²⁵ Sobre la función comunicativa del derecho, véase Olivercrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 4a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1998.

²⁶ Véase Conley, John M. y O'Barr, M., *op. cit.*, p. 14.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 1o.: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ahora bien, esto no nos resuelve quiénes están protegidos por las categorías sospechosas, por ejemplo, dentro de la distinción por raza, si están protegidas las personas blancas o indígenas de la misma manera, o en lo relativo al sexo, si se debe el escrutinio estricto para hombres, mujeres o LGTTB²⁷ de igual forma. La respuesta a esta interrogante se encuentra en el *fin* del derecho antidiscriminatorio, es decir, en la razón por la cual es necesario utilizar escrutinios más estrictos para analizar la constitucionalidad de la norma y/o para implementar acciones afirmativas. Como es obvio, existen distintas respuestas, entre ellas:

- 1) El derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir cualquier distinción que tenga como base una categoría sospechosa (esta perspectiva suele denominarse anticlasificación).²⁸
- 2) El derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir distinciones basadas en categorías sospechosas que están *motivadas por* un prejuicio o estereotipo en contra de individuos o grupos que les produce desventajas serias y sistemáticas.²⁹
- 3) El derecho antidiscriminatorio debe utilizarse para combatir el trato desigual basado en categorías sospechosas que *perjudiquen* a individuos o grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural). Esta última visión se llama de antisubordinación, pues busca combatir la subordinación de individuos o grupos.³⁰

Ya se vio que la Suprema Corte mexicana adopta tanto la respuesta 2) como la 3). Sin embargo, estimo necesario repasar los retos que conlleva cada una de estas respuestas, pues nos ayudará a valorar las implicaciones que tiene la nueva doctrina de la Corte sobre el control de los mensajes discriminadores del legislador.

²⁷ Lesbianas, gays, travestis, transexuales y bisexuales.

²⁸ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800.

²⁹ Campbell, Tom D., “Unlawful Discrimination”, en Wojciech, Sadurski (ed.), *Ethical Dimensions of Legal Theory*, Amsterdam, Rodopi, 1991, pp. 162 y 163.

³⁰ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., *op. cit.*

La primera de las respuestas —que ha sido adoptada por la Suprema Corte de Estados Unidos— tiene el inconveniente de que abre la puerta para que grupos aventajados busquen una protección especial (a través de la aplicación del escrutinio estricto) en la medida en que una norma realice una distinción basada en una característica que se encuadra dentro de una categoría sospechosa. Piénsese, por ejemplo, en el típico caso de acción afirmativa en ese país en el que se da cierto tipo de preferencia a las personas afroamericanas o latinas para ingresar en instituciones educativas de alto nivel. Si se aplica esta primera respuesta, la norma puede ser impugnada por una persona blanca que queda fuera de la institución en atención a dicha preferencia.³¹ En un caso como éste, al tratarse de una distinción basada en una categoría sospechosa, como la raza, se debe exigir una justificación robusta y presumir su inconstitucionalidad, aun cuando beneficie a un individuo o grupo desventajado.

Asimismo, la respuesta 1) omite analizar casos en que la distinción está basada en criterios no sospechosos o “neutrales” —por ejemplo: el nivel de estudios—, pero que impactan negativamente en un individuo o un grupo que tiene una característica que se encuadra dentro de una categoría sospechosa. Piénsese, por ejemplo, en el caso de exigir un nivel de estudios de licenciatura para ser policía en un municipio en el que el 95% de los y las licenciadas son blancas o mestizas, y sólo un 2% son indígenas. Estos casos suelen identificarse como de discriminación indirecta,³² y obligan a prestar atención no sólo al criterio que se utiliza para la distinción, sino a quién beneficia y a quién perjudica.

Piénsese ahora en las respuestas 2) y 3). Es necesario enfatizar la diferencia entre ellas, pues si bien suelen agruparse, no son exactamente lo mismo. En efecto, mientras que la respuesta 2) se preocupa por el motivo de la discriminación, y lo que se busca es combatir los prejuicios y estereotipos, la respuesta 3) no indaga en el motivo de la discriminación, sino que se enfoca en quién es el individuo o grupo vulnerable y busca promover su igualdad material. En este último supuesto, puede suceder que la causa de la vulnerabilidad, exclusión o subordinación sea un estereotipo y, en esa medida, se busca combatir tanto el estereotipo como la vulnerabilidad. Sin embargo, puede darse el caso de que un individuo o grupo sea vulnerable sin que se

³¹ El desarrollo de esta línea jurisprudencial de la Suprema Corte norteamericana comenzó con el caso *Regents of the University of California vs. Bakke*, 438 U.S. 265.

³² López Guerra, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 27.

deba a un estereotipo. Por ejemplo, una minoría “discreta e insular”³³ que no tiene fuerza política y no es escuchada en el proceso político. De hecho, de acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte, la falta de poder político es una de las características que definen la vulnerabilidad.³⁴

La respuesta 2), por su parte, presenta el inconveniente de requerir adentrarse en el debate de qué constituye un prejuicio o estereotipo, qué tipo de consecuencias debe tener y cómo se prueba.³⁵ Otro inconveniente es que hay “situaciones en las que la desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad”.³⁶ Estos casos quedarían fuera de protección según este criterio.

Finalmente, la respuesta 3) se enfrenta con el problema de decidir qué tipo de vulnerabilidad, exclusión o subordinación quiere ser combatida por el derecho antidiscriminatorio, y cómo se prueba. Por ejemplo, Añón Roig propone identificar al grupo desaventajado, por estar compuesto de a) individuos que comparten un rasgo que motiva la discriminación, b) exista una historia de discriminación que se proyecte sobre su situación actual y pueda ser probada, y c) prueba de que el grupo se encuentra en una situación de subordinación.³⁷

Pues bien, por ahora la Suprema Corte no se ha preocupado mayormente por establecer criterios para definir y probar el estereotipo, la vul-

³³ Por seguir con la clasificación que se hizo famosa en la sentencia *United States vs. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

³⁴ Tesis 1a. XLIII/2014, *op. cit.*

³⁵ Cook y Cusack definen un estereotipo como una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. Además, para su identificación sugieren analizar cuidadosamente los hechos, analizar el razonamiento subyacente a la decisión, y tomar en cuenta las siguientes señales de alerta: a) evaluación de una persona por su pertenencia al grupo, b) evaluación de las calificaciones o credenciales basada en información tangencialmente relevante, c) la percepción e interpretación selectiva y d) el juicio o evaluación extremos basados en evidencia limitada. Asimismo, se han referido a las consecuencias que pueden tener estos estereotipos: a) negación de un beneficio, b) imponer una carga, c) degradar a las mujeres, menoscabar su dignidad o marginarlas. Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género*, trad. de Andrea Parra, Bogotá, Profamilia, 2010, pp. 11, 61, 76 y ss.

³⁶ Esta visión sobre la desigualdad suele llamarse estructural. De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 4, 28.

³⁷ Añón Roig, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, octubre de 2013, pp. 133-137.

nerabilidad, la situación de subordinación, etcétera. Es decir, ha ido identificando al individuo o grupo estereotipado, vulnerable, etcétera, caso por caso y sin mayor exigencia de prueba.³⁸ Consecuentemente, ha utilizado *test* más estrictos para evaluar las distinciones que perjudican a esos individuos o grupos que ellos consideran estereotipados o vulnerables.

El problema de esta práctica consiste en la amplia discrecionalidad que se les da a los jueces para definir quiénes son esos individuos o grupos estereotipados, vulnerables, subordinados o que carecen de poder político y quiénes no. Situación que se hace aún más preocupante, cuando los jueces pueden controlar con base en esa clasificación no sólo la distribución legislativa de cargas, beneficios, derechos, etcétera, sino los mensajes emitidos por el legislador que perjudican a esos individuos o grupos. En pocas palabras, por un lado hay un amplio margen de discrecionalidad para definir a los individuos y grupos protegidos y, por el otro, con base en esa definición los jueces tienen la potestad de controlar los mensajes legislativos que consideran estigmatizan a dichos individuos o grupos.

3. Sobre los efectos de los tratos discriminatorios

Hasta ahora no he dicho nada sobre los efectos de los tratos discriminatorios, y es que éste no es un tema fácil. En mi opinión, deben distinguirse tres cuestiones.

La primera se da en el caso en que la norma haga la distinción para distribuir beneficios, penas, sanciones o derechos fundamentales. Este es el objeto distribuido sobre lo cual cabe preguntarse si el escrutinio de la medida debiera cambiar, según se trate de un beneficio no protegido por un

³⁸ Véase, por ejemplo, el amparo en revisión 7/2009: “la norma incluye una directiva aplicable a todos los que se dediquen a la comercialización de cigarrillos, los cuales no constituyen un grupo, sociológicamente hablando, equiparable a los articulados en torno a los criterios mencionados en el artículo 1o. —dado el sentido que, según acabamos de apuntar, tiene esa mención específica— ni tampoco una categorización que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar sus libertades” (foja 19); y también amparo directo en revisión 1464/2013, en donde señaló que una mujer coacusada “forma parte de un grupo social sujeto a vulnerabilidad y existe la posibilidad hipotética de que su voluntad se haya visto afectada por una dinámica de poder entre ella y su cónyuge, las distintas diligencias y pruebas que constan en el proceso penal no evidencian algún tipo de discriminación en su contra... lo anterior no quiere decir que la obligación de juzgar con perspectiva de género se actualiza cuando exista una prueba contundente de discriminación en contra de la mujer. El juzgador debe atender de manera minuciosa la situación de la mujer y su igualdad en cualquier asunto que se le presente” (fojas 48 y 49).

derecho fundamental (el acceso a una pista de hielo) o si lo que se afecta es un derecho fundamental (por ejemplo, la libertad de expresión según el contenido de la expresión). A su vez, dentro de este último supuesto, hay que preguntarse si hace alguna distinción el que la diferenciación afecte la libertad de expresión o la libertad de comercio, por ejemplo.

De hecho, en la sentencia que me ocupa (amparo en revisión 152/2013), uno de los temas pasados por alto es el hecho de que la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el que incluye la libre opción sexual.³⁹ Es decir, se trataba de una distinción basada en la orientación sexual (categoría sospechosa) y por tanto discriminatoria, que afectaba directamente a un derecho fundamental como el del libre desarrollo de la personalidad. En mi opinión, esta combinación entre una distinción basada en una categoría sospechosa que afecta un derecho fundamental, la hace mucho más odiosa.

Una segunda cuestión que debe distinguirse es entre los efectos en sentido amplio y los daños, pues la palabra daño en términos jurídicos tiene una connotación específica y exige la prueba de su existencia y de la relación de causalidad con el fin de exigir una reparación patrimonial. Por otro lado, un trato discriminatorio puede tener un efecto perjudicial como reproducir un estereotipo, pero sin generar un daño en sentido jurídico, y no por ello dejar de ser reprochable a través de una declaración de inconstitucionalidad. En este sentido, considero incorrecta la introducción que se hace en la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2013 del “daño” como un elemento para tener por acreditar la estigmatización,⁴⁰ pues establece un estándar no necesariamente aplicable para determinar que estamos ante un caso de discriminación en este tipo de asuntos.

Por último, debe distinguirse entre efectos benéficos o perjudiciales de la norma. De hecho, las acciones afirmativas se justifican en la idea de que, si bien se asientan en una categoría sospechosa, los efectos causados por la distinción son positivos para el grupo o persona vulnerable.

Estas distinciones entre efectos en sentido amplio y daños, y entre efectos positivos y negativos, están inspiradas en la discusión doctrinal generada por la sentencia estadounidense *Brown vs. Board of Education*.⁴¹ Una de las lecturas posibles de este caso es que la Suprema Corte no exigió prueba de un daño al considerar que la doctrina de “separados pero iguales” era inherentemente discriminatoria. Una lectura opuesta es que sí se preocupó por

³⁹ Amparo en revisión 6/2008.

⁴⁰ Foja 32, 38, 76.

⁴¹ 347 U.S. 483.

la comprobación del daño, y por eso citó, en la nota al pie número once, estudios que acreditaban los daños psicológicos y sociales de la segregación. Como explica la doctrina de ese país, uno de los argumentos de la Suprema Corte para aplicar un escrutinio estricto al analizar las acciones afirmativas (y no un *test* de razonabilidad como se propone aquí) es la dificultad de distinguir entre efectos benignos y perjudiciales de los tratos diferenciales basados en categorías sospechosas.⁴²

Pero ese último punto también es controvertido. Así, para algunos autores, si bien se puede hablar de efectos positivos de una acción afirmativa en términos de redistribución, esto no se puede hacer en términos culturales o simbólicos. En ese entendimiento, las medidas de acción afirmativa serían medidas paternalistas que vendrían a reforzar estereotipos (o estigmatizar al grupo beneficiario de las mismas)⁴³ e incluso tolerarían distinciones basadas en categorías sospechosas como la raza, el sexo, etcétera. Por supuesto que este es un tema complejo donde prima el desacuerdo, y donde la ponderación “costo-beneficio” de las medidas podrá hacerse sólo empíricamente y en el largo plazo.

De cualquier modo vale hacer dos anotaciones. En primer lugar, las medidas de acción afirmativa tienen un fuerte sustento en principios constitucionales, tienden a sanear situaciones históricas y estructurales de desigualdad y generar sociedades idealmente más igualitarias.⁴⁴ En segundo lugar, y desde el punto de vista empírico, hay que decir que, en general, los resultados han sido exitosos. Por ejemplo, para el caso de las medidas de “cuotas de género”, es decir, aquellas acciones afirmativas para lograr la representación femenina en los puestos electivos, los resultados han sido altamente positivos, y si bien en un primer momento pudieron llegar a reforzar estereotipos, con el tiempo el acceso a la representación de las mujeres ha implicado un vuelco de muchos de esos estereotipos, además de un avance en la defensa de los derechos específicos de género.⁴⁵

⁴² Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., *op. cit.*, p. 7.

⁴³ Sandel, Michael, *Justice: What's the Right Thing to do?*, Londres, Penguin Books, 2009, pp. 167 y ss.

⁴⁴ Para una defensa de las acciones afirmativas, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serie*, 5a. reimpr., trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 327-348; y del mismo autor, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 293-331.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el “Informe sobre la evolución normativa y las medidas afirmativas para la aplicación efectiva de las cuotas de género en el proceso electoral federal 2011-2012”, realizado por el IFE, agosto de 2012, <http://genero.ife.org.mx/docs/ife-eventInfCuotasago2012.pdf>. También Barrales Alcalá, Perla Berenice y Gómora Juárez, Sandra, “Participación política de la mujer en México. Acciones afirmativas y partidos políticos”, *Justicia Electoral. Revista del*

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 152/2013

1. *La doctrina sobre el interés jurídico y el interés legítimo, si se trata de normas autoaplicativas*

Uno de los retos interpretativos a los que ha tenido que enfrentarse la Corte por la expedición de la reforma constitucional y legal en materia de amparo es definir qué se entiende por interés legítimo. En el caso que me ocupa, la Primera Sala lo definió en los siguientes términos:

Tratándose de interés jurídico, se entenderá que son normas autoaplicativas aquéllas cuyos efectos ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación de un derecho subjetivo; es decir, cuando de forma personal y directa se creen, transformen o extingan situaciones concretas de derecho, en dos escenarios distintos: (a) esas normas establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o (b) generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traigan aparejadas consecuencias jurídicas para ellos. En caso contrario, cuando se requiera un acto de aplicación para la consecución de alguno de estos escenarios de afectación, las normas serán heteroaplicativas.

En ambos casos se entiende que la noción de afectación es un agravio personal y directo a un derecho subjetivo, por lo que cabría afirmar que los quejoso son destinatarios directos de estas normas.

Tratándose de interés legítimo, se entenderá que son normas autoaplicativas aquéllas cuyos efectos, igualmente, ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso.

[Asimismo]... el interés legítimo se puede generar por una afectación indirecta, generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico, lo que implica [...] que para constatar un interés legítimo no es necesario que las normas impugnadas tengan como destinatarios directos a los quejoso,

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Cuarta Época, vol. 1, núm. 12, 2013, p. 187.
Para un seguimiento global, véase www.quotaproject.org.

sino que pueden ser terceros que resienten la afectación indirecta, por una irradiación colateral de los efectos de la norma. Así, el análisis de este apartado requiere una evaluación no sólo de la relación de la ley y sus destinatarios, sino también de un análisis integral de las relaciones jurídicas en que se encuentran los particulares, siendo en el contexto de este tráfico de relaciones donde se puede apreciar la afectación de la ley.⁴⁶

AMPARO EN REVISIÓN 152/2013

¿QUÉ SE AFECTA?

Interés jurídico: derecho subjetivo

Interés legítimo: esfera jurídica del quejoso, interés garantizado por el derecho objetivo que conlleve un beneficio jurídico

¿EN QUIÉN RECAE LA AFECTACIÓN?

Interés jurídico: individual

Interés legítimo: individual o colectivo

¿QUIÉN LA PUEDE RECLAMAR?

Interés jurídico: personal

Interés legítimo: puede ser indirecta, a terceros, generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico

¿TIPO DE AFECTACIÓN?

Interés jurídico: de forma directa

Interés legítimo: calificada, actual, real y jurídicamente relevante

¿A TRAVÉS DE QUÉ TIPO DE NORMAS SE CAUSA LA AFECTACIÓN?

Interés jurídico: (a) Normas que establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o

(b) Que generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traiga aparejada consecuencias jurídicas para ellos.

Interés legítimo: (a) Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin la necesidad de un acto de aplicación que impacte colateralmente al quejoso —no destinatario de las obligaciones— en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación que reúne las características de jurídicamente relevante, cualificado, actual y real. La afectación debe estar garantizada por el derecho objetivo y, en caso de concederse el amparo, el quejoso podrá obtener un beneficio jurídico;

⁴⁶ Fojas 23-25.

(b) Cuando la ley establezca hipótesis normativas que no están llamadas a actualizar los quejosos como destinatarios de la norma, sino terceros de manera inmediata sin la necesidad de un acto de aplicación, pero que, por su posición frente al ordenamiento jurídico, los quejosos resentirán algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis normativa en grado suficiente para ser personal o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, cuya comprobación pasa por verificar que, en caso de otorgarse el amparo, el quejoso obtendría un beneficio jurídico; y/o

(c) Cuando la ley regule algún ámbito material e, independientemente de la naturaleza de las obligaciones establecidas a sus destinatarios directos, su contenido genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso.

En el caso concreto, la afectación se da por la estigmatización que conlleva el mensaje que transmite la disposición impugnada.

2. La afectación inmediata de la esfera jurídica derivada de la transmisión de un mensaje estigmatizador

En el caso bajo análisis se impugnó por su sola vigencia el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca que regula el matrimonio entre heterosexuales y excluía de ese régimen a los homosexuales. Esta exclusión impuesta por la norma en cuestión, basada en una categoría sospechosa, era suficiente para analizar la norma bajo un escrutinio estricto. Sin embargo, se presentaba un problema para la Corte: era casi imposible justificar que se trataba de una norma autoaplicativa, ya que sus consecuencias jurídicas naturalmente se presentarían a través del primer acto de aplicación (tal como lo sostuvo el juez de distrito que sobreseyó el asunto al considerar que se requería del primer acto de aplicación para generar un agravio). Pero tal vez nunca hubiera habido primer acto de aplicación, pues los promovientes no tenían la intención del casarse y/o acudir al registro civil para solicitar la celebración del matrimonio. Esa circunstancia de todos modos no era óbice para que los promovientes se sintieran agraviados. En esa medida se encontró la afectación derivada de la sola expedición de la norma y se ubicó en la emisión del mensaje.

Ahora bien, para que el mensaje genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante

de la parte quejosa (tercer supuesto del interés legítimo), debe cumplir con el siguiente estándar: ser perceptible objetivamente, estar basado en una categoría sospechosa, y reproducir y promocionar un estereotipo o un significado social de exclusión o degradación relativo a un grupo vulnerable identificado por una de las categorías sospechosas. Además, para ser considerado como receptor afectado y poder acudir al amparo, debe haber una relación de proximidad geográfica con el lugar en el que será proyectado el mensaje, lo cual se identifica por el lugar en donde será aplicada la parte dispositiva de la norma.⁴⁷

Es importante recalcar que para la Primera Sala el carácter discriminadorio del mensaje no depende de las intenciones de sus autores,⁴⁸ sino de su calidad objetivamente discriminadora, la que debe ser identificada por el juez atendiendo a los entendimientos colectivos compartidos, al contexto social y a la historia de los símbolos utilizados.⁴⁹ Eso no significa que las exposiciones de motivos u otros instrumentos en los que pueda ser constatada la voluntad de discriminación no puedan ser tomados en cuenta.⁵⁰

La situación será aún más grave, nos dice la Primera Sala, “a medida que la utilización del criterio discriminador excluya a los miembros de ese grupo vulnerable de la distribución de beneficios, o bien, afecte la balanza de cargas establecidas en su contra”.⁵¹

Además, al tratarse de un agravio que subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador, el plazo para la interposición de un amparo no puede computarse a partir de un momento concreto, sino se trata de una violación permanente. En virtud de lo anterior, basta con que se demuestre que el mensaje transmitido por la parte valorativa de la norma estigmatiza por discriminación a los quejosos para que no se consume la oportunidad en la interposición del plazo.⁵²

Finalmente, señala la Primera Sala, el beneficio jurídico de un eventual amparo se traduce en la supresión del mensaje.⁵³

Así, la Primera Sala estimó que la norma en cuestión hace un juicio de valor negativo —basado en un estereotipo que la norma ayuda a perpetuar y promocionar— sobre los matrimonios entre personas del mismo sexo, las

⁴⁷ Foja 31-39.

⁴⁸ Foja 32.

⁴⁹ Foja 36.

⁵⁰ Foja 39.

⁵¹ Foja 37. Esta situación, en mi opinión, ya no corresponde al análisis del mensaje, sino a la parte dispositiva.

⁵² Foja 47.

⁵³ Foja 40.

cuales han padecido una historia de exclusión por sus preferencias sexuales. La Primera Sala consideró que esa historia de exclusión no tiene que ser probada,⁵⁴ aunque posteriormente refiere algunas pruebas al respecto.⁵⁵ Ese juicio negativo es un mensaje estigmatizante que afecta de manera inmediata, concreta y distingible al quejoso que es miembro de un grupo vulnerable.⁵⁶ Finalmente, tuvo por cierta la protesta hecha por los promovientes de radicar en Oaxaca, por lo que son receptores afectados por el mensaje.⁵⁷ Con este análisis, la Primera Sala determinó que los promovientes tienen interés legítimo para impugnar la norma cuestionada y procedió a analizar su constitucionalidad.

Pues bien, una vez identificado que la norma transmite un mensaje estigmatizante, se procedió a analizar la norma bajo un escrutinio estricto, lo cual hace presumir la inconstitucionalidad de la norma y exige del legislador una justificación muy robusta.⁵⁸ En el caso concreto, la parte dispositiva de la norma excluía a los homosexuales del régimen matrimonial, lo cual conllevaba además distintas y variadas consecuencias jurídicas, por lo que la norma se declaró inconstitucional.⁵⁹

Ahora bien, mientras que en el apartado del interés legítimo se llevó a cabo un análisis profundo del mensaje, en el estudio de la norma sólo se presentó de una manera muy reducida casi al final de la sentencia.⁶⁰ De hecho, casi la totalidad del estudio de fondo se enfoca en la ausencia de vínculo estrecho entre la finalidad de la norma y los medios empleados por la distinción, y en sus efectos jurídicos y materiales.

De esta forma, queda la impresión de que el mensaje estigmatizante tiene como función ampliar el interés legítimo, pero no influye en el análisis de constitucionalidad de la norma que se enfoca en las hipótesis normativas y consecuencias jurídicas de la distinción. De hecho, el *test* de escrutinio estricto se aplicó sobre las hipótesis normativas o consecuencias jurídicas de la distinción, pero no así sobre el mensaje. Todo lo cual es acorde con el tipo de pasos que conlleva realizar un *test* de escrutinio estricto, difícilmente aplicable al análisis de un mensaje.

El problema es que en la misma sentencia se dice que el carácter discriminador del mensaje sería estudiado de nueva cuenta en el fondo del

⁵⁴ Fojas 41, 42.

⁵⁵ Foja 70, nota al pie 72.

⁵⁶ Fojas 26-46.

⁵⁷ Foja 43.

⁵⁸ Fojas 54-57.

⁵⁹ Fojas 57-75.

⁶⁰ Fojas 72-75.

asunto.⁶¹ Y esto no parece tener mucho sentido, pues para hacer un análisis independiente del mensaje en el fondo del asunto, se debería contar con un estándar distinto al previsto para acreditar el interés legítimo. Si por el contrario se aplicara el mismo *test* que se usó para el interés legítimo, significaría que todo mensaje que haya cumplido el estándar de estigmatización para acreditar el interés legítimo, haría a la norma automáticamente inconstitucional sin otro análisis.

Pero la dificultad que presenta idear un estándar distinto al estándar de estigmatización que evalúe algo novedoso, obliga a cuestionar si tiene sentido hacer un análisis independiente del mensaje en el fondo del asunto. En mi opinión, si al estudiar el interés legítimo se determina el carácter estigmatizante del mensaje, el estudio de la invalidez de una norma debe enfocarse en la distribución de derechos, obligaciones, beneficios, cargas, etcétera, que haga la parte dispositiva y, en caso de estimar que ésta es inconstitucional, entonces reprochar por inconstitucional el mensaje identificado en el estadio del interés legítimo. En otras palabras, considero que una vez identificado un mensaje estigmatizante para efectos del interés legítimo, si la parte dispositiva de la norma es discriminatoria, entonces resulta dable declarar inconstitucional el mensaje, sin necesidad de hacer un nuevo estudio del mensaje. De hecho, éste parece ser el proceder de la Primera Sala.

Piénsese en un ejemplo: supóngase que se impugna la norma que otorga licencia de maternidad/paternidad con goce de sueldo, la cual establece 3 meses (84 días) para la madre y entre 5 y 15 días para el padre. El interés legítimo se acredita (incluso para una mujer potencialmente trabajadora) porque se trata de una norma que transmite un mensaje que refuerza estereotipos de género, dando por sentado que las tareas de cuidado de la recién nacida son principalmente de la madre, etcétera. Ahora bien, en principio podría decirse que la norma beneficia a la mujer en la distribución de un beneficio. Sin embargo, en sus efectos no es así, ya que el otorgar mayor tiempo de licencia a la mujer genera un impacto laboral adverso, incentivando la contratación de hombres, puesto que faltaran menos días al trabajo en caso de que tengan un/a hijo/a.⁶² De hecho, una norma igualitaria

⁶¹ Así lo anuncia la sentencia en el párrafo 107, foja 40. Sin embargo, como ya he dicho, este estudio no se hizo.

⁶² Este punto podría analizarse como un caso de discriminación indirecta o de efectos discriminatorios. Considero que bajo ningún concepto podría justificarse la diferencia basándose en la lactancia materna. En primer lugar, porque existen licencias específicas de lactancia que sí son de goce exclusivo de la mujer. Pero además, porque las tareas de cuidado de la recién nacida trascienden la lactancia, y se requieren incluso en los casos en que la madre decide no amamantar o simplemente no puede.

tendría que establecer obligatoriamente periodos iguales de licencia para ambos sexos (sobre todo de cara a la posibilidad de adopciones por parejas del mismo sexo). Pues bien, una vez comprobado que se da ese impacto negativo adverso en contra de la mujer, corresponde reprochar el mensaje estigmatizador que fue identificado en un primer momento.

Ahora, ¿qué sucede si las hipótesis normativas o consecuencias de la norma en cuestión son constitucionales, pero el mensaje que transmite puede considerarse como discriminador? Para imaginar este segundo escenario, piénsese, por ejemplo, que una norma estableciera la *obligación de todos los directivos y secretarías de usar vestimenta formal para trabajar*. En este caso, la hipótesis normativa es constitucional, pero transmite un mensaje a través del lenguaje que resulta discriminador en la medida en que identifica la posición de dirección con la figura masculina y la de subordinación con las mujeres (secretarías); cosa que en el ámbito laboral, implica perpetuar las discriminaciones de género.

Otro caso que se me ocurre, puede ser la de una norma que aumenta la seguridad pública nocturna con el fin expreso de *evitar que las mujeres caminen solas por la calle* (y reducir así el delito de violación). Norma que podría contrastarse con otra norma que tuviera el fin de reducir el delito de violación *a secas*. En el primer supuesto, la disposición bien pudiera considerarse constitucional, sin embargo, el mensaje que transmite es que la mujer debe ser acompañada por alguien más para transitar por la calle, lo cual refuerza los estereotipos de debilidad de la mujer, la necesidad de protección, la falta de autonomía, etcétera, sin contar con que pone el acento en la víctima, en lugar de en el agresor del delito de violación.

Pues bien, la pregunta es si en estos casos las normas serían justiciables. Cierto lenguaje en la sentencia de la Primera Sala hace pensar que sí, léase por ejemplo:

Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, *independientemente de su parte dispositiva* [...]⁶³

[...] este caso, se trataría de la actualización del supuesto del párrafo 69, inciso c) relativo a aquellas normas que, mediante la regulación de una cierta materia —el matrimonio a través de reglas de acceso que requieren de actos de aplicación—, *sin importar la naturaleza de las obligaciones de sus destinatarios directos* [...]⁶⁴

⁶³ Fojas 33-34.

⁶⁴ Foja 34.

[...] la alegada afectación de estigmatización por discriminación es impersonal y objetiva e implica un perjuicio social, directo, personal y casi individualizable. Lo anterior *se robustecerá* a medida que la utilización del criterio discriminador excluya a los miembros de ese grupo vulnerable de la distribución de beneficios.⁶⁵

Aunque también hay ciertas señales que indican que el amparo será improcedente si sólo el mensaje es discriminador, por lo que no serán justiciables si la norma no tiene efectos materiales, por ejemplo: “*junto a la afectación material* o tradicional que puede generar la parte dispositiva de una norma, puede existir una afectación inmaterial que produce el mensaje transmitido por la norma, es decir, por su parte valorativa”,⁶⁶ “no será requisito exigir al quejoso acreditar un acto de aplicación de *la parte dispositiva de la norma que regule el otorgamiento de beneficios o la imposición de cargas*”.⁶⁷

Lo cierto es que no se puede contestar a la pregunta planteada en el segundo escenario: no se puede saber a ciencia cierta qué sucederá si se presenta alguno de estos casos ante la justicia, si es que son justiciables, bajo qué estándar se estudiará el mensaje y, en su caso, el tipo de remedio que se dictará.

De hecho un problema que se presentaría es que, como consecuencia del amparo, una declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la inaplicación de la norma para el caso y para el futuro en relación con la parte quejosa. Esta “solución” para supuestos como los imaginados, no parece la mejor. Por un lado, cabe preguntarse si la sola transmisión de un mensaje discriminador es suficiente motivo como para que se declare la inconstitucionalidad y consecuentemente la inaplicación de la norma. Por ejemplo, en el caso de la secretaría ¿puede dejar de vestir formalmente para ir a trabajar? No parece ser el punto. ¿Debe suprimirse la política de seguridad pública nocturna sólo para la quejosa? Suena absurdo; como también lo sería suprimirla con carácter general. Además, del hecho de no aplicarse la norma para la parte quejosa, no se sigue el beneficio de la supresión del mensaje, en tanto y en cuanto la norma siga vigente, y por tanto, reproduciendo el mensaje discriminador.⁶⁸

Estos ejemplos ponen sobre la mesa la necesidad de determinar hasta dónde se quiere que la Corte controle los mensajes del legislador. Esta de-

⁶⁵ Foja 37.

⁶⁶ Foja 36.

⁶⁷ Foja 39.

⁶⁸ Volveré sobre este punto en el apartado 4.4.

terminación es necesaria no sólo por razones de legitimidad democrática⁶⁹ y de utilización de recursos, sino también por razones políticas.⁷⁰ Es claro que la sociedad sería más justa si estos mensajes estigmatizadores no se expresaran, también que la supresión de los mismos reporta un beneficio para su receptora.⁷¹ Pero no es claro, si es tarea de los jueces reprocharlos en cualquier caso.

3. El papel de la Suprema Corte ante la discriminación y el control judicial del mensaje estigmatizador del legislador democrático

La función del derecho como transmisor de mensajes, en adición a la regulación de conductas, y la forma en que estos mensajes tienen una función performativa, ha sido explorada ampliamente.⁷² Tan cierto, que se estudian las decisiones jurídicas como actos de habla; por ejemplo, la Constitución como un acto de habla del constituyente, la legislación como un acto de habla del legislador, etcétera.⁷³

Ahora bien, el control constitucional del mensaje por parte de los jueces es una cuestión más compleja, pues como se ha puesto de manifiesto a través de ejemplos en el apartado anterior, puede conllevar un activismo judicial fortísimo, sobre todo si se abre la posibilidad de controlar el mensaje con independencia de que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas previstas en la norma sean constitucionales.

Al respecto, la Primera Sala estimó que el “sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural”, debe buscar un cambio social, así como de los poten-

⁶⁹ Reva Siegel llama la atención sobre el punto de la legitimidad de las acciones positivas en los siguientes términos: ¿a través de qué formas y hasta qué punto la Constitución puede ser interpretada de manera que ordena la intervención en asuntos de grupos poderosos con el fin de proteger grupos menos poderosos? Siegel, Reva B., “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in constitutional Struggles over Brown”, *Harv. L. Rev.*, vol. 117, 2004, p. 1475.

⁷⁰ Me refiero a las luchas de ciertos colectivos por el reconocimiento. Volveré sobre el punto *infra*.

⁷¹ Sunstein, Cass R., “On the Expressive Function of Law”, *U. P. L. Rev.*, vol. 144, 1996, p. 2047.

⁷² *Ibidem*, pp. 2021-2053. Danet, Brenda, “Language in the Legal Process”, *Law & Society Rev.*, vol. 14, núm. 3, 1980, pp. 447-564. “Expressive Harms and Standing”, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, 1998-1999, núm. 6, pp. 1313-1330.

⁷³ Robles Morchón, Gregorio, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 56.

ciales actores.⁷⁴ En otras palabras, los tribunales deberían intentar cambiar las normas sociales y entendimientos colectivos, de tal forma que la discriminación por orientación sexual deje de ser algo bien visto.⁷⁵

Una forma de entender esta declaración de la Primera Sala es que asume un papel educativo en la sociedad. La asunción de este papel plantea muchas interrogantes, por ejemplo, ¿qué legitimidad democrática tiene la Corte para educar a la sociedad? ¿Su diseño institucional se lo permite? ¿Qué tan efectiva es la Corte para hacerlo? ¿Qué estrategias debe utilizar? ¿En qué casos? ¿Asumir este papel distrae a la Corte de sus otras funciones más tradicionales?, etcétera.⁷⁶

Por razones de espacio no puedo detenerme en todas estas preguntas, por lo que sólo daré respuestas a algunas de ellas. Empecemos por la cuestión democrática. Una respuesta sencilla sería decir que la Corte no tiene legitimidad democrática para controlar el mensaje transmitido por el legislador, en tanto se trata de nuestros representantes populares. Sin embargo, creo que la cuestión es más compleja que esto.

En primer lugar, para entender la sentencia de la Primera Sala es pertinente recordar una distinción conocida en teoría de la justicia entre reclamos de redistribución y reclamos de reconocimiento. Los primeros se refieren a la injusta distribución de bienes económicos, mientras que los segundos se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio, etcétera.⁷⁷ Asimismo, estos reclamos demandan diferentes remedios, mientras que las reivindicaciones de distribución se solucionan mediante la restructuración económica; las reivindicaciones de reconocimiento requieren de un cambio cultural o simbólico, etcétera.⁷⁸

Ahora bien, estas distinciones heurísticas no implican una dicotomía estricta entre los dos tipos de reclamos o que éstos deban considerarse como independientes. De hecho, en la realidad muchos de estos problemas se pre-

⁷⁴ Foja 76.

⁷⁵ Sunstein, Cass R., *op. cit.*, p. 2043.

⁷⁶ Sobre el carácter educativo de la Corte y los retos que plantea, véase Eisgruber, Christopher L., “Is the Supreme Court an Educative Institution”, *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 67, 1992, pp. 963 y ss.

⁷⁷ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Alex. *¿Redistribución o reconocimiento?*, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata, 2006, pp. 19-24. Inspiradas en esta distinción, Rebecca Cook y Simone Cusack (*op. cit.*, p. 76) distinguen, entre los efectos de un estereotipo, la denegación de un reparto equitativo de bienes públicos o la denegación del reconocimiento de la dignidad y valor de la mujer.

⁷⁸ *Idem.*

sentan de manera conjunta, y si bien pueden diferenciarse, están interpenetrados, por lo que se requieren remedios de los dos tipos.⁷⁹ Es más, en el supuesto del género se presentan los dos tipos de problemas, pues se trata de una diferenciación social bidimensional que requiere atender tanto los problemas de distribución como de reconocimiento (estatus). Aunque también es cierto que el componente distributivo es subordinado al componente estatus.⁸⁰

De acuerdo con cierta perspectiva teórica, los problemas de reconocimiento son una cuestión de justicia y de derechos,⁸¹ lo que bastaría para justificar la intervención de la Corte. Pero hay una razón más a favor de la intervención. Además de tratarse de un problema de derechos, es un problema que afecta la igual participación de las afectadas. En otras palabras, los patrones institucionalizados de valor cultural que subordinan a un grupo como los homosexuales, no sólo inciden en su derecho a no ser discriminado, sino que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad.⁸² Esto es todavía más reprochable cuando esa subordinación se impone por el Estado, en el caso, por el legislador.⁸³

Si se consideran estas razones, se reduce la fuerza de la objeción democrática. Sin embargo, hay otras consideraciones que la hacen retomar impulso. En primer lugar, el hecho del desacuerdo sobre el carácter estigmatizante o no del mensaje. Un ejemplo reciente de la Suprema Corte estadounidense puede ayudar a ver el punto. Se trata del caso popularmente conocido como *DOMA* (las siglas se refieren a *Defense of Marriage Act*) o *United States vs. Windsor*.⁸⁴ En este caso, se impugnó una norma federal “DOMA”, la cual establecía que, para efectos de las leyes federales, el matrimonio sería entendido como la unión entre un hombre y una mujer, lo que conllevó en el caso particular la no aplicación de una exención fiscal para el demandante.

Uno de los argumentos sobre los cuales se basó la mayoría para declarar la inconstitucionalidad de la norma fue que el Congreso, al aprobar la ley y desconocer las definiciones de matrimonio que comúnmente dictan los Estados, tiene como propósito y efecto desaprobar, imponer una desventaja

⁷⁹ Fraser, Nancy, *op. cit.*, pp. 33, 53, 66.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 30-33.

⁸¹ *Ibidem*, p. 35. Inspirados en el trabajo de Fraser, véase también Clérigo, Laura y Aldao, Martín, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, pp. 157-198.

⁸² Fraser, Nancy, *op. cit.*, pp. 37, 42.

⁸³ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁴ 570 U.S. (2013).

ja, un estatus distinto y, por tanto, estigmatizar a una clase de ciudadanos.⁸⁵ Este argumento fue duramente criticado por la minoría conservadora, la que exigió una prueba más contundente para atribuir dicha intención a los legisladores y al presidente.⁸⁶

Es cierto que la mayoría de la Suprema Corte estadounidense no dijo expresamente que la norma impugnada transmitía un mensaje desaprobatario o estigmatizante, pero esa puede ser una de las lecturas de la sentencia, pues el estigma es un mensaje social.⁸⁷ En ese sentido, la discusión estadounidense es útil para nuestros fines, pues obliga a pensar sobre el desacuerdo que puede existir sobre el carácter estigmatizante de un mensaje legislativo, y las objeciones que en tales circunstancias puede conllevar su control por parte de los jueces. Complejidad que no desaparece, exigiendo un mensaje perceptible “objetivamente”, aun cuando el juez deba tomar en cuenta el contexto y la historia de discriminación para determinarlo.⁸⁸

Existen además otros inconvenientes y riesgos. Primero, el control del mensaje puede generar dificultades o temores en los representantes populares al momento de redactar las leyes, al tener que cuidar que no transmitan un mensaje que puede ser considerado discriminador por parte de los jueces. Segundo, porque aun considerando loable el control del mensaje, existe el riesgo de que una Corte conservadora omita controlarlo cuando *objetivamente* sea discriminador, y eso sirva para reforzar los mensajes discriminadores, dándoles legitimidad.⁸⁹ Tercero, por el paternalismo que de por sí conllevaría este tipo de acciones, y cuarto, por la dificultad técnica de adecuar los efectos de las sentencias de amparo para contrarrestar los mensajes discriminadores.

Estos riesgos e inconvenientes me llevan a hacer las siguientes sugerencias. En primer lugar, los y las ministras de la Corte deben evitar asumir el papel de expertas que deciden de manera autoritaria cuáles son los mensajes estigmatizadores. Sería conveniente en cambio que se involucren en los procedimientos reflexivos para dilucidarlos.⁹⁰ En segundo lugar, es importante confiar en la acción política de la sociedad civil y dar espacios

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

⁸⁶ *Ibidem*, voto C. J. Roberts, pp. 1 y 2; voto J. Scalia, p. 19.

⁸⁷ “Expressive Harms and Standing”, *op. cit.*, pp. 1313-1330, p. 1314.

⁸⁸ Esta fue una de las objeciones que planteó el ministro Cossío en su voto concurrente.

⁸⁹ Según Cook y Cusack (*op. cit.*, p. 74), algo así sucedió con la sentencia en la que la Corte Constitucional de Guatemala declaró la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código Civil que definían los roles y responsabilidades de los cónyuges dentro del matrimonio, basados en estereotipos.

⁹⁰ Fraser, Nancy, *op. cit.*, pp. 48, 70.

para que los diferentes grupos hagan sus reclamos, pero también ganen sus batallas socialmente a través de la concienciación y no de la coacción. En ese sentido, se habla de un cambio social “desde abajo”, con fuerte participación de los movimientos y organizaciones sociales, que se encarguen de remover todas las barreras existentes para la plena participación de todos los grupos, y no sólo de ciertas decisiones aisladas.⁹¹

Lo anterior no significa que la Corte no tenga un papel que jugar, sino que debe ser cuidadosa en distinguir los supuestos y la forma en que debe intervenir, puesto que, como quise hacer notar con los ejemplos del apartado anterior, en ciertos casos los riesgos e inconvenientes de su intervención pueden no justificar la corrección del mensaje —como cuando la norma no apareja una distribución discriminatoria de beneficios y cargas—. Por el contrario, si la norma impacta directamente en la vida de las personas, como en el caso de los permisos de maternidad/paternidad, resulta necesario además el reproche del mensaje discriminador.

4. La sentencia de amparo como medio para contrarrestar el mensaje estigmatizador

En este último inciso quisiera abordar el tema de los remedios. Como se sabe, hasta antes del amparo en revisión 152/2013, la Corte se había limitado a declarar la inconstitucionalidad de la ley en casos de discriminación. Sin embargo, en el caso en estudio estimo que era necesario reprochar también el mensaje, tal vez buscando transformar el discurso.⁹²

Ahora bien, para analizar la conveniencia del remedio hay que hacer distinciones. Como ya he dicho, una norma discriminadora puede presentarse en dos formas distintas: primero, que la norma prevea hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas discriminatorias, y además transmita un mensaje discriminatorio; segundo, que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas no sean discriminatorias, pero el mensaje sí lo sea.

La Primera Sala se enfrentó con el primer supuesto y declaró la inconstitucionalidad de la norma, pues consideró que no podía hacerse una declaración conforme con lo hecho en resoluciones anteriores (457/2012, 567/2012 y 581/2012). Además, precisó que los quejoso “no deben ser expuestos al mensaje discriminador de la norma, tanto en el presente como en el futuro”.⁹³

⁹¹ *Ibidem*, p. 83.

⁹² Sobre la distinción entre remedios afirmativos y transformativos, *ibidem*, pp. 71-76.

⁹³ Fojas 77 y 78.

Me interesa detenerme en estos dos puntos. En primer lugar, resulta lógico que si la norma busca erradicar el mensaje discriminador, entonces declare la inconstitucionalidad de la norma y no haga una interpretación conforme. De hacer una interpretación conforme, la norma impugnada seguiría vigente en sus términos, reproduciendo el mensaje que se intenta erradicar, en tanto la interpretación conforme sería conocida, con suerte, por los aplicadores del derecho.

Ahora bien, siendo la declaratoria de inconstitucionalidad el remedio necesario, la pregunta es si los efectos de la sentencia de amparo —inaplicación de la norma para el caso y en el futuro— son efectivos para lograr que los quejoso no sean expuestos al mensaje discriminador en el presente como en el futuro. Es que hay que recordar que, a través de dicha sentencia, la norma no es expulsada del ordenamiento, pues para ello tiene que seguirse el procedimiento para la declaratoria *general* de inconstitucionalidad, previsto en la Constitución y en la Ley de Amparo.

En mi opinión, la forma en que se expresó este último efecto: “lograr que los quejoso no sean expuestos al mensaje discriminador en el presente como en el futuro”, parece imposible de lograr, por lo menos en un principio. Eso no significa que la declaratoria de inconstitucionalidad e inaplicación para el caso y en el futuro sea incorrecta.

En primer lugar, la declaración de inconstitucionalidad de la norma es un mensaje fuerte de reprobación por parte de los jueces. Un mensaje que está sustentado en razones de peso, como que la exclusión jurídica de los homosexuales está basada en prejuicios, que ellos son tan capaces de entablar relaciones estables de pareja como los heterosexuales, y adecuarse a los fundamentos actuales del matrimonio y de la familia.⁹⁴ De esta manera, las y los ministros participan en un debate público que pretenden incentivar y conformar mediante razones.⁹⁵

En segundo lugar, la declaración de inconstitucionalidad es un medio para entablar un diálogo directo con el legislador, pues a través de su sentencia le dicen al legislador que la norma es inconstitucional no sólo por la exclusión que hace, sino por el mensaje que transmite. Este diálogo se ha institucionalizado a través del nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, ya que se trata de un procedimiento de varias

⁹⁴ Fojas 61, 62 y 67.

⁹⁵ Sobre el papel de los jueces en el debate público, véase Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 131; el original en *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996, pp. 1-38.

idas y vueltas entre jueces y legisladores, en el que los tribunales hablan a través de sus sentencias y los poderes legislativos tienen oportunidad de contestar, dando sus razones o modificando la norma cuestionada.⁹⁶ Lo anterior les brinda la posibilidad de debatir, antes de que los jueces decidan expulsar la norma. Hasta aquí el primer supuesto.

Ahora, para el caso en que se diera el segundo supuesto, es decir, en el que las hipótesis normativas y/o consecuencias jurídicas no son discriminatorias, pero el mensaje sí lo es —que, ya he dicho, no estoy segura que la mayoría de la Primera Sala lo hubiera considerado justiciable—, considero que, por los inconvenientes y riesgos que ya apunté, los jueces deben ser muy prudentes para declarar su inconstitucionalidad, y siempre de acuerdo a la gravedad y alcance del mensaje.

Ahora, de procederse a su control, sería preferible declarar que el mensaje transmitido por la norma es inconstitucional, sin que por ello la norma deje de ser aplicable. De esta forma se lograría reprochar al legislador la emisión del mensaje sin mayores consecuencias para la norma, e incentivar el debate público al respecto, llamando a que se pronuncien las distintas organizaciones de la sociedad civil y la ciudadanía. Otra posibilidad sería declarar constitucional la norma, pero recomendando al legislador que haga un cambio del mensaje, por ejemplo, cambiando el lenguaje. En estos últimos casos, me parece, estaríamos ante una Corte sumamente activista. Un tribunal que quiere conformar el discurso con independencia de la regulación de conductas que haga el legislador.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este ensayo tuvo como objetivo mostrar cómo los tribunales, cuando tienen la voluntad y la creatividad para hacerlo, son capaces de abrir las puertas de la justicia a reclamos que comúnmente han sido rechazados por razones procesales. Para ello, me enfoqué en una sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte que considero paradigmática —amparo en revisión en 152/2013—, pues manda un claro mensaje de apertura y justiciabilidad de los derechos fundamentales, en particular, para casos de tratos discriminatorios. Para quienes hemos tenido la oportunidad de litigar causas de igualdad, sabemos que éste no es un tema menor, pues las reticencias de los jueces a

⁹⁶ Sobre el carácter dialógico del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad y sus características, véase Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 16, núm. 2, 2013.

abrir cauces procesales es un mal endémico. Afortunadamente, parece, esto ha empezado a cambiar.

Asimismo, quise contribuir en la construcción de una doctrina más sólida sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, y plantear algunas reflexiones. Obviamente no se trata de conclusiones, sino de sugerencias que pueden ayudar a seguir pensando sobre un tema tan complejo y apasionante como es el de la igualdad.

Finalmente, hice algunos comentarios y reflexiones sobre la sentencia dictada en el amparo en revisión 152/2013. Considero que se trata de una resolución loable, y que se toma en serio la obligación que tienen todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, prevista en el artículo 1º. constitucional. Sobre todo, tomando en consideración que el derecho no es neutral, y que a través de sus sentencias la Corte puede contribuir al reconocimiento de grupos subordinados.

Seguramente esta innovación genera muchas inquietudes, y será tarea de todos y todas ir colaborando en sus contornos y definiciones. Lo que me queda claro es que estamos ante una Corte que desea ser protagonista del combate a la discriminación y del cambio cultural. Una Corte que busca incidir en la conformación de una sociedad más justa, pero que al hacerlo tiene que tomar en cuenta el hecho del desacuerdo y la necesidad de una deliberación incluyente. Sólo así será respetuosa del proceso democrático y del debate social, participando como una actora más y acompañando a las luchas sociales, sin querer liderarlas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, María José, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, octubre de 2013.
- BALAGUER, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra, 2005.
- BALKIN, Jack M. y SIEGEL, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800.
- BARRALES ALCALÁ, Perla Berenice y GÓMORA JUÁREZ, Sandra, “Participación política de la mujer en México. Acciones afirmativas y partidos políticos”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuarta Época, vol. 1, núm. 12, 2013.

- BIRGIN, Haydeé y GHERARDI, Natalia, “Introducción”, en BIRGIN, Haydeé y GHERARDI, Natalia (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2011.
- CAMPBELL, Tom D., “Unlawful Discrimination”, en WOJCIECH, Sadurski (ed.), *Ethical Dimensions of Legal Theory*, Amsterdam, Rodopi, 1991.
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martin, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observación general núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural”, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, artículo 15, párrafo 1o.
- CONLEY, John M. y O’BARR, M., *Just Words, Law, language and Power*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Estereotipos de género*, trad. de Andrea Parra, Bogotá, Profamilia, 2010.
- DANET, Brenda, “Language in the Legal Process”, *Law & Society Rev.*, vol. 14, núm. 3, 1980.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
- , *Los derechos en serio*, 5a. reimpr., trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- , “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- EISGRUBER, Christopher L., “Is the Supreme Court an Educative Institution”, *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 67, 1992.
- “Expressive Harms and Standing”, *Harv. L. Rev.*, vol. 112, núm. 6, 1998-1999.
- FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en FRASER, Nancy y HONNETH, Alex ¿*Redistribución o reconocimiento?*?, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata, 2006.
- HAYEK, F. A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960.
- HUNTER, Rosemary, “Protección en las fronteras de la ley: exploraciones feministas del acceso a la justicia”, en BIRGIN, Haydeé y GHERARDI, Na-

- talía (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2011.
- IFE, “Informe sobre la evolución normativa y las medidas afirmativas para la aplicación efectiva de las cuotas de género en el proceso electoral federal 2011-2012”, agosto de 2012, http://genero.ife.org.mx/docs/ife-event_InfCuotas_agosto2012.pdf.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 16, núm. 2, 2013.
- OLIVERCRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 4a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1998.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- SABA, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en AMAYA, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004.
- SANDEL, Michael, *Justice: What's the right thing to do?*, Londres, Penguin Books, 2009.
- SIEGEL, Reva B., “Equality Talk: Anti subordination and Anti classification Values in constitutional Struggles over Brown”, *Harv. L. Rev.*, vol. 117, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R., “On the Expressive Function of Law”, *U. P. L. Rev.*, vol. 144, 1996.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013.
- _____, *Protocolo para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, México, 2014.

EL PAPEL DE LOS ESTEREOTIPOS EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

Federico José ARENA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estadísticas y estereotipos: matrimonio igualitario y adopción.* III. *Normas y estereotipos. El uso prescriptivo de las categorías sociales.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han producido cambios en varios ordenamientos jurídicos, incluido el mexicano, en virtud de los cuales se ha reconocido a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio y adoptar.¹ Estos cambios normativos han tenido lugar tanto mediante la promulgación de leyes como a través de decisiones judiciales. Ello se ha conseguido no sin antes librar duras batallas culturales y jurídicas, sobre todo, en el terreno de la igualdad. Más allá de mi propia posición acerca del instituto del matrimonio, ya sea entre personas de igual o diferente sexo, es claro que se trata de una opción para organizar la vida propia, y por lo tanto, las restricciones para acceder a ella no deben ser discriminatorias ni afectar la autonomía personal.

En este sentido, en la cultura jurídica americana, que mira las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, ha venido afianzándose una estructura argumentativa a partir de la idea de “categoría sospechosa”.²

* Investigador asistente, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas-Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas Pascal, Argentina.

¹ Holanda (2001), España (2005), Argentina (2010), entre otros.

² Véase, al respecto, Saba, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. No puedo evitar señalar cierta imprecisión en el uso de la expresión “categoría sospechosa” para referir a un rasgo o característica que define un conjunto (o categoría). Es decir, no es el grupo definido el sospechoso, sino el rasgo

Mediante esta estructura se busca determinar si el ordenamiento jurídico distribuye derechos y obligaciones sobre la base de una distinción entre las personas que, a su vez, se apoya en un rasgo o característica problemática.³ Esos rasgos problemáticos son, por lo general, identificados a partir de cierta teoría política. Por ejemplo, para ciertas versiones de una teoría liberal, una característica es problemática cuando las personas no la elijen, *i. e.*, respecto de la cual no son responsables.⁴ Características como raza, sexo, edad y, más controvertido, religión o nacionalidad, son vistas como sospechosas. En efecto, el artículo 1o. de la Constitución mexicana indica como rasgos de este tipo los siguientes: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. El rasgo “preferencias sexuales” es el relevante aquí. Con la siguiente aclaración de la Corte Suprema:

Si bien es cierto que, en el artículo 1o. constitucional, se hace referencia a la “preferencia sexual” como una categoría sospechosa, esta sala observa que, desde la doctrina y la jurisprudencia internacional, el término conceptual correcto es “orientación sexual”. Así pues, la orientación sexual se refiere a “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o a su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.⁵

Una norma que involucre una categoría sospechosa para distribuir derechos y obligaciones es, en efecto, sospechosa de discriminación. Que sea sospechosa, no quiere decir que merezca condena, sino que hay una “presunción de inconstitucionalidad” en su contra. Esa presunción inicial impone que la norma sea analizada mediante un procedimiento denominado *test de escrutinio estricto*, cuyos componentes son bien conocidos: interés

utilizado para hacer referencia a él. Por ejemplo, no son los homosexuales los sospechosos, sino el hecho que el rasgo “homosexual” haya sido usado en una norma que distribuye derechos.

³ Una característica es problemática cuando su uso puede producir discriminación. Véase, respecto de la ambigüedad entre discriminación como distinción y discriminación como distinción disvaliosa, Rabassi, Eduardo A., “Derechos humanos: El principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, 1990.

⁴ En este sentido, véase Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 14.

⁵ Párrafo 125 AR 704/2014.

estatal apremiante o finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional (frente a finalidad constitucionalmente admisible para el análisis de otras categorías), conexión directa entre ese interés o finalidad, y la medida legislativa y ausencia de otra clasificación menos restrictiva.

Este manto de sospecha que cae sobre el uso de rasgos problemáticos provoca que su asociación con otros rasgos resulte también sospechosa. Así, asociar el rasgo de ser mujer al rasgo debilidad física resulta sospechoso, pues se asocia un rasgo (debilidad física) a un grupo de personas por el solo hecho de poseer otro rasgo (ser mujer) que, a su vez, define una categoría sospechosa. Este tipo de asociaciones entre rasgos suelen ser llamadas estereotipos. Los estereotipos, según este uso, son entonces enunciados que a un grupo de personas (identificado mediante un rasgo X considerado “sospechoso”) asocian otro rasgo Y.⁶

Si bien he introducido el término “estereotipo”, quisiera dar un paso atrás y todavía por unos párrafos no utilizarlo. Ello se debe a que el término tiene una función expresiva intensa (*i. e.*, tildar de estereotipo a una afirmación basta para que el oyente asuma una actitud negativa frente a ella). Desde mi punto de vista, esa expresividad enturbia la comprensión del fenómeno al que el término hace referencia.

Entonces, decía que las asociaciones hechas sobre la base de una categoría sospechosa son, por transitividad, consideradas sospechosas. Ahora bien, estas asociaciones no suelen ser universales, sino generalizaciones. Es decir, y más allá de los términos usados, no se sostiene que todos los miembros de una categoría poseen un rasgo, sino que en general los miembros lo poseen. No importa todavía precisar qué significa en general, alcanza por ahora con señalar que no equivale a universal.

Esta cercanía entre generalizaciones y asociaciones exige volver a considerar el velo de sospecha que cae sobre estas últimas. Primero, porque las generalizaciones pueden referirse a grupos no definidos por una categoría sospechosa (los consumidores, los votantes, etcétera). Segundo, porque las generalizaciones pueden ser correctas. Es decir, así como una generalización, “los automóviles de cierta marca tienden a ser más estables”, puede ser contrastada con los hechos; también la afirmación, “las mujeres son amas de casa”, en cuanto generalización puede ser contrastada con los hechos.

⁶ Una aclaración terminológica. Por razones meramente estilísticas, usaré indistintamente los términos “categoría” y “grupo”. Sin embargo, con ambos me referiré a un conjunto, en sentido lógico o débil, de individuos definido por una o más características o rasgos. Por lo tanto, no uso el término “grupo” en sentido sociológico o fuerte, es decir, no hago referencia con él a nociones más complejas de aglomeraciones de personas.

A todo ello es necesario agregar una complicación ulterior. La asociación de un grupo a un rasgo puede realizarse con distintas finalidades. Es decir, esa asociación puede ser usada para llevar a cabo diferentes acciones. A veces se lleva a cabo para describir las características que posee un grupo. Otras veces se lleva a cabo para señalar cuáles son las características o los roles que deberían asumir los miembros de determinado grupo, más allá que, de hecho, las posean. Dicho brevemente, puede existir un uso descriptivo y un uso normativo de tales asociaciones.⁷ Por ejemplo, afirmar que las mujeres son amas de casa, puede llevarse a cabo con la intención de describir un rasgo de las mujeres, pero también con la intención de señalar qué rol deberían asumir.⁸

Bien, esta larga introducción es para poner en contexto el tema del que me ocuparé en este trabajo. Aquí me referiré al rol que los argumentos sobre estereotipos tuvieron en la controversia judicial respecto del matrimonio igualitario en México. Es decir, me ocuparé de cómo el uso de asociaciones entre categorías de personas y rasgos, tanto con finalidad descriptiva como normativa, ha incidido en los argumentos sobre cuya base la Corte Suprema mexicana ha reconocido el matrimonio igualitario. En particular, me concentraré en aquellas sentencias de la Corte Suprema donde los estereotipos han sido mencionados e intentaré avanzar sobre los criterios para determinar cuándo son discriminatorios u opresivos. Para ello dividiré el trabajo en dos partes. En la primera, que será la más extensa, me detendré en los argumentos en que los estereotipos son considerados como descripciones, *i. e.*, como generalizaciones acerca de los rasgos que poseen los miembros de un grupo, concentrándome en el fallo recaído en la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Por un lado, analizaré algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos y, por otro lado, analizaré bajo qué condiciones está justificado tomar decisiones normativas apoyadas sobre estereotipos con base estadística. Intentaré mostrar que, si bien las estadísticas permiten medir la corrección de generalizaciones respecto de las características de un grupo, ello no implica que siempre esté justificado crear una norma general apoyada en esa generalización. Bajo ciertas condiciones, la decisión debe ajustarse a las características del caso individual.

En la segunda parte reconstruiré los argumentos de la Corte en los que, aun sin mencionarlos explícitamente, desempeñan un rol relevante estereo-

⁷ He avanzado sobre estas distinciones en Arena, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 29, núm. 1, 2016.

⁸ Claramente, también pueden poseerse las dos intenciones. Esto suele acompañarse de la creencia de que aquello que es normal o mayoritario es lo que debería hacerse.

tipos usados en función normativa, *i. e.*, como normas acerca del rol que deberían asumir los miembros de determinado grupo. En este punto analizaré cómo identificar tales estereotipos y qué incidencia tienen respecto de ciertos valores constitucionales. Esta parte será algo más compleja, ya que deberá reconstruir parte de la estructura técnico jurídica montada por la Corte. Me concentraré aquí en el fallo recaído en el amparo en revisión 704/2014 y, especialmente, en la distinción entre mensaje y contenido normativo. Mi conclusión será que, en algunos casos, el mensaje normativo no es otra cosa más que un estereotipo en función normativa. En estos casos, las estadísticas no desempeñan ningún rol. El punto importante, en controversia con lo afirmado por la Corte, es que, en mi opinión, los estereotipos normativos expresados por el mensaje de una norma constituyen, sobre todo, un atentado a la identidad y/o dignidad personal, y no siempre al principio de igualdad.

II. ESTADÍSTICAS Y ESTEREOTIPOS: MATRIMONIO IGUALITARIO Y ADOPCIÓN

La recepción judicial, en México, del matrimonio igualitario ha sido desarrollada siguiendo, lo que podría denominarse, una estrategia de pinzas. Por un lado, se decidió a favor de la constitucionalidad de las leyes, como las promulgadas en el DF, que consagran el matrimonio igualitario.⁹ Por otro lado, se ha establecido la inconstitucionalidad de leyes, como las de Oaxaca o Colima, que, o bien reconocen sólo el matrimonio entre personas de distintos sexos, o bien transforman las uniones entre personas del mismo sexo en institutos separados y distintos del matrimonio.¹⁰ Estas decisiones judiciales se apoyan en una estructura argumentativa compleja, construida sobre la base de numerosas distinciones técnico-jurídicas.¹¹ Esta estructura permite, desde mi punto de vista, otorgar estabilidad a la jurisprudencia y sentar las bases para futuras ampliaciones de derechos. De todos modos, mi objetivo aquí, como adelanté, es analizar sólo un fragmento de esa estructura, a saber, el rol desempeñado por los estereotipos.

Mediante la AI 2/2010, el procurador general atacó la reforma al Código Civil del Distrito Federal, que permite el matrimonio entre personas

⁹ AI 2/2010.

¹⁰ AR 581/2012, AR 152/2013, AR 704/2014 y AR 735/2014.

¹¹ Me refiero a distinciones como: interés simple e interés legítimo, normas hetero y autoaplicativas, normas incondicionadas y condicionadas, discriminación por exclusión tácita y discriminación por diferenciación expresa, mensaje y contenido normativo, entre otras.

del mismo sexo, argumentando, entre otras cosas, que la reforma viola el artículo 40 de la Constitución mexicana. El artículo 40 protege a la familia, y el procurador sostuvo que agregar el matrimonio entre personas del mismo sexo implica disminuir la protección del modelo ideal de familia establecido en la Constitución. Además, dado que el acceso al matrimonio implica que las parejas homosexuales pueden adoptar, sostuvo que la reforma carece de motivación o razonabilidad suficientes, ambas exigidas por el artículo 16 de la Constitución mexicana. Ello, en cuanto no se llevó a cabo un “estudio del impacto psico-social que generaría en los menores el hecho de ser adoptados por matrimonios formados por personas del mismo sexo”.¹² Es decir, lamenta que, “no se desprende que, antes de aprobar las normas impugnadas, se haya entrado al estudio integral del probable impacto psico-emocional de los menores sujetos a adopción, por matrimonios o concubinatos conformados por personas del mismo sexo”.¹³

La Corte rechazó el primer agravio con sólidos argumentos. En primer lugar, señaló que la diversidad de sexo de los contrayentes no es parte de la esencia del matrimonio. La Corte sostuvo que el artículo 4o. de la Constitución no define la institución civil del matrimonio, dejando esa tarea al legislador ordinario. Por ello, concluyó que

la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia —“ideal”—.¹⁴

Es, sin embargo, en el segundo argumento, referido a la posibilidad de adopción, donde los estereotipos descriptivos juegan un rol explícito. Como adelanté, el quejoso sostuvo que la normativa sancionada por la legislatura del DF carece de suficiente razonabilidad o justificación ya que, para decidir

¹² Párrafo 63.

¹³ Párrafo 64.

¹⁴ De esta afirmación parece seguirse que la Corte considera, de todos modos, que el matrimonio posee una esencia.

sobre la posibilidad de que una categoría de personas pueda adoptar, el legislador debería haber previamente llevado adelante estudios sobre el impacto que tal posibilidad tendrá en la vida de los menores adoptados. Dicho de otro modo, dada la prevalencia del interés superior del menor, frente al derecho de ciertos mayores a adoptar, es necesario primero determinar si la adopción por cierta categoría de personas, en este caso las parejas homosexuales, es o no perjudicial para los menores. Sólo una vez que esa posibilidad haya sido descartada, sostuvo el quejoso, estará justificado otorgar el derecho a adoptar. Dado que el legislador no llevó a cabo esos estudios, su decisión, sostiene el agraviado, carece de la justificación exigida para las leyes.¹⁵

Frente a estos argumentos, la Corte formula dos consideraciones relativas a la cuestión que aquí nos ocupa. Según la primera, los argumentos del agraviado están apoyados en estereotipos, y estos últimos no son más que generalizaciones inconsistentes.¹⁶ Según la segunda, respecto de ciertas generalizaciones, tales como “las parejas homosexuales no son idóneas para adoptar”, está constitucionalmente prohibido comprobar empíricamente su corrección. En consecuencia, la Corte se inclina por una averiguación individual de la idoneidad de cada adoptante.

Comparto esta última conclusión de la Corte. Sin embargo, las dos premisas sobre estereotipos en las que se basa me parecen incorrectas o, al menos, imprecisas. En cuanto, por un lado, no todos los estereotipos son generalizaciones inconsistentes. Y, por otro lado, no es necesario prohibir las generalizaciones referidas a categorías sospechosas para sostener que el examen de adopción debe ser individual; incluso más, existen generalizaciones acerca de categorías sospechosas cuya contrastación con los hechos es indispensable para llevar a cabo esos exámenes individuales. Veamos primero los argumentos de la Corte y luego las razones de mi desacuerdo.

La Corte, en el párrafo 314, sostuvo que:

la orientación sexual de una persona o de una pareja —que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad—,

¹⁵ Véase, entre otros, los párrafos 134 y 136 en los que la Corte reconstruye el razonamiento del procurador general.

¹⁶ Basándose en las consideraciones de los especialistas de la UNAM consultados para el caso, según las cuales, “quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual [...] hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdotico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia”.

[no puede restarle] valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que el solo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo, afecta el interés superior del menor.

En este sentido, la Corte se apoyó en la opinión rendida por especialistas de la UNAM. Estos especialistas sostuvieron que “no existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza”. Asimismo, los especialistas agregaron que “no existen razones objetivas, ni científicamente fundadas, para conjeturar riesgos para los menores criados y/o adoptados por parejas homosexuales. En comparación general con las parejas heterosexuales, no hay diferencias significativas en los efectos psico-sociales para los niños (as)”.¹⁷

Si bien hizo referencia a estudios empíricos, la Corte sostuvo que la Constitución mexicana impide realizar tales estudios cuando se trata de categorías sospechosas. Así, en el párrafo 317, sostiene que la Constitución prohíbe generalizar al respecto y que, por lo tanto, no es necesario llevar a cabo indagaciones empíricas:

No se observa qué diferencia constitucional o jurídica habría entre excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual o excluirla por motivos de raza, por ejemplo, o de origen étnico, religioso o económico, por citar simplemente algunos casos, por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen, porque, en cualquier caso, estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia “amenazante” o “disfuncional” para los niños: la Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria.

La Corte va todavía un paso más allá y agrega que la Constitución prohíbe excluir “a toda una categoría de personas definidas por una sola característica, como si fuera admisible constitucionalmente reducir a las personas a una sola de las características que tienen o tenemos todos como seres humanos”.

¹⁷ Los especialistas citan numerosos estudios sociológicos llevados a cabo, sobre todo, en Estados Unidos. Más adelante me referiré a algunos de ellos.

Sobre la base de estas consideraciones, la Corte concluye inclinándose a favor de un examen o control individualizado de la idoneidad de una familia o matrimonio para adoptar un hijo. Así, sostiene que:

En el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, claramente establecidas en ley, para que, de esta forma, la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.

Antes de analizar los argumentos de la Corte, vale la siguiente aclaración. Suele distinguirse entre distintas formas de categorización social. Estas distinciones a veces, aunque no necesariamente, se reflejan en la terminología. Así, los estereotipos suelen distinguirse de los prejuicios. Los prejuicios constituyen una valoración negativa, comportan una actitud negativa respecto de un grupo y una disposición a valorar negativamente sus miembros. En cambio, los estereotipos no incluyen necesariamente una actitud de ese tipo. Sostener un estereotipo respecto de un grupo no siempre da lugar a una actitud negativa hacia ese grupo. Ello puede deberse a que la característica asociada al grupo es neutra respecto de otros valores (los asiáticos no son buenos conduciendo) o a que la característica da lugar a sentimientos de otro tipo (las personas de color saben bailar).¹⁸ Dicho de otro modo, un estereotipo consiste en asociar a un grupo un determinado rasgo, y la valoración del grupo se producirá según el valor (negativo o positivo) dado a ese rasgo. Un ejemplo de estereotipo negativo sería la afirmación según la cual los homosexuales tienen prácticas sexuales libertinas y, por lo tanto, no deberían tener acceso a la adopción. Un prejuicio, en cambio, es una afirmación según la cual, los homosexuales, en cuanto tales, no deberían tener acceso a la adopción. Detrás de los argumentos del procurador general se esconden prejuicios, pero la mayoría de sus argumentos están formulados apelando a estereotipos. No avanzaré aquí en el análisis de estas distinciones entre diferentes modos de categorización social y me limitaré al tratamiento de los estereotipos.¹⁹

¹⁸ Blum, Lawrence, “Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis”, *Philosophical Papers*, vol. 33, núm. 3, 2004, p. 254.

¹⁹ Las distinciones apenas hechas no coinciden con la terminología usada por la Corte en fallos anteriores. Véase, por ejemplo, AR 2806/2012 donde (siguiendo a Islas Azaís, Héctor, *Lenguaje y discriminación*, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, pp. 21 y 24) la Corte sostiene que: “Los estereotipos contienen explícita o implícita-

Bien, como adelanté, hay dos afirmaciones de la Corte con las que estoy en desacuerdo. Por un lado, la afirmación según la cual los estereotipos son generalizaciones inconsistentes. Por otro lado, la afirmación según la cual el examen individualizado es obligatorio, pues está prohibido producir información empírica sobre generalizaciones relativas a categorías sospechosas. Comenzaré analizando la primera.

1. Los estereotipos como generalizaciones

De los párrafos citados parece surgir una tensión en el modo de concebir los estereotipos por parte de la Corte. Respecto de ellos sostiene tanto que todos son generalizaciones “inconsistentes”, como que es posible someterlos a un contraste con la evidencia. Si por “inconsistentes” se entiende que son falsas, entonces estas dos afirmaciones son, en principio, contradictorias. Es decir, si los estereotipos son generalizaciones acerca de grupos y si es posible contrastar estas últimas con la evidencia empírica, entonces algunos de ellos han de ser verdaderos/correctos. Ello, en cuanto de la afirmación misma, según la cual todos los estereotipos son falsos, se seguiría que todas las generalizaciones acerca de grupos son falsas y, por lo tanto, que sería falsa tanto la generalización según la cual el grupo A posee el rasgo X, como la generalización según la cual el grupo A no posee el rasgo X.²⁰

Existen, sin embargo, dos maneras de interpretar estas afirmaciones de la Corte que evitarían la contradicción.²¹ Una de ellas es poco atractiva, la otra es más prometedora. La primera consiste en sostener que todos los estereotipos son falsos, porque los grupos no existen. Por ejemplo, sosteniendo que la individualidad de cada persona está definida por un conjunto tan complejo y variado de características que agruparlas sobre la base de

mente juicios de valor negativos sobre los integrantes de un grupo social determinado, ante lo cual se convierten en instrumentos para descalificar y, en última instancia, para justificar acciones y sucesos en su contra”. Lo importante aquí es tener en claro que no estoy haciendo un reclamo terminológico, sino señalando la necesidad de distinguir entre, por un lado, generalizaciones que asocian determinados rasgos con la pertenencia a un grupo y, por otro lado, la valoración de esos rasgos y de ese grupo.

²⁰ Véase, en el mismo sentido, Jussim, Lee *et al.*, “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en Nelson, Todd D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Nueva York, Psychology Press-Taylor and Francis, 2009.

²¹ Existe también una “salida” terminológica, a saber, aceptar que las generalizaciones acerca de grupos pueden ser, a veces, verdaderas, pero reservar el término “estereotipo” sólo para aquellas que son falsas. Esta salida, ciertamente, no resuelve la cuestión sustancial.

un conjunto fijo o finito de propiedades es infundado.²² Así, si los grupos no existen, entonces las generalizaciones señaladas más arriba no son contradictorias, sino que son ambas falsas. La primera significa que existe un grupo A y existe un rasgo X, tal que A posee X. Dado que A no existe, uno de los conjuntos de la afirmación es falso y, por lo tanto, la afirmación también lo es. Lo mismo respecto de la afirmación según la cual el grupo A no posee el rasgo X. Este análisis sólo pretende mostrar que para afirmar que todas las generalizaciones acerca de grupos son falsas es necesario comprometerse con la idea de que los grupos no existen. Pero esta última resulta ser una afirmación demasiado fuerte. Si no por otra cosa, porque el argumento mismo a favor de la igualdad exige comparar los derechos y obligaciones del grupo A con los derechos y obligaciones del grupo B. Pero además, porque las categorías (incluidas las referidas a grupos sociales) son un componente básico de nuestro modo de pensar, actuar, percibir y hablar.

Esto nos lleva a la segunda interpretación, que consiste en entender “inconsistente” como “sin apoyo epistémico”. Así, lo que se dice al afirmar que los estereotipos son todos inconsistentes es que su origen y formación no están, por lo general, acompañados de una investigación acerca de su valencia cognitiva. En otras palabras, se sostiene que los estereotipos surgen, no en virtud de investigaciones acerca de los rasgos de grupos, sino en virtud de procesos inferenciales infundados, o por imitación, o a consecuencia de emociones u otros procesos psicológicos más complejos. Desde esta perspectiva, el problema con los estereotipos es que sus portadores (*i. e.*, quienes estereotipan) no se han tomado ningún trabajo en corroborarlos, ni están tampoco interesados en hacerlo. Los usan como atajos para formular razonamientos automáticos. Sin embargo, más allá de los casos en que los estereotipos provienen de emociones, el hecho que sean generalizaciones realizadas de manera automática o inconsciente no es distintivo de ellos. Gran parte del proceso de categorización es automático e inconsciente, y es bastante común que las personas escojan un aspecto bien comprensible o fácil de percibir de un fenómeno, y lo usen para referirse al fenómeno en su totalidad; o que usen una subcategoría o miembro o submodelo para comprender la categoría como un todo.²³ Una subcategoría está por la categoría

²² Quizás, aunque no estoy del todo seguro, este sea un modo de entender el párrafo citado más arriba en el que la Corte rechaza definir a las personas por una sola característica, “como si fuera admisible constitucionalmente reducir a las personas a una sola de las características que tienen o tenemos todos como seres humanos”.

²³ Véase Rosch, Eleanor y Lloyd, Barbara Bloom (eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, Nueva Jersey, Erlbaum, 1978.

en su conjunto y sirve para definir expectativas acerca de toda la categoría, *i.e.* la expectativa de ser idéntica a la subcategoría. La categorización es una característica adaptativa, ya que libera de parte de su carga a nuestra capacidad cognitiva, y le permite llevar adelante otras tareas. Por ejemplo, a pesar que algunos tigres puedan ser mansos, categorizar a un animal que tenemos enfrente como un tigre, nos permite tomar decisiones rápidas para ponernos a salvo. Una vez que incluimos un individuo en una categoría, podemos asociarlo a una gran cantidad de información, que poseemos con anterioridad, sin necesariamente tener que corroborarla en el caso actual.²⁴

Los estereotipos pueden ser contrastados con los hechos, independientemente de que su origen sea cognitivo o emocional. Algunos de ellos, si bien evidentemente no todos, pueden describir correctamente las características de los miembros de un grupo. En este sentido, se ha propuesto distinguir entre estereotipos sin base estadística y estereotipos con base estadística.²⁵ Carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen a los miembros de un grupo una característica que no poseen, y suelen ser denominados “estereotipos falsos”,²⁶ ya que implican una falsa representación del grupo.²⁷ En cambio, tienen base estadística los estereotipos que asocian a los miembros de un grupo una característica que efectivamente poseen.²⁸ Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa

²⁴ Véase Mervis, Carolyn y Rosch, Eleanor, “Categorization and Natural Objects”, *Annual Review of Psychology*, vol. 32, 1981.

²⁵ Véase Schauer, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003; Appiah, Kwame Anthony, *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005, y Jussim, Lee *et al.*, *op. cit.*, entre otros.

²⁶ Resulta impreciso afirmar que los estereotipos son “falsos” cuando carecen de base estadística, puesto que si por “base estadística” entendemos un modo de recolectar y analizar datos, entonces la falsedad (o verdad) de un estereotipo es anterior a esa actividad epistémica. Es decir, un estereotipo puede ser verdadero aún sin base estadística, en el sentido que todavía no se han obtenido ni procesado los datos. La verdad/falsedad depende de la correcta representación del grupo, la presencia/ausencia de base estadística depende de una actividad epistémica. Gracias a Damiano Canale por esta señalación.

²⁷ Ello implica que también constituyen una falsa representación de cada uno de los miembros del grupo. Nótese que esta implicación no equivale a que ningún miembro del grupo posee la propiedad en cuestión, ya que ello no se seguiría necesariamente de afirmar que el grupo no la posee. La falsa representación de cada uno de los miembros, incluso de aquellos que posean la propiedad, se verifica en cuanto la posesión o no de la propiedad no es consecuencia de (no está ligada a) la pertenencia al grupo.

²⁸ Si bien ello es impreciso, por razones de brevedad, de ahora en más “características del grupo” se refiere elípticamente a “características de los miembros del grupo”. Es impreciso, pues claramente existen características del grupo que no son características de sus miembros, *e.g.* “los mexicanos son divisibles por dos”.

característica, sino que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable que se la posea. Por lo tanto, existirán miembros del grupo que no poseen el rasgo que les atribuye la generalización; como también existirán personas que no pertenecen al grupo y que, de todos modos, poseen el rasgo en cuestión.

Los estereotipos con base estadística poseen rendimiento cognitivo, ya que ofrecen información, tanto acerca del grupo como acerca de cada miembro. Pero en este último caso, sólo en supuestos de falta de información individual. Desde el punto de vista cognitivo, aun cuando el estereotipo sea correcto respecto del grupo, no tiene sentido mantenerlo frente a evidencia contraria. Si un individuo demuestra no satisfacer el estereotipo, entonces no está justificado atribuirle la característica que la generalización atribuye al grupo. Salvo que tengamos otras razones para dudar de nuestra capacidad perceptiva actual. Es decir, únicamente en circunstancias excepcionales, vinculadas a la baja calidad epistémica de la constatación actual, parece cognitivamente adecuado aplicar el estereotipo frente a información individual discordante. De lo contrario, la constatación de la no satisfacción del estereotipo por parte de un individuo presiona, cognitivamente, a no usar el estereotipo en esa ocasión.

En consecuencia, independientemente de que su origen sea emocional o cognitivo, podemos distinguir una dirección de ajuste general y una individual en los estereotipos.²⁹ La general se refiere a la corrección del estereotipo respecto del grupo (con y sin base estadística), la individual se refiere a la corrección del estereotipo respecto de un individuo miembro del grupo (posesión o no de la característica asociada con el grupo). La falta de ajuste general presiona para abandonar el estereotipo. La falta de ajuste individual presiona para descartar el estereotipo en el caso particular, pero no necesariamente para abandonarlo.

Entonces, si bien es cierto que buena parte de los enunciados a los que llamamos estereotipos tienen por origen un proceso no epistémico (emociones, saltos inferenciales, etcétera), tales enunciados, en cuanto a generalizaciones, pueden en principio ser contrastados con los hechos. Por un lado, corroborar si poseen base estadística respecto del grupo (dirección de ajuste general) y, por otro lado, corroborar si un miembro del grupo satisface el estereotipo (dirección de ajuste individual).

²⁹ Uso aquí la expresión “dirección de ajuste” del modo en que se la utiliza en filosofía del lenguaje. Véase Searle, John Rogers, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 6, 1975.

2. Generalizaciones y categorías sospechosas

Llegamos así a la segunda afirmación que la Corte realiza sobre estereotipos. Según ella, no está permitido que los estereotipos referidos a categorías sospechosas sean contrastados con los hechos, *i. e.*, no está permitido corroborar si poseen o no base estadística. El punto es interesante ya que fue luego recogido por el juez Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En su voto concurrente, el juez Zaldívar no comparte la idea de que la Constitución impida indagar si hay afectación de los menores en caso de adopción por familias homoparentales. Desde su punto de vista,

para que el Estado pueda hacer distinciones entre las personas, apoyado en una “categoría sospechosa”, como en este caso lo serían el sexo y las preferencias sexuales, deben existir *razones muy poderosas* que justifiquen ese trato diferenciado. Si en este caso concreto hubiera existido *evidencia científica concluyente*, en el sentido de que los menores que conviven en familias homoparentales sufren algún tipo de daño psicológico o emocional, esa evidencia hubiera sido una razón suficiente para llevar a esta Suprema Corte a realizar una interpretación conforme del artículo 391 que excluyera a las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder a ese beneficio.

El argumento del juez parece ser el siguiente: dado que los estereotipos pueden tener una función cognitiva, *i. e.* pueden proporcionar conocimiento acerca del mundo, entonces bajo ciertas condiciones está justificado tomar decisiones normativas basadas en ellos, incluso si se trata de categorías sospechosas. Esas condiciones son: (i) apoyo científico del estereotipo (base estadística), (ii) razones poderosas (*e. g.*, interés superior del menor).

Ahora bien, creo que para resolver esta controversia entre la Corte y el juez Zaldívar es necesario desambiguar algunos términos de la discusión. Primero, si bien es cierto que los estereotipos pueden tener una función cognitiva, es necesario precisar bajo qué condiciones ello es así cuando se trata de categorías sospechosas. Segundo, si bien es cierto que a veces está justificado tomar decisiones normativas sobre la base de estereotipos con apoyo estadístico, es necesario precisar si esa decisión consiste en la formulación de una norma general o sólo en la solución de un caso particular. Dicho en otros términos, una cosa es determinar cuándo está justificado tomar una decisión normativa general (*i. e.*, la creación de una norma general) sobre la base de una generalización que posee apoyo estadístico. Otra cosa es determinar bajo qué condiciones está justificado tomar una decisión normativa individual sobre la base de una generalización. Si se tienen en cuenta estas

distinciones, entonces la cuestión acerca de si está justificado tomar decisiones normativas sobre la base de estereotipos referidos a categorías sospechosas exige una respuesta más compleja.

Tipos de rasgos y estadísticas

Una vez que aceptamos que los estereotipos son generalizaciones acerca de grupos, y que las generalizaciones acerca de grupos pueden ser contrastadas con los hechos, todavía podemos preguntarnos si todos los estereotipos pueden ser contrastados con los hechos, o sea, si todo estereotipo puede contar con apoyo estadístico. Una primera respuesta podría consistir en asumir un punto de vista escéptico respecto de las generalizaciones sociológicas que involucren categorías sociales y rasgos de las personas. Es decir, alguien podría sostener que las generalizaciones sociológicas son poco fiables en virtud de la naturaleza de la investigación sociológica: los posibles *bias* (sesgos) de los científicos sociales, el carácter restringido de la muestra estadística y las dificultades para extenderlas a personas que no formaron parte de ella. En definitiva, se podría poner en cuestión la envergadura epistémica de las estadísticas sociológicas. Desde mi punto de vista, éste sería no sólo un camino equivocado, sino también poco recomendable para defender la extensión o ampliación de derechos. Sería equivocado, ya que, de hecho, las generalizaciones sociológicas permiten obtener conocimiento acerca de dinámicas sociales. Pero, sobre todo, sería poco recomendable para quienes defienden la ampliación de derechos, pues muchas veces sus argumentos se apoyan en estadísticas sociológicas.³⁰ Dado que la opción escéptica es demasiado costosa, asumiré aquí que existen métodos científicamente adecuados para validar estadísticas sociológicas. Es decir, asumiré que existen estándares que fijan bajo qué condiciones una generalización sociológica puede ser considerada apoyada en evidencia estadística. Respecto de generalizaciones sobre categorías sospechosas, el punto que quiero discutir es otro.

Las dificultades no provienen tanto de cuestiones metodológicas, sino que tienen que ver con el tipo de rasgo usado para identificar al grupo y el tipo de rasgo que se le atribuye. Es por ello que el apoyo que las estadísticas pueden dar a los estereotipos no es siempre igual. Ello depende del tipo de rasgo o características a los que se refieren. Una cosa es el apoyo estadístico que puede obtener la generalización según la cual “los alimentos sin el rótulo

³⁰ Como las generalizaciones, ya mencionadas, a las que apelan los mismos especialistas de la UNAM. Volveré sobre ello más adelante.

lo ‘apto para celíacos’ o ‘sin TACC’ contienen gluten”, y otra cosa es el apoyo estadístico que puede obtener una generalización según la cual “los inmigrantes sudamericanos son vagos”. La diferencia en el apoyo estadístico se produce en virtud del diferente tipo de rasgos a los que cada generalización hace referencia. Mientras que el rasgo “gluten” hace referencia al concepto de una sustancia que puede ser identificada a partir de su composición química, el rasgo “vago” hace referencia a un concepto que depende de valoraciones sociales. Asimismo, mientras que el rasgo “alimento” hace referencia a un concepto de cosas que pueden ser identificadas mediante convenciones semánticas compartidas, el rasgo “inmigrante sudamericano” refiere a un concepto cuya elucidación, o bien exige una investigación más detallada acerca de los criterios compartidos para su uso, o bien exige, a quien realiza la generalización, explicite el criterio en virtud del cual identifica “inmigrante sudamericano”. Esto no quiere decir que la diferencia esté en generalizaciones acerca de objetos y generalizaciones acerca de personas. Hay generalizaciones acerca de personas que son análogas a las primeras, por ejemplo, “los argentinos miden más de 1,70 metros”. El criterio compartido para el uso de “argentino” es la nacionalidad, mientras que la altura puede ser medida según magnitudes convencionales, y depende de hechos naturales. Pero la generalización “los homosexuales no son idóneos para adoptar” es análoga a la segunda. Aun cuando el rasgo “homosexual” pueda ser definido mediante un conjunto de convenciones más o menos aceptadas,³¹ el rasgo “idoneidad para adoptar” es un rasgo valorativo (o interpretativo) para cuya identificación se necesita elaborar una interpretación. Es decir, elucidar el concepto exige involucrarse en un conjunto de consideraciones empíricas y valorativas complejas.³²

³¹ La Corte misma ofrece, tal como referí más arriba, una definición de orientación sexual. De todos modos, no es específico que el concepto de “homosexualidad” sea un concepto convencional, *i. e.*, que el contenido del concepto dependa de un acuerdo acerca de los criterios necesarios y suficientes que lo definen.

³² Sigo aquí la distinción entre tipos de conceptos propuesta por Ronald Dworkin en diferentes textos: (i) conceptos criteriales (o convencionales): conceptos que compartimos cuando, y sólo en tanto, acordamos acerca de los criterios para la aplicación correcta a instancias individuales (por ejemplo, argentino, alimento); (ii) conceptos de clase natural: conceptos que refieren a clases; las clases naturales son entidades que poseen una identidad fijada por la naturaleza (por ejemplo, gluten); (iii) conceptos interpretativos: conceptos cuyos criterios de uso dependen de la mejor justificación que podamos dar de la práctica de uso de ese concepto (por ejemplo, vagancia, idoneidad para adoptar). Véase, principalmente, Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., y Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 9-12, y Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., y Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 158 y 159.

Mi argumento aquí no es un argumento escéptico. El argumento es que una generalización que incluya conceptos valorativos (o interpretativos) sólo puede obtener apoyo estadístico una vez que hemos ofrecido una interpretación de aquello en que consiste ese concepto; en nuestro caso, la idoneidad para adoptar. Esa teoría contendrá consideraciones empíricas y normativas complejas que darán lugar no a una sola, sino a un conjunto más amplio de generalizaciones. La idoneidad para adoptar depende, entre otras cosas, de características del adoptante mismo, como su historia familiar y personal, su capacidad económica, el apoyo social con el que cuenta para criar a quien adopte, el nivel de instrucción, la ocupación, los antecedentes emocionales, la motivación para adoptar y las habilidades como educador. También depende del tipo de vida que probablemente poseerán las personas adoptadas, su bienestar emocional, físico y económico, el desarrollo de sus capacidades, el acceso a posibilidades educativas y laborales, la libertad en sus elecciones.³³ A su vez, dentro de este conjunto de rasgos, hay varios que son también interpretativos. Por ejemplo, la constatación del bienestar emocional exige previamente proponer una interpretación acerca de bajo qué condiciones una persona se encuentra en ese estado.

El punto aquí no es determinar exactamente cuáles de todas éstas son las características relevantes respecto de la idoneidad para adoptar. El punto es que la determinación del concepto “idoneidad para adoptar” exige involucrarse en una tarea interpretativa y considerar un cúmulo de rasgos. Además, cuando se trata de un concepto interpretativo asociado a una categoría sospechosa, la teoría interpretativa que identifique el cúmulo de rasgos no debe ser discriminatoria. Es decir, no puede ser una teoría que presuponga algún tipo de juicio negativo respecto de la categoría sospechosa. Por ejemplo, no podrá incluirse dentro de los rasgos a evaluar, el hecho que los hijos de adoptantes homosexuales corran riesgo también de serlo. Asimismo, ese cúmulo de rasgos no funciona como un conjunto de condiciones necesarias y suficientes que fijan quiénes son adoptantes idóneos, sino que funcionan como indicadores típicos de idoneidad, por lo que dos personas pueden ser idóneas, y sin embargo, no compartir todos esos rasgos.³⁴ Por ello, cuando se trata de conceptos interpretativos que necesitan, para ser testeados

³³ Véase, para una lista de características relevantes, Rosser Limiñana, Ana y Moya Mira, Conrado, “Familias monoparentales e idoneidad para la adopción”, *Intervención Psicosocial*, vol. 10, núm. 2, 2001, pp. 214 y 215.

³⁴ Me apoyo aquí en una distinción clásica de la filosofía del lenguaje entre conceptos definidos por condiciones necesarias y suficientes, y conceptos definidos por un cúmulo de condiciones típicas. Véase Searle, John Rogers, *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje*, 4a. ed., Madrid, Cátedra, 1994, pp. 166-177, y Ramírez Ludeña, Lorena, *Diferencias y deferencia. Sobre*

estadísticamente, de este tipo de descomposición, resultará improbable (si bien no imposible) que todos ellos estén conectados a un único rasgo (*i. e.*, la orientación sexual). Es más probable que cada uno de esos rasgos esté asociado a rasgos diferentes, como la edad, la zona de residencia, el nivel de instrucción, etcétera.

Entonces, una generalización que involucre un concepto interpretativo, puede ser contrastada con los hechos, sólo una vez que ha sido descompuesta en generalizaciones relativas a cada uno de los componentes que una teoría interpretativa asocia a ese concepto. Si, como en el caso de la idoneidad para adoptar, resulta que el concepto sólo puede ser descompuesto en un cúmulo de generalizaciones complejas, entonces el apoyo de la generalización inicial exige además mostrar la corrección de una segunda generalización. Es decir, de la generalización según la cual el rasgo “homosexual” está asociado con ese conjunto de generalizaciones.

3. Generalizaciones y normas generales

Pasemos a la segunda pregunta, referida a qué tipo de decisiones normativas pueden estar justificadas en generalizaciones con apoyo estadístico. Para empezar a responder esta pregunta, vale la pena invertir unos párrafos sobre la noción de norma general.

En cuanto establecen que bajo determinadas condiciones, el mundo debe cambiar en cierta forma, la estructura lógica de las normas generales es la de un condicional. En el antecedente encontramos un conjunto de características que definen las condiciones de aplicación de la norma (que llamaré propiedades relevantes) y en el consecuente encontramos el modo en que debe cambiar el mundo (*i. e.*, la solución normativa).³⁵ Las propiedades relevantes establecen cuáles características de una situación debemos tener en cuenta para decidir cómo actuar (*i. e.*, cómo modificar el mundo).

La cuestión central para la creación de una norma general es entonces cómo seleccionar las propiedades relevantes. Aquí nos interesa, en particular, si la característica “homosexual” ha de ser o no recogida por una norma

el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 29-33, entre otros.

³⁵ Von Wright denomina núcleo normativo al conjunto formado por el carácter, el contenido y las condiciones de aplicación de las reglas. Wright, Georg Henrik von, *Norma y acción*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970 [1963], pp. 87 y ss. Aquí adapto el lenguaje de Von Wright a mi exposición. En particular, Von Wright usa el término “prescripción” para referirse a lo que llamo aquí “normas”.

general como propiedad relevante respecto de la prohibición o permisión de adoptar.

Para comenzar a resolver esta incógnita distinguiré, siguiendo a Schauer, tres niveles en la estructura de las normas generales: el nivel de la justificación, el nivel de la generalización y el nivel de la norma propiamente dicha.³⁶ Por ejemplo, en el conocido caso de la prohibición de votar en elecciones políticas a los menores de 18 años, estos tres niveles estarían representados del siguiente modo:

- a) Justificación: es valioso asegurar que los votantes posean madurez política.
- b) Generalización: la propiedad de ser mayor de 18 años hace más probable que se verifique también la propiedad de madurez política.
- c) Norma general: sólo si mayor de 18 años entonces permitido votar en las elecciones políticas.³⁷

Desde esta perspectiva, la selección de las propiedades relevantes se encuentra apoyada por una justificación y una generalización. La elección de la característica “mayor de 18 años” como propiedad relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica X está relacionada con otra característica Y (madurez política). Esta última característica, cuando está presente, permite satisfacer un fin que se considera valioso. Así, la generalización permite vincular la propiedad relevante establecida por la norma general, con la característica presente en la justificación. ¿Qué relación establece una generalización entre estas dos características? Alcanza con que la generalización posea base estadística. Ello quiere decir, como vimos más arriba, que tener más de 18 años no es siempre suficiente para que se verifique la característica “madurez política”, ni tampoco es necesario. Dicho con otras palabras, la relación adecuada entre la norma general y la justificación se produce, aun cuando algunos mayores de 18 años sean inmaduros, y aun cuando algunos maduros sean menores de 18 años.

³⁶ En palabras de Schauer: “El predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla”. Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de Jorge Rodríguez y Claudina Orunesu, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 86.

³⁷ Algo parecido sucede cuando, bajo la generalización que sólo a partir de cierta edad se adquiere la capacidad y la responsabilidad para conducir un automóvil, se establece esa edad como requisito para obtener la licencia de conducir.

Las normas generales, entonces, funcionan seleccionando determinadas características del mundo (propiedades relevantes) que, mediante una generalización, se consideran adecuadamente vinculadas con el fin o el valor que la norma persigue realizar.

Ahora bien, dado que detrás de la norma hay una generalización, se darán inevitablemente casos de sobreinclusión (la norma incluye casos que la justificación no exige incluir) y casos de subinclusión (la justificación exige incluir casos que la norma no incluye).³⁸ Imaginemos que sometemos a examen de laboratorio una determinada muestra de alimentos, y obtenemos base estadística para apoyar la siguiente generalización “los alimentos sin rótulo ‘apto para celíacos’ suelen contener gluten”. Si se considera valioso proteger el sistema digestivo, entonces para un celíaco es valioso no ingerir gluten. A partir de la generalización anterior está justificada la norma general “si alimentos sin el rótulo ‘apto para celíacos’ entonces prohibido ingerir”. Pero ciertamente existirán alimentos sin el rótulo que no contendrán gluten (sobreinclusión) y también alimentos con el rótulo que, por diversos accidentes (*e. g.*, contaminación cruzada), contendrán gluten (subinclusión). Por lo que seguir la norma en todos los casos implicará inevitablemente que en algunos de ellos no se satisfaga la justificación. En el caso de la norma sobre la posibilidad de adoptar, el problema equivaldría a que, aun si concedemos que el concepto interpretativo de “idoneidad para adoptar” ha sido descompuesto en un conjunto de generalizaciones sobre la base de una teoría interpretativa que no incluye una valoración negativa de la homosexualidad; e incluso si concedemos la improbable conclusión de que en virtud de ese cúmulo de generalizaciones hay base estadística para sostener que los homosexuales no son individuos idóneos para adoptar (asunción que, de hecho, no cuenta con ninguna base estadística); aun si concedemos todo eso, la creación de una norma general sobre esta base producirá inevitablemente casos de sobre y subinclusión. Es decir, casos de parejas homosexuales idóneas a quienes se prohíbe adoptar y casos de parejas heterosexuales no idóneas a quienes se permite adoptar.

Sin embargo, creo que una de las conclusiones más importantes y claras que cabe extraer del análisis de Schauer sobre las generalizaciones, es que debemos ser cuidadosos al momento de proponer razones en contra de una determinada norma general. Ello en cuanto corremos el riesgo de “inundación”, es decir el riesgo que esa razón se extienda inevitablemente a todas las normas generales. En ese caso, deberemos decidir si rechazamos la norma general actual porque rechazamos todas las normas generales o si,

³⁸ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego...*, cit., pp. 89-92.

dado que la norma general actual tiene los mismos defectos que las demás, el defecto lo debemos buscar en otro lado, si es que pretendemos conservar algunas normas generales. Con otras palabras, el fenómeno de sobre y subinclusión no puede ser la razón para rechazar una norma general, ya que ello implicaría rechazar todas las normas generales basadas en generalizaciones. Esto no quiere decir que sea insensato exigir una justificación para el uso de normas generales. Ello exigiría abordar la controversia entre universalismo y particularismo. Esta controversia, para decirlo brevemente, se concentra en si está justificado decidir sobre la base de normas generales que identifican y fijan propiedades relevantes con anticipación o sobre la base de decisiones particulares que identifican las propiedades relevantes una vez llegado el caso individual.³⁹ No obstante, la discusión aquí no es esa. Ni la Corte ni el juez, ni tampoco el agraviado, ponen en discusión la toma de decisiones sobre la base de normas generales. Lo que está en discusión es, en cambio, si la cuestión referida a la autorización para adoptar puede ser zanjada con una decisión de ese tipo, que involucra una categoría sospechosa, sin excluir que las normas generales puedan servir para decidir otro tipo de cuestiones.

4. Alcance de las decisiones normativas apoyadas en generalizaciones

Llegados a este punto es importante recordar cuál es el núcleo de la controversia. Quienes rechazan la prohibición no niegan que las parejas homoparentales deban, al igual que el resto de los interesados en adoptar, superar ciertos exámenes para asegurar su idoneidad como adoptantes. De hecho, ambos contendientes en esta discusión acuerdan en su objetivo. Tanto el juez, como la Corte y el agraviado, persiguen el objetivo que la adopción sea permitida únicamente a quienes son adoptantes idóneos. Desacuerdan, en cambio, porque, por un lado, el juez sostiene que no es necesario ese examen individual cuando contamos con generalizaciones estadísticamente fundadas, ya que ello justifica la creación de una norma general. Y porque, por otro lado, la Corte sostiene que está constitucionalmente prohibido llevar adelante investigaciones estadísticas respecto de generalizaciones que involucran categorías sospechosas y que, por lo tanto, la idoneidad para adoptar debe decidirse mediante exámenes individuales, caso por caso.

³⁹ Para un análisis de la incidencia del particularismo en ámbito jurídico, véase Bouvier, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

La discusión puede ser puesta en los siguientes términos: ¿qué tipo de decisión (general o individual) nos asegura mejor que los niños sean adoptados por personas idóneas? En lo que queda de esta sección discutiré entonces qué razones tenemos a favor de uno u otro tipo de decisión. Intentaré defender la conclusión de que las decisiones individuales aseguran la protección del fin valioso en juego, al igual que las normas generales, pero que, a diferencia de la norma general en juego, no precluyen la ampliación de derechos. Sin embargo, sostendré también que, si bien las normas generales acerca de la prohibición o permisión para adoptar no pueden seleccionar como propiedad relevante únicamente a la homosexualidad, las generalizaciones sobre categorías sospechosas son, de todos modos, indispensables para realizar los exámenes individuales.

Empezaré por analizar la posición que defiende la formulación de normas generales, basadas en generalizaciones con apoyo estadístico. Para apoyar esta afirmación, el juez ofrece un ejemplo del derecho comparado:⁴⁰

en Estados Unidos, por ejemplo, la ley determina que los pilotos de aerolíneas comerciales están obligados a retirarse a la edad de sesenta años. Evidentemente, se trataría de una distinción basada en una categoría sospechosa a la luz de nuestra Constitución: la edad de los pilotos. Con todo, existen razones empíricas y normativas que justifican que a los pilotos de esta edad se les oblige a retirarse. Por un lado, hay información científica (de naturaleza estadística) que muestra que ciertas facultades (auditivas, visuales y ciertos reflejos) necesarias para desempeñar ese trabajo, especialmente en situaciones de emergencia, empiezan a declinar a partir de esa edad. Por otro lado, debido a las desastrosas consecuencias que puede tener un error o una falla de un piloto comercial se considera legítimo que en un caso como éste se establezca una distinción basada en un criterio sospechoso, como la edad de las personas.⁴¹

⁴⁰ Citando a Schauer, Frederick, *Profiles...*, cit., pp. 108 y ss.

⁴¹ El juez agrega otro ejemplo, pero no es un ejemplo relevante. Según el juez “podrían imaginarse otros ejemplos que muestren que en algunos casos una distinción sospechosa puede estar justificada. Por ejemplo, una ley que negara la posibilidad de obtener una licencia de conducir a personas invidentes posiblemente superaría un escrutinio muy estricto a la luz de los principios constitucionales en juego y la evidencia empírica disponible”. El ejemplo no es relevante, pues la categoría de personas está identificada mediante el mismo rasgo que justifica la exclusión. Es decir, es peligroso manejar sin poder observar el camino, por lo tanto se prohíbe manejar a quienes no pueden hacerlo. Quien posee la característica de no vidente satisface, por definición, el rasgo que justifica la exclusión. Por el contrario, las generalizaciones son problemáticas precisamente porque el rasgo que identifica la categoría de personas no coincide con el rasgo que justifica la norma. Así, el rasgo edad (60 años) no coincide con el rasgo (pérdida de facultades) que justifica la norma. Puesto de otro modo, una norma como “prohibido conducir automóviles a las personas no videntes” no sería del

Se trata de una norma general (“obligatorio jubilarse a los 60 años”) apoyada en una generalización con base estadística (“la personas pierden ciertas facultades cuando llegan a los 60 años”) y justificada porque la pérdida de esas facultades pone en riesgo un fin valioso, *i. e.*, evitar accidentes aéreos.

Hay un primer argumento que suele esgrimirse para defender este tipo de normas generales, a saber, el argumento de la eficiencia económica. Por ejemplo, dado que para determinar si tienen gluten sería imposible o sumamente costoso examinar uno por uno los alimentos, es más eficiente seguir una norma general apoyada estadísticamente.⁴² Igualmente, en el caso citado por el juez, se sostiene que realizar un examen a todos los pilotos cada año sería demasiado costoso para las empresas aéreas.⁴³

Sin embargo, el argumento económico tiene sus limitaciones. Primero, y sobre todo, porque no es un argumento que garantice el ajuste al caso individual. Es decir, la eficiencia económica no garantiza, y a veces incluso excluye, encontrar la mejor solución para el caso individual.⁴⁴ Segundo, porque la eficiencia económica ha de ser demostrada en cada caso, para cada norma general. En particular, parece que hay alternativas para introducir decisiones más ajustadas a los casos individuales sin afectar la eficiencia económica. Por ejemplo, podrían realizarse exámenes individuales a los pilotos que llegan a los 60 años. La cantidad de exámenes en este caso será menor que si se realizaran a todos los pilotos cada año. En igual sentido, tampoco se comprometería la eficiencia económica si se sometiese a exámenes individualizados a las personas que desean adoptar. De hecho, ello ya es así en la mayoría de los sistemas de adopción. Por lo que su implementación respecto de las parejas homosexuales no altera la eficiencia económica del sistema de adopción.⁴⁵

mismo tipo que “prohibido pilotear aviones a las personas mayores de 60 años”, sino que sería análoga a la norma “prohibido pilotear aviones a quienes poseen visión reducida, escasos reflejos y cansancio”.

⁴² Existen, hasta donde sé, en el Reino Unido y en Argentina, dispositivos de reciente aparición para testear productos individualmente, y que pueden ser utilizados por personas no expertas. Pero ambos funcionan con partes que han de ser reemplazadas luego de cada *test*, por lo que usarlos para todos y cada uno de los productos, no sólo implica tiempo, sino también un alto costo.

⁴³ Lo mismo sucedería, se alega, si se permitiera a todos los menores de 18 años solicitar un *test* individualizado para determinar si tienen la madurez suficiente para participar en las elecciones políticas.

⁴⁴ Salvo, claro, que la eficiencia económica sea el único criterio de corrección.

⁴⁵ De hecho, la entrevista personal suele ser el método recomendado por los especialistas, para decidir sobre la idoneidad para adoptar. Véase, por ejemplo, Freixa, Montserrat *et al.*,

Un segundo argumento, esgrimido también por el juez, es que la norma general permite garantizar una finalidad o razón poderosa. Sin embargo, al menos en principio, no hay diferencias respecto de ello entre normas generales y exámenes individuales. Es decir, la norma que obliga a jubilarse a pilotos mayores de 60 años no protege de manera absoluta la razón poderosa de evitar el peligro de accidentes aéreos, ya que, dado que se trata de una estadística, es probable que algunos pilotos de menos de 60 años hayan perdido algunas de sus facultades y, sin embargo, la norma no les impide seguir pilotando. Los exámenes individuales tendrán el mismo déficit (ya que los pilotos menores de 60 años no estarán obligados a hacerlo) pero evitarán obligar a jubilarse a pilotos mayores de 60 años que todavía son capaces. Lo mismo sucede con la adopción y las parejas homosexuales. La protección de la razón poderosa (*i. e.*, interés superior del menor-idoneidad para adoptar) mediante exámenes individuales será igual, sino mayor, a la conferida por normas generales.

Hay todavía dos argumentos más a favor de las normas generales en estos casos, y que merecen mayor atención, ya que pretenden mostrar que mediante una decisión basada en normas generales logramos ajustarnos mejor a los casos individuales.

Así, el tercer argumento sostiene que mediante normas generales se reduce la probabilidad de error; y según el cuarto argumento, también mediante normas generales, se evita el riesgo de discriminación.

Volvamos al ejemplo sobre alimentación para analizar el tercer argumento. La norma general “si alimento sin el rótulo ‘apto para celíacos’ entonces prohibido ingerir” está justificada porque seguirla impide ingerir alimentos dañinos para el aparato digestivo de un celíaco. Esta norma general selecciona una propiedad relevante X y descarta otras. Cuando la norma está justificada, la propiedad ha sido seleccionada sobre la base de una generalización con apoyo estadístico. Según esa generalización, la propiedad X (rótulo “apto para celíacos”) está conectada con otra propiedad Y (ausencia de gluten) que permite la consecución de un fin valioso (protección del aparato digestivo). Ahora bien, ¿qué sucedería si mediante un dispositivo especial constatamos que cierto alimento no tiene gluten?⁴⁶ La primera respuesta sería que la aplicación de la norma basada en la generalización no está justificada, puesto que si la propiedad Y no se da, entonces no se obtendrá el fin valioso. A esta primera respuesta, el argumento que estamos

⁴⁶“Una propuesta de entrevista semi-estructurada para la evaluación de futuros padres adoptivos: aplicación y estudio mediante el análisis textual”, *Anuario de Psicología*, vol. 71, 1996.

⁴⁶ Y, por lo tanto, constatamos que se trata de un caso de sobreinclusión.

ahora considerando responde que ello es así únicamente cuando podemos confiar en el *test* individual, es decir, siempre que no haya razones para dudar de la fiabilidad de la información actual. De otro modo, cuando nuestra capacidad epistémica actual es inferior a la que teníamos al momento de la comprobación estadística, haremos mejor en guiarnos por la norma general. Además, los *test* pueden fallar por varias razones, y realizando un *test* para cada producto aumentan las posibilidades de error. La norma general reduce esta posibilidad a largo plazo, puesto que evita la realización de *test* individuales, caso por caso, y limita el número de personas que llevan adelante la corroboración.

Sin embargo, la posibilidad de error es una razón para mejorar los exámenes individuales y no para eliminarlos. Sobre todo porque los *test* individuales son indispensables para evaluar las generalizaciones. No obstante los esfuerzos en ese sentido, si nuestra confianza en los exámenes individuales respecto de la idoneidad para adoptar fuera muy baja, entonces deberíamos eliminarlos para todas las categorías de adoptantes, y no sólo respecto de los homosexuales. Ya que no hay razones para confiar más en unos que en otros.⁴⁷

La última defensa, el cuarto argumento, a favor de las normas generales es que si las propiedades relevantes están fijadas por una norma general, se evita la posibilidad de decisiones abusivas en el caso concreto. Por ejemplo, si la propiedad relevante es “rótulo ‘apto para celíacos’” estamos protegidos frente a vendedores inescrupulosos que quieran convencernos de que cierto alimento no contiene gluten a pesar de que no posee el rótulo. Del mismo modo, si hay normas generales que determinan cuándo está permitido adoptar y cuándo no, ello impedirá que funcionarios incompetentes decidan sobre la adopción a partir de sus propios prejuicios. Pero ello sería una defensa de una norma general que amplíe derechos y no de una, como la que estamos analizando, que los reduce. Además, tratándose de una norma basada en una generalización que asocia una categoría sospechosa a un concepto interpretativo, el riesgo de discriminación mediante una norma general es también alto.

En definitiva, cuando se trata de decidir sobre los derechos de categorías de personas que han sufrido discriminación en el pasado (como los ho-

⁴⁷ Nótese que el defensor de las decisiones basadas en normas generales sólo puede alegar una diferencia cuantitativa en la posibilidad de error. Es decir, en virtud de la reducción del número de *test*. No puede alegar una diferencia cualitativa, ya que la base estadística de las generalizaciones en las que se apoya la norma general sólo puede ser obtenida mediante *test* individuales.

mosexuales), las limitaciones a sus derechos mediante una norma general, aun cuando estén involucradas otras razones poderosas, no parece justificada. Sobre todo, porque los exámenes individuales, no sólo son económicamente viables, sino que, de manera más importante, permiten evitar la discriminación y, además, proteger el fin valioso en juego.

De todos modos, antes de cerrar esta primera parte, queda por realizar una última aclaración. Incluso si se aceptan mis argumentos, de ello no se sigue que podamos evitar el uso de generalizaciones. La realización de exámenes individuales es imposible sin el apoyo de generalizaciones.⁴⁸ En el caso de los alimentos para celíacos, al construir una generalización sobre productos sin rótulo es necesario llevar adelante *test* individuales de algunos productos. Esos *test* deberán apoyarse en generalizaciones. Como por ejemplo, la generalización según la cual los alimentos que dan negativo en cierto *test* no contienen gluten. En nuestro caso, la decisión acerca de la idoneidad para adoptar se basará en ciertos rasgos de las personas que son considerados indicadores relevantes. Y para saber cuáles son, es necesario apoyarse en generalizaciones. Tales generalizaciones probablemente incluirán rasgos problemáticos. Esto es aceptado por los especialistas consultados, quienes se refirieron a estudios llevados a cabo, sobre todo, en Estados Unidos, en los que la evidencia sociológica recolectada muestra que no existen diferencias entre niños criados por parejas heterosexuales y niños criados por parejas homosexuales respecto de las prácticas paternales, el bienestar emocional de los niños y su orientación sexual.⁴⁹ Asimismo, otro de los textos citados muestra que respecto del crecimiento de los niños parece ser más relevante la dinámica familiar que su estructura.⁵⁰ Estas son claramente generalizaciones apoyadas en rasgos problemáticos.

Resumiendo, los argumentos presentados hasta aquí permiten identificar los siguientes criterios para evaluar la justificación de una norma general que limita los derechos de una categoría sospechosa. El primer punto es que no existen diferencias cualitativas entre una decisión individual y una norma general respecto de la protección de un fin valioso (o razón poderosa). Ambas producirán casos de sobre y subinclusión. Segundo, si se trata de una norma general que se apoya en una generalización referida a un concepto interpretativo, entonces primero, debe ofrecerse una teoría

⁴⁸ Como bien señala Schauer, véase Schauer, Frederick, *Profiles...*, *cit.*, pp. 55-78.

⁴⁹ Allen, Mike y Burrell, Nancy, "Comparing the Impact of Homosexual and Heterosexual Parents on Children", *Journal of Homosexuality*, vol. 32, núm. 2, 1997.

⁵⁰ Chan, Raymond W. *et al.*, "Psychosocial Adjustment among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers", *Child Development*, vol. 69, núm. 2, 1998.

interpretativa no discriminatoria de ese concepto y, segundo, descomponer esa teoría en un cúmulo de generalizaciones secundarias susceptibles de corroboración estadística. La generalización en la que se apoya la norma general tendrá base estadística sólo si se muestra (algo que es improbable, pero no imposible) que la categoría sospechosa es relevante respecto de un conjunto consistente de tales generalizaciones secundarias que obtuvieron base estadística. Tercero, incluso si se concede la base estadística de la generalización, ello no implica todavía que la norma general sea preferible a la decisión individual. Pues si la norma general limita los derechos del grupo de personas al que hace referencia la categoría sospechosa, el riesgo de discriminación es mayor que el de una decisión individual que no precluye anticipadamente la posibilidad de ampliar los derechos de la categoría sospechosa. Cuarto, por lo que, dado la paridad respecto de la razón poderosa y dada la posibilidad de apertura de derechos, el modo adecuado de resolver la cuestión es la decisión individual. Lo que resulta apoyado en el caso de la adopción, además, por su viabilidad económica.

Para concluir, vale la pena unos últimos comentarios sobre las afirmaciones de la Corte y del juez del voto concurrente. Desde mi punto de vista, la Corte acierta al negar que esté justificado decidir mediante normas generales, aun si basadas en generalizaciones, la cuestión de la adopción por parte de homosexuales. Se equivoca en sostener que ello es así porque está prohibido generalizar sobre categorías sospechosas. El juez acierta al sostener que las generalizaciones acerca de categorías sospechosas son posibles, a veces necesarias. Pero se equivoca en afirmar que permiten justificar una norma general en este caso. Desde mi punto de vista, la conclusión más acertada es que si bien está permitido generalizar sobre categorías sospechosas, en algunos casos sólo está permitido tomar decisiones individuales. Tal como en el supuesto de adopción que nos interesa.

III. NORMAS Y ESTEREOTIPOS. EL USO PRESCRIPTIVO DE LAS CATEGORÍAS SOCIALES

En esta sección me ocuparé del rol que ciertos estereotipos normativos jugaron en la argumentación de la Corte. La Corte no ha usado explícitamente esta expresión, sin embargo, varias de las consideraciones realizadas por los jueces pueden ser entendidas como referidas a estereotipos normativos. En particular, procuraré mostrar que lo que la Corte denomina mensaje o parte valorativa de una norma, puede ser entendido como estereotipo normativo. Y que, debido a que los estereotipos normativos producen, en ciertos casos,

una afectación de la identidad personal, también el mensaje normativo la produce. No es mi intención embarcarme aquí en una discusión terminológica, por lo que los términos usados no son relevantes. El punto que me interesa abordar es, en cambio, qué conclusiones se siguen de entender el mensaje como estereotipo normativo. Para ello, comenzaré por precisar aquello que la Corte llama mensaje normativo, y argumentaré en qué sentido puede ser entendido como estereotipo. En segundo lugar, presentaré el modo en que los estereotipos normativos se relacionan con la identidad personal. Y, por último, evaluaré las consecuencias que de ello se sigue con relación a la afectación que el mensaje puede producir en sus destinatarios.

Como adelanté, me concentraré aquí en el fallo 704/2014. En ese caso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia debió resolver sobre la constitucionalidad de las modificaciones y adiciones realizadas por los decretos 142 y 155, que reformaron, respectivamente, 147 artículos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, 116 artículos del Código Civil para el Estado de Colima, y 12 artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Colima. De acuerdo con la reforma, el artículo de la Constitución local referido distingue diferentes tipos de relaciones conyugales: el matrimonio, celebrado entre un solo hombre y una mujer, y el enlace conyugal, celebrado entre dos personas del mismo sexo. Los artículos referidos al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles fueron reformados para reemplazar el concepto de matrimonio por el de relaciones conyugales.

El quejoso sostuvo que estos cambios legislativos generan una afectación directa en su contra, al discriminarlo a él y “a todos y cada uno de los homosexuales” por motivo de su preferencia sexual, contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 1o. constitucional.⁵¹ Un punto importante para entender el caso es que el quejoso, si bien se declaró homosexual y residente en el estado de Colima, no había solicitado contraer matrimonio ni tampoco manifestó tener la intención de hacerlo.

Así las cosas, uno de los puntos centrales del fallo fue decidir sobre la legitimidad activa del quejoso. En efecto, el juez de Distrito determinó el sobreseimiento de la causa, estimando que el quejoso no tenía interés legítimo para impugnar. La base de esta conclusión es un argumento que involucra terminología técnica que no será objeto de discusión aquí, pero que, al menos brevemente, será necesario mencionar. Técnicamente, el juez sos-

⁵¹ Agregó también que el artículo 391 del Código Civil tiene una omisión legislativa al no incluir a las parejas homoparentales en los supuestos para adoptar niños y niñas.

tuvo que las normas cuestionadas son heteroaplicativas y que, por lo tanto, necesitan de un acto concreto de aplicación. En este caso, el acto concreto habría sido la respuesta a la solicitud de contraer matrimonio. Dado que el quejoso no había solicitado contraer matrimonio, el juez decidió que las normas no eran aplicables y, por lo tanto, que el quejoso no poseía interés legítimo. Este argumento técnico puede ser reconstruido del siguiente modo. Según el juez, las normas impugnadas regulan el comportamiento de las personas que desean contraer matrimonio y de los funcionarios encargados de declararlo. Dado que el quejoso no cae en ninguna de estas dos clases, no es destinatario de las normas y, por lo tanto, no tiene interés legítimo para cuestionarlas. El punto sobre el que la Corte tenía que resolver era entonces si el quejoso tenía interés legítimo. Ello depende de cómo se conciba el interés legítimo y de cómo se distinga entre las normas hetero y autoaplicativas. La Corte concluyó que el quejoso posee efectivamente interés legítimo, ya que las normas en cuestión son, contrariamente a lo afirmado por el juez, autoaplicativas. Si bien creo que estas distinciones son importantes, puesto que dan estabilidad a la jurisprudencia, no entrará aquí en el análisis técnico de estos conceptos jurisprudenciales. Lo que me interesa no es discutir si efectivamente hay interés legítimo o si las normas son autoaplicativas, sino las razones en virtud de las cuales la Corte consideró a esas normas autoaplicativas y al quejoso como destinatario de ellas.

1. *El mensaje normativo*

La Corte distingue entre contenido (o parte dispositiva) y mensaje (o parte valorativa) de una norma. Defiende esta distinción afirmando que

las leyes —acciones por parte del Estado— no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general.⁵²

A través de ese mensaje, las leyes participan también en la conformación del significado social que, en una comunidad, poseen ciertos eventos.

⁵² La Corte señala que el mensaje “no depende de las intenciones del autor de la norma, sino que es función del contexto social que le asigna ese significado”. No se trata de que las intenciones no juegan ningún rol, sino que sólo lo hacen como un elemento más del contexto.

La participación de las leyes consiste, principalmente, en un juicio valorativo respecto de las acciones reguladas. Negativo, respecto de las acciones prohibidas, y positivo o de promoción respecto de las acciones permitidas u obligatorias. Además, las leyes pueden apoyar o desalentar los juicios de valor ya existentes en la sociedad. Así, la Corte señala que “cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos”.⁵³

Si se acepta la distinción entre contenido y mensaje, sostiene la Corte, entonces una norma puede ser discriminatoria, no sólo cuando regula directamente la conducta de un “grupo vulnerable”,⁵⁴ sino también cuando, mediante la regulación de la conducta de terceros, su mensaje ayuda a construir un significado que genera a ese grupo vulnerable un daño de estigmatización por discriminación.⁵⁵ A pesar de esta definición, cabe aclarar que en el caso bajo análisis, los miembros del grupo vulnerable son también los destinatarios de la parte dispositiva de la norma. Para ser más precisos, el grupo destinatario de la parte valorativa (todos los homosexuales) incluye al grupo destinatario de la parte dispositiva (todos los homosexuales que solicitan contraer matrimonio). El problema aquí no es una diferencia excluyente entre los grupos destinatarios de ambas partes de la norma, sino el hecho de que el quejoso pertenece a uno, pero no al otro.

A partir de estas consideraciones, la Corte sostiene que existe un tipo de afectación, que denomina afectación por estigmatización, respecto de quienes, sin ser destinatarios de la parte dispositiva de una norma, son destinatarios de su mensaje. Según la Corte,

la afectación por estigmatización es una especie de afectación concreta y distinguible de la mera oposición o disidencia ideológica a una ley, generable por un mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso es destinatario por ser miembro de uno de los grupos vulnerables identificados mediante una de esas categorías.⁵⁶

⁵³ Párrafo 74.

⁵⁴ Estimo que a pesar de las connotaciones diferentes, un grupo vulnerable es aquí un grupo definido por una categoría sospechosa.

⁵⁵ Párrafo 75.

⁵⁶ Párrafo 85. Este tipo de afectación ya había sido reconocido por la Corte en fallos anteriores: “La homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente

Si bien para que se produzca la afectación no se exige acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma, para distinguir esta afectación especial (que da lugar a un interés legítimo) de una mera discrepancia ideológica (que sólo da lugar a un interés simple), la Corte especifica ciertos requisitos, que resumo a continuación:

- a) El mensaje normativo debe ser perceptible objetivamente y contener un juicio de valor negativo o estigmatizador.
- b) El mensaje debe utilizar un criterio de clasificación sospechoso y el quejoso debe pertenecer al grupo así identificado.
- c) El quejoso debe encontrarse dentro del ámbito espacial de validez de la norma (sobre el cual se proyecta el mensaje).⁵⁷

En el caso concreto, la Corte consideró que efectivamente el legislador de Colima, a través del marco normativo sancionado, trasmittió un mensaje según el cual “las uniones que merecen ser sancionados como matrimonio a través del derecho son las heterosexuales, y las uniones entre homosexuales pueden también ser sancionados pero a través de una figura diferente, el enlace conyugal”.⁵⁸ Ciertamente, se advierte detrás del marco normativo una valoración negativa de la pareja homosexual. O, lo que es lo mismo, una consideración de los homosexuales como no merecedores del acceso al matrimonio. La elección de un término diferente para las uniones de parejas del mismo sexo implica negarles el acceso al mismo término que designa una institución socialmente arraigada. Y, aun cuando la única diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales sea el término, el contexto histórico y cultural permite advertir que la etiqueta “matrimonio” tiene una carga de significado que el legislador vuelve inaplicable a las parejas homosexuales y, por lo tanto, envía así un mensaje negativo.⁵⁹ Según este mensaje,

primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra y, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, actitudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad. Dicho tratamiento discriminatorio implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior”. Amparo directo en revisión 2806/2012. Enrique Núñez Quiroz. 6 de marzo de 2013. Tesis aislada de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la p. 547 del Libro XX (mayo de 2013) Tomo 1 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

⁵⁷ Párrafo 90.

⁵⁸ Párrafo 87.

⁵⁹ El punto es ligeramente diferente en el AR 152/2013, en el que se debía decidir sobre un marco normativo (del estado de Oaxaca) que preveía únicamente el matrimonio entre personas de distinto sexo, sin crear una figura diferente para las parejas homosexuales. En

el rol de cónyuges dentro de un matrimonio está excluido del plan de vida homosexual. Dicho de otro modo, el mensaje impone a los homosexuales un recorte de los roles que pueden asumir, la homosexualidad es incompatible con el rol de cónyuge dentro de un matrimonio.

La pretensión de fijar los roles de las personas es precisamente una de las funciones que asumen los estereotipos. Como señalé más arriba, los estereotipos también son usados en función normativa. En esos casos, funcionan como normas, más o menos rígidas, que pretenden guiar el comportamiento de determinada categoría de personas. Los estereotipos normativos incluyen a los individuos en una categoría o grupo social y especifican las normas que predominantemente se aplican a esa categoría de personas y que definen sus roles. Del mismo modo que el mensaje del legislador pretende definir los roles de las personas homosexuales, negándoles el acceso al matrimonio, estereotipos normativos como “las madres deben ser amas de casa” pretenden definir los roles de las mujeres cuando tienen hijos.

Refiriéndose a las relaciones dentro del matrimonio, la Corte misma llama estereotipo a una norma que cumple esta función:

La asignación de tareas, habilidades y roles dentro de las parejas o las familias de acuerdo con el sexo o la identidad sexo-genérica de las personas corresponde a una visión estereotípica basada en características individuales o colectivas con significación social o cultural. Esto constituye una forma de discriminación —tanto para las parejas del mismo o distinto sexo— por cuanto el Estado determina a las personas con base en estas características y niega, por un lado, la diversidad de los proyectos de vida y, por el otro, la posibilidad de la distribución consensuada de las tareas dentro de las parejas y las familias.⁶⁰

En este párrafo, si bien referido al contenido normativo y no al mensaje, aquello que la Corte denomina “visión estereotípica” no es una generali-

ese caso, la Corte sostuvo que es el silencio excluyente respecto de las parejas homosexuales el que trasmite un mensaje negativo contra ellas.

⁶⁰ Párrafo 184. Asimismo, en el párrafo 106, la Corte cita un caso de Guatemala en el que se hace referencia a un estereotipo normativo: “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso de María Elena Morales de Sierra vs. Guatemala*, determinó que la mera existencia de diversos artículos del Código Civil de dicho país eran discriminatorios contra las mujeres, y en específico contra la señora Morales, puesto que conferían la representación conyugal y la administración del patrimonio conyugal al esposo, establecían responsabilidades específicas dentro del matrimonio para la esposa (*v. g.* cuidar los niños menores y el hogar), establecían que la mujer casada sólo podía ejercer una profesión o tener un empleo, siempre que ello no perjudicara su papel de madre y ama de casa, y que el esposo podía oponerse a que la esposa realizara actividades fuera del hogar”.

zación descriptiva acerca de los roles que, de hecho, desempeñan hombres y mujeres en el matrimonio, sino que es una norma que persigue imponer esos roles a hombres y mujeres. Por ello, respecto de estereotipos en función normativa, no tiene sentido preguntarse si cuentan o no con apoyo estadístico. El problema con los estereotipos normativos es, en cambio, su estrecha vinculación con la identidad personal.

2. *Estereotipos normativos e identidad*

Un estereotipo normativo persigue fijar los roles de determinada categoría de personas. Es precisamente por ello que algunos estereotipos normativos moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros de un grupo. Pero si ello es así, entonces hay estereotipos que desempeñan una función constitutiva de la identidad de ciertos grupos; puesto que ser miembro de ciertos agregados sociales implica comportarse según normas que definen el comportamiento de quienes participan en el grupo.⁶¹ En este sentido, aquello que constituye, en parte, el ser miembro de ese grupo es precisamente observar esas normas.⁶² Así, los estereotipos permiten el surgimiento de “clases de personas”.⁶³ Esta función de los estereotipos es claramente independiente del valor que posean las acciones o categorías que definen y regulan. Es decir, al igual que las normas del ajedrez o del boxeo crean nuevas posibilidades de comportamiento, independientemente del valor que asignemos a cada juego; también los estereotipos normativos que definen al padre de familia, a la bailarina de *striptease* y a la profesora universitaria definen clases de personas, independientemente del valor que asignemos a cada una de esas identidades.⁶⁴

⁶¹ Appiah, Kwame Anthony, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California Law Review*, vol. 88, núm. 1, 2000.

⁶² Estas normas, que definen cómo las personas deberían comportarse en determinadas situaciones, pueden ser entendidas como convenciones o normas sociales, más o menos explícitas. Akerlof, George A. y Kranton, Rachel E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010, p. 11. En el mismo sentido, Appiah, Kwame Anthony, *The Ethics...*, cit.

⁶³ Appiah, Kwame Anthony, “Stereotypes...”, cit., p. 65.

⁶⁴ La identidad social está constituida, entre otras cosas, pero sobre todo, por un conjunto de estereotipos que moldean el comportamiento, los planes y la vida de los miembros de ese grupo. Si bien algunas características de las personas como raza, etnia, nacionalidad, género, religión o sexualidad tienen mayor importancia en la definición de la identidad, no son las únicas. Mi uso de identidad en el texto pretende ser neutral al respecto. Véase Sen, Amartya, *Identidad y violencia*, trad. de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen, Buenos Aires, Katz, 2007.

Ahora bien, dada esta relación entre estereotipos e identidad, ¿cuáles son, si existen, los criterios de relevancia jurídica? En este punto puede ser útil trazar un paralelismo con los estereotipos descriptivos. Así, mientras en el caso de los estereotipos descriptivos podían presentarse dos tipos de defectos, uno que afectaba al grupo (estereotipo sin base estadística) y otro que afectaba a un individuo (estereotipo con base estadística, pero falso respecto del individuo en cuestión), lo mismo sucede con los estereotipos normativos. Algunos estereotipos normativos pueden constituir una afectación de la identidad de un grupo. Ello sucede cuando se atribuye a una categoría de personas un determinado rol, que el grupo no se atribuye o que es incompatible con los roles que el mismo grupo se atribuye. Como en el caso de las mujeres-amas de casa. Mientras que otros estereotipos normativos, aun cuando constituyan la identidad de un grupo, en cuanto esa categoría de personas se lo atribuye, pueden afectar la identidad de un miembro del grupo que rechaza el estereotipo. Como, por ejemplo, el caso de los católicos que no consideran reprochable tener relaciones sexuales antes del matrimonio. O el caso de las mujeres mapuches, respecto de las normas comunitarias que les imponen la composición del conflicto de violencia intrafamiliar mediante acuerdo con el victimario.⁶⁵

Esto permite distinguir entre estereotipos normativos internos y externos. El estereotipo es interno cuando los sujetos que sostienen el estereotipo son a su vez los destinatarios. El estereotipo es externo cuando esa coincidencia no se produce. Dicho con otras palabras, los estereotipos normativos son internos cuando el grupo B sigue un estereotipo Q referido a los miembros del mismo grupo B. Son externos, cuando el grupo A sigue un estereotipo R referido a los miembros del grupo B.

Usando estas herramientas podemos distinguir dos sentidos en que un estereotipo es opresivo. En sentido general, el estereotipo es opresivo cuando se intenta imponer a un grupo un estereotipo externo. En sentido individual, el estereotipo es opresivo cuando se intenta imponer a un individuo, miembro del grupo, un estereotipo interno.

El problema con los estereotipos se presenta entonces cuando imponen o precluyen una elección normativa identitaria a un grupo o a un individuo. En esos casos, los estereotipos son opresivos respecto de los individuos que rechazan la atribución del rol que presuponen. Incluso pueden ser percibidos como opresivos por quienes, sin encontrarse incluidos en la categoría

⁶⁵ Para un análisis de estos casos, véase Ñanculef, Juan, “La cosmovisión y la filosofía Mapuche: un enfoque del Az-Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura Mapuche”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, vol. 6, 2003.

a la cual se atribuye un determinado rol, rechazan de todos modos el estereotipo.

Pero eso no es todo, el respeto de los estereotipos internos parece indispensable para reconocer la identidad del grupo en cuestión. Los estereotipos moldean formas de comportamiento, cuya comprensión exige considerar a los estereotipos mismos. Ignorarlos impide que el comportamiento adquiera el significado que el grupo le otorga. El reconocimiento exige comprender el significado que tales comportamientos tienen para quienes poseen la identidad así constituida.

Ello quiere decir que no basta con admitir que un estereotipo es normativo para rechazarlo. Es necesario analizar todavía qué relación tiene con la identidad del grupo o individuo estereotipado. En nuestro caso, el estereotipo es externo y opresivo, ya que se trata de la exclusión de un rol impuesto por personas que no son las destinatarias del estereotipo.

3. Sobre la afectación que producen los estereotipos normativos

De lo dicho hasta aquí, surge que la relevancia de los estereotipos normativos depende de su relación con la identidad personal de los destinatarios. Sin embargo, el argumento central de la Corte es que el marco normativo sancionado por el legislador del Estado de Colima posee un mensaje discriminador. Al distinguir entre “matrimonio” y “enlace conyugal”, el legislador envía un mensaje según el cual las parejas homosexuales no son merecedoras del acceso al matrimonio y ello, siempre según la Corte, constituye un juicio de valor negativo. El juicio de valor negativo transmitido por el mensaje de la norma, *i. e.*, por su parte valorativa, produce al quejoso una afectación por estigmatización que da lugar a un interés legítimo, y por lo tanto, lo legitima para solicitar la declaración de inconstitucionalidad. La declaración es procedente, según la Corte, porque efectivamente el régimen de “separados pero iguales” es violatorio del principio de igualdad. En efecto:

Si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, aun cuando existiera un régimen jurídico diferenciado al cual pudieran optar las parejas homosexuales en lugar de casarse, incluso si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de “separados pero iguales” surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. De acuerdo con ello, los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo,

sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”.⁶⁶

Lo mismo sucedería, *a fortiori*, en el caso de un régimen que distinguese entre parejas de personas del mismo sexo y parejas de personas de distinto sexo, asignando a cada una derechos y obligaciones diferentes.

La Corte sostiene que esta violación se produce, no sólo respecto de las personas homosexuales que efectivamente desean casarse, sino también respecto de aquellas que son únicamente destinatarias de la parte valorativa o mensaje de la norma. Sin embargo, desde mi punto de vista, el agravio que produce un mensaje que contiene un estereotipo opresivo es independiente del hecho que la norma distribuya o no de manera igual derechos y obligaciones. Es decir, los destinatarios del mensaje pueden verse agraviados aun cuando no exista una violación del principio de igualdad. Imagínese, por ejemplo, una norma que dispusiese: “Los directivos y sus secretarías administrativas gozarán de dos horas de pausa para almorzar”. Esta norma transmite un mensaje acerca del rol que hombres y mujeres deben poseer en la estructura empresarial, pero sin distribuir de manera desigual sus derechos.

Dicho de otro modo, siempre que otras variables se mantengan constantes, la afectación que la norma produce al destinatario de la parte dispositiva no es necesariamente la misma que produce al destinatario de la parte valorativa. Una norma que atribuya distintos derechos y obligaciones a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, produce tanto una afectación por discriminación como una afectación de la identidad de los destinatarios de la parte valorativa (o mensaje). Más allá que, de hecho, en el caso bajo análisis se produzca también una agravio a la igualdad.

Me parece que distinguir entre la afectación que produce un mensaje y la afectación que produce el contenido normativo es importante para dar mayor estabilidad a la jurisprudencia y para permitir, sin controversias, la ampliación de derechos en otros casos.

En definitiva, advertir que el mensaje de una norma puede adquirir la forma de un estereotipo normativo, y que estos últimos persiguen constituir la identidad de un grupo o de una persona, produce en mi opinión algunas ganancias teóricas y jurídicas. Primero, conecta la noción de mensaje normativo con la de identidad. Segundo, independiza la afectación que produce el mensaje de la afectación que produce el contenido normativo.

⁶⁶ Párrafo 169.

Estas dos afectaciones pueden coincidir, pero no necesariamente. Incluso se puede dar la primera sin que se dé la segunda. Tercero, permite advertir que los mensajes normativos pueden tener tanto un componente opresivo como uno de reconocimiento y que, por lo tanto, no sólo será el caso que el mensaje de una norma deba ser suprimido, sino que en otros casos será necesario que la norma trasmite cierto mensaje.

IV. CONCLUSIONES

El recorrido hasta aquí ha sido extenso y cargado de distinciones, a pesar de que he abordado sólo un pequeño fragmento de las cuestiones que la Corte ha analizado en el conjunto de sentencias sobre matrimonio igualitario. Por lo que esta conclusión será breve.

En algunos de los argumentos, sobre cuya base la Corte Suprema mexicana ha reconocido la constitucionalidad del matrimonio igualitario, se ha hecho referencia a estereotipos. Generalmente, los estereotipos son considerados como un tipo problemático de categorización social y, por lo tanto, como un recurso que los jueces deben evitar y, además, contrarrestar. Siguiendo el trabajo de otros filósofos, y también de psicólogos, he señalado aquí que si suspendemos por un momento la condena inicial que genera la palabra “estereotipo”, terminaremos por advertir que aquello a lo que esa palabra refiere funciona de manera idéntica a otros dispositivos, respecto de los cuales no estaríamos dispuestos a asumir la misma actitud. Así, he sostenido que los estereotipos a veces funcionan como generalizaciones que pretenden describir los rasgos que poseen los miembros de determinado grupo, y otras veces como normas que pretenden fijar los roles que deben asumir los miembros de determinado grupo. Nótese bien, mi intención aquí no es defender ningún estereotipo en particular, ni ningún contenido particular que pueda ser objeto de estereotipo. Mi intención es avanzar en el análisis de su funcionamiento. Espero haber logrado esto último, ya que, desde mi punto de vista, ello permite capturar mejor la relación que la categorización social posee con las normas generales y con ciertos principios reconocidos constitucionalmente, como la igualdad y la identidad personal.

V. BIBLIOGRAFÍA

AKERLOF, George A. y KRANTON, Rachel E., *Identity Economics. How Our Identities Shape Our Work, Wages, and Well-being*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

- ALLEN, Mike y BURRELL, Nancy, “Comparing the Impact of Homosexual and Heterosexual Parents on Children”, *Journal of Homosexuality*, vol. 32, núm. 2, 1997.
- APPIAH, Kwame Anthony, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, *California Law Review*, vol. 88, núm. 1, 2000.
- , *The Ethics of Identity*, Princeton, Princeton UP, 2005.
- ARENA, Federico José, “Los estereotipos normativos en la decisión judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 29, núm. 1, 2016.
- BLUM, Lawrence, “Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis”, *Philosophical Papers*, vol. 33, núm. 3, 2004.
- BOUVIER, Hernán, *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- CHAN, Raymond W. et al., “Psychosocial Adjustment among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers”, *Child Development*, vol. 69, núm. 2, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Rafael Escudero Alday (comp.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., y Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- , *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., y Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FREIXA, Montserrat et al., “Una propuesta de entrevista semi-estructurada para la evaluación de futuros padres adoptivos: aplicación y estudio mediante el análisis textual”, *Anuario de Psicología*, vol. 71, 1996.
- JUSSIM, Lee et al., “The Unbearable Accuracy of Stereotypes”, en NELSON, Todd D. (ed.), *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Nueva York, Psychology Press-Taylor and Francis, 2009.
- MERVIS, Carolyn y ROSCH, Eleanor, “Categorization and Natural Objects”, *Annual Review of Psychology*, vol. 32, 1981.
- ÑANCULEF, Juan, “La cosmovisión y la filosofía mapuche: un enfoque del Az-Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, vol. 6, 2003.
- RABOSSI, Eduardo A., “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, 1990.
- RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

- ROSCH, Eleanor y LLOYD, Barbara Bloom (eds.), *Cognition and Categorization*, Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1978.
- ROSSER LIMIÑANA, Ana y MOYA MIRA, Conrado, “Familias monoparentales e idoneidad para la adopción”, *Intervención Psicosocial*, vol. 10, núm. 2, 2001.
- SABA, Roberto, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2003.
- _____, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de Jorge Rodríguez y Claudina Orunesu, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SEARLE, John Rogers, “A Taxonomy of Illocutionary Acts”, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 6, 1975.
- _____, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, 4a. ed., trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra, 1994.
- SEN, Amartya, *Identidad y violencia*, trad. de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen, Buenos Aires, Katz, 2007.
- WRIGHT, Georg Henrik von, *Norma y acción*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970.

EL ENIGMA, EL CANDIL Y EL VIGÍA DECIDIDO. LOS CLAROSCUROS DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

José Luis CABALLERO OCHOA*
Daniel Antonio GARCÍA HUERTA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El enigma ¿diferencia o exclusión?* III. *El candil: las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos.* IV. *El vigía decidido: la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo se relaciona estrechamente con el goce y ejercicio igualitario de los derechos humanos de quienes cuentan con una orientación o preferencia sexual distinta a la heterosexual. En México, a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, el aseguramiento de tales derechos y el reconocimiento del matrimonio igualitario se han visto envueltos en una corriente de considerable expansión. Durante los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) ha dedicado grandes esfuerzos a denunciar la inconstitucionalidad de aquellas normas que restringen el matrimonio, y las figuras afines a un canon estrictamente heteronormativo.

Tal es el caso de ciertos amparos en los que se ha declarado la inconstitucionalidad de porciones normativas de legislaciones civiles, en algunos estados de la República, o incluso a través de la resolución de acciones de inconstitucionalidad. El reciente caso de la acción de inconstitucionalidad

* Académico-investigador y director del Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

** Profesor del Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Realizó esta investigación mientras desarrollaba estudios de posgrado en la Universidad de Edimburgo, gracias al apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

28/2015,¹ que determinó la inconstitucionalidad de diversas disposiciones del Código Civil de Jalisco, es muy ilustrativo, porque tuvo como promovente a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y concitó el voto unánime de las ministras y los ministros. Esto evidencia el trazo de una ruta de mayor solidez y progresividad en el tema a nivel nacional, que se une con lo que ocurre de forma rampante en otros países por vía legislativa, o por determinación de las altas cortes de constitucionalidad.

De esta labor, los resultados derivados son destacables. Sin duda, representan una importante contribución para la expansión de los derechos y la conformación de una comunidad política más incluyente e igualitaria en la medida en que han ampliado el acceso a instituciones de derecho civil y, en general, en virtud de que han representado decisiones positivas a las exigencias y denuncias de ciertos sectores de personas con orientación o preferencia homosexual.² Sin embargo, las decisiones emitidas en años recientes, por la Suprema Corte, no sólo pueden ser analizadas desde un punto de vista instrumental, sino que en el marco de un escenario de evaluación y transformación social por vía del derecho y sus instituciones resulta necesario determinar si los pronunciamientos emitidos hasta ahora han contribuido a la conformación de una teoría de igualdad en sede jurisdiccional, o si por el contrario únicamente se han colocado como medidas aisladas que, pese a sus efectos positivos, no representan un mecanismo de ampliación doctrinal de la mano de una operativización expansiva de las herramientas que ofrecen las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo.

Sobre esta base, el presente texto ofrece un análisis de las sentencias emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que derivaron en la conformación de la jurisprudencia³ 43/2015,⁴ y que

¹ Su engrose sigue pendiente de publicación.

² En este punto, nos referimos a *ciertos sectores de la comunidad homosexual* en virtud de que para efectos de la elaboración del presente trabajo, no nos es posible sostener que sea voluntad de toda la *comunidad homosexual* acceder a la institución matrimonial. En cambio, reconocemos, sobre la base de las demandas y sentencias analizadas, que existe un sector de dicha comunidad que considera de gran relevancia que el Estado y sus leyes garanticen dicho acceso. Asimismo, utilizamos el término *comunidad homosexual* y no el acrónimo *comunidad LGTTI*, bajo el entendido de que el análisis realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha circunscrito exclusivamente a una cuestión de orientación sexual, y no de manera más amplia a uno de identidad o expresión de género.

³ Metodológicamente limitamos el estudio de este análisis a las sentencias vinculadas con esta jurisprudencia, dado el carácter particular que el término adquiere en el sistema jurídico mexicano, en tanto criterio de observancia y aplicación obligatoria para las autoridades judiciales del Poder Judicial de la Federación.

⁴ Tesis 1a. /J. 43/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 536.

incluye el examen de legislaciones civiles correspondientes a los estados de Oaxaca,⁵ Baja California,⁶ Sonora,⁷ Colima⁸ y Estado de México.⁹ Sostenemos que si bien dichas decisiones han brindado un panorama alentador para la garantía de los derechos, también han ampliado de manera importante algunos de los conceptos más relevantes que derivan de la reforma constitucional en materia de amparo, y se colocan como pieza clave para el aseguramiento de aquéllos. Pese a ello, consideramos que las decisiones emitidas hasta ahora por la Corte no han logrado contribuir a la conformación de una teoría sólida en materia de igualdad en beneficio de la modificación sustantiva de las causas que subyacen en las condiciones de desigualdad que afectan a grandes sectores de la población.

A nuestro juicio, ello se debe a un error de apreciación en la teoría de igualdad que sustenta el análisis desarrollado por la Primera Sala de la Corte en las sentencias bajo estudio. En esencia, la Suprema Corte adelanta un diagnóstico más o menos claro respecto de las causas estructurales que afectan a las personas homosexuales para acceder al matrimonio, lo que representa una valiosa aproximación sociológica y política del fenómeno. Sin embargo, intenta resolver dicha problemática desde una perspectiva liberal, que no logra satisfacer ni sobreponerse a los retos que plantea una proble-

⁵ Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

⁶ Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

⁷ Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

⁸ Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto aclaratorio—, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

⁹ Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

mática de tal magnitud. Proponemos que un estudio del fenómeno desde una perspectiva de grupos, de no sometimiento y de significación social de las instituciones jurídicas, hubiera permitido a la Suprema Corte comenzar a conformar una teoría robusta de igualdad, a la vez que le hubiera permitido expandir aún más el alcance de las herramientas derivadas de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo.

El desarrollo de este análisis se estructura a partir de tres secciones. La primera desarrolla el enigma al que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se enfrenta al resolver la controversia suscitada por el reconocimiento legal del matrimonio igualitario. En ella consideramos que el problema planteado no corresponde a un tema de diferencia por orientación sexual, sino por el contrario a uno relacionado con una perspectiva de sometimiento y exclusión. La segunda sección estudia los impactos que las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo representaron para el análisis de las decisiones adoptadas por la Corte como un elemento de orientación a favor del aseguramiento de los derechos. También expomos brevemente las maneras positivas y negativas en que la Corte aseguró la ampliación de tales herramientas para la procedencia y análisis de los amparos presentados. Por último, en la tercera sección ofrecemos un análisis del porqué la resolución de la Corte responde a una visión instrumental —aunque no por ello negativa— y no a la conformación de una teoría sólida de igualdad en beneficio del desmantelamiento de condiciones de exclusión que afectan a las personas homosexuales —y a otros colectivos— frente al derecho.

II. EL ENIGMA ¿DIFERENCIA O EXCLUSIÓN?

Uno de los principales argumentos sostenidos en las demandas de amparo que constituyeron la base para el estudio de las sentencias emitidas por la Corte, fue la actualización de una omisión legislativa en la que, a decir de los quejosos, habían incurrido las autoridades legislativas al no contemplar en los códigos civiles de los respectivos Estados la figura del matrimonio a favor de las personas homosexuales. Este concepto de violación resulta relevante para el análisis completo de la situación en torno al matrimonio igualitario en la medida en que contribuye al establecimiento material de las bases sobre las cuales puede ser aplicado el principio de igualdad.

En todas las sentencias que contribuyeron a la conformación de jurisprudencia, la Suprema Corte determinó que, en los casos bajo estudio, lo que se actualizaba era una *exclusión implícita* y no una omisión legislativa.

Para sostener el argumento, la Suprema Corte precisó que una omisión legislativa se hubiera configurado si los congresos locales hubieran omitido legislar por completo la figura del matrimonio; esto es tanto para personas heterosexuales, como para personas homosexuales. En cambio, toda vez que la totalidad de los códigos civiles impugnados regulaban la figura del matrimonio únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, la Corte consideró que ello respondía más a una exclusión, en la medida en que los poderes legislativos habían dejado fuera de la posibilidad de acceso a dicha figura a las parejas homosexuales.

El argumento en torno a la exclusión implícita es relevante en la medida en que marca la pauta para la implementación del principio de igualdad desde una perspectiva más amplia. Sin embargo, pensamos también que ello no excluye necesariamente el argumento omisivo planteado por las y los quejosos. De hecho, si se adopta una perspectiva más extensa del concepto de omisión legislativa, es posible comprender que éste funciona de manera paralela y subyacente al concepto de exclusión implícita.

La Suprema Corte parece haber limitado el concepto de omisión legislativa a una esfera reducida, es decir, a la acción de legislar. Sin embargo, este concepto también puede ser entendido desde una perspectiva de alcances más amplios asociados a la omisión político-moral de considerar o incluir a ciertos grupos dentro del marco y sistema legal que, entonces, se traducirá en una exclusión que podrá ser implícita o explícita. Así, si se considera que los poderes legislativos tienen la posibilidad de diseñar el sistema normativo, junto con sus instituciones, y con ello reconocer la existencia legal y política de ciertos grupos sobre una perspectiva de igualdad, entonces puede sostenerse que la acción legislativa está necesariamente precedida por una acción considerativa. Esta última dimensión pudo haber incorporado el argumento omisivo planteado por las y los demandantes, y compatibilizarlo con el concepto de exclusión implícita en aras de la conformación de las bases para una teoría más robusta del principio de igualdad.

Es precisamente este el marco de análisis que rodea la situación del matrimonio igualitario. El problema de raíz es que las personas homosexuales no se encuentran consideradas como sujetos políticos relevantes dentro del escenario jurídico, y por tanto su acceso a figuras jurídicas como el matrimonio se ve sumamente limitado, si no es que aniquilado. En términos políticos, el problema está en que las personas homosexuales no fueron incluidas en el *consensus universalis*, es decir, no existía —ni existe— nada en la legislación civil, o en la intención de quienes la redacta-

ron, de incluir y reconocer a la comunidad homosexual y a las personas que la conforman.¹⁰

Esta situación es mucho más clara si se toma en cuenta que gran parte de los actos que vulneran los derechos de las personas homosexuales se encuentran basados en condiciones estructurales. Desde la perspectiva jurídica, la construcción de las normas y de las instituciones que éstas pretenden proteger ha estado sustentada en visiones heteronormativas y androcéntricas cuya implementación y reproducción han contribuido a excluir o limitar la participación y el acceso de personas homosexuales en la vida jurídica, política y social de la comunidad. Así, la regulación por medio del derecho de figuras asociadas a la familia como el matrimonio, el concubinato o la filiación encuentra su sustento en posiciones comunes sobre las cuales se cree que poco o nada cabe cuestionarse, porque simplemente no cabe considerar perspectiva diversa alguna. Y vaya que el derecho de familia ya ha empezado a salir de los códigos civiles para situarse abiertamente en el panorama del derecho constitucional, claramente se ha constitucionalizado, y buena parte de su devenir se encuentra en manos de las y los jueces,¹¹ lo que implica en una mayor medida el desarrollo de ejercicio de interpretación.

El hecho de que la Corte haya señalado que las demandas encontraban sustento en un elemento de exclusión, traza una ruta de consecuencias relevantes. La primera de ellas, y la más importante quizás, es que la Suprema Corte reconoce la ausencia de representación política en el escenario jurídico de un grupo determinado: en este caso, la ausencia de representación de las personas homosexuales, que trae como consecuencia una limitación grave para el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, también representa no sólo la posibilidad, sino la necesidad de mirar el principio de igualdad desde un prisma distinto, y de ampliar la protección de herramientas jurídicas para el aseguramiento de ciertos derechos e instituciones que se ven en riesgo a causa de elementos extranormativos.

Sobre este punto, vale señalar que diferencia y exclusión no son términos sinónimos. Ser diferente es encontrarse en una posición de relación respecto de algo o alguien. Ser excluido es, simplemente, no encontrarse. La diferencia puede ser una causa de discriminación. La exclusión es un síntoma de dominación. Un análisis de diferencia implica, necesariamente, tomar postura sobre un parámetro considerado válido, para la relación de

¹⁰ Arendt, Hannah, “Desobediencia civil”, *La crisis de la República*, Madrid, Trotta, 2015, p. 70.

¹¹ Véase, al respecto, la reflexión de José Ramón Cossío en el artículo “Los tiempos de la familia”, *El País*, 18 de noviembre de 2015.

semejanza. En el caso de mujeres, el parámetro son los hombres; en el caso de la homosexualidad, lo es la heterosexualidad. En cambio, cuando se trata de fenómenos de exclusión, la situación logra redimensionarse en términos políticos y de ausencia de poder, en donde un grupo no es diferente sino inferior. En el primer caso, la desigualdad se entiende como diferencia, en el segundo como dominación.¹²

Ésta es quizás una de las principales críticas que puede hacerse a las decisiones adoptadas por la Corte, en el caso del matrimonio igualitario. En las sentencias analizadas, parece que la Suprema Corte no logró identificar con precisión si se enfrentaba a un caso de diferencia o a uno de exclusión. Aun cuando, en primer momento, sostuvo que la conducta de los congresos locales había consistido en una exclusión implícita de las parejas homosexuales para acceder al matrimonio, lo cierto es que en todo el desarrollo posterior, la Suprema Corte adoptó un enfoque de igualdad como diferencia que resulta contrastante con la perspectiva de exclusión, incluso arropado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que ha sido parte de su desarrollo constante desde la acción de inconstitucionalidad 2/2010.¹³ En síntesis, el enigma se plantea de la siguiente manera: cuando los congresos locales regulan el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer con fines de procreación, ¿están tratando diferente a las personas homosexuales o en realidad las están excluyendo?

A nuestro juicio, la respuesta se encuentra en el segundo de los enfoques apuntados, es decir, en el de exclusión. Lo que está detrás del reconocimiento del matrimonio igualitario no es simplemente un problema jurídico. Es, en cambio, un problema político de mayores dimensiones que, en alguna medida, la Suprema Corte comenzó a examinar, aunque con ciertos traspiés que serán analizados con posterioridad. Por ahora, cabe insistir en que la visión adoptada por la Corte en la resolución, respecto del matrimonio igualitario, abre paso a la consideración del principio de igualdad, desde una perspectiva más amplia, ligada a la posición política de ciertos grupos sociales que han sido excluidos de la distribución de recursos políticos y simbólicos que han impedido su participación igualitaria dentro de la comunidad.

¹² MacKinnon, Catharine, “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en Hackett, Elizabeth y Haslanger, Sally Anne (eds.), *Theorizing Feminisms: A Reader*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 387; MacKinnon, Catharine, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102 y 103.

¹³ Este precedente se refiere al primer pronunciamiento sobre el tema, por parte de la Suprema Corte, en donde tuvo que analizar la constitucionalidad del matrimonio igualitario en el Distrito Federal.

Asumir esta posición conlleva entender el principio de igualdad, ya no sólo como un mecanismo de análisis en torno al uso de ciertas categorías para la realización justificada o injustificada de diferenciaciones sobre la base de criterios normativos. En contraste, supone el análisis del principio de igualdad desde una dimensión social y política encaminada a prevenir, o en su caso desmantelar, la reproducción de escenarios de subordinación que generen subcategorías de grupos socialmente invisibles o dominados. Este último enfoque ha sido entendido como un enfoque de “dominación”,¹⁴ “subordinación”,¹⁵ “anticastas”¹⁶ o “antiparias”,¹⁷ el cual supone que en una sociedad comprometida con el principio de igualdad, las instituciones sociales y legales no deben traducir aquellas diferencias moralmente irrelevantes en contextos sistemáticos de desventaja social, que impliquen la subordinación de un grupo respecto de otro. Al respecto, Cass Sunstein considera que una diferencia social o biológica corre el riesgo de convertirse en un elemento de subordinación sistemática, no sólo por su naturaleza o esencia, sino más bien por prácticas sociales y legales que, de ellas, se hacen, para generar condiciones de ciudadanía diferenciada u opresión.¹⁸

¹⁴ MacKinnon, Catharine, “Difference and Dominance...”, *cit.*

¹⁵ Colker, Ruth, “The Anti-Subordination Principle: Applications”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol. 3, 1987, pp. 59-80. Para una perspectiva similar, véase Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, p. 148. Añón, María José, “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”, en Ansúátegui Roig, Francisco Javier *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, vol. 4, t. 5, libro II, 2013, p. 7. Saba, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, p. 47. Y, Barrère Unzueta, María Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores. “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad de Granada, núm. 45, 2011, pp. 31-34.

¹⁶ Sunstein, Cass, “The Anticaste Principle”, *Michigan Law Review*, vol. 92, núm. 8, 1994, p. 2429.

¹⁷ Farber, Daniel y Sherry, Suzanna, “The Pariah Principle”, *Constitutional Commentary*, vol. 13, núm. 3, 1996, pp. 257-284. Una perspectiva similar, aunque más mesurada de esta perspectiva de igualdad, puede encontrarse en la opinión del juez Brennan, de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en donde utiliza el término “población entre las sombras”, para referirse a grupos comúnmente excluidos. Véase Supreme Court of the United States, *Plyler vs. Doe*, 457 U. S. 202, decided on June 15, 1982, Justice Brennan, Opinion of the Court.

¹⁸ Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 2430. Aun cuando Sunstein considera que las personas homosexuales no se ubican bajo el concepto de casta, una crítica aplicable a este enfoque es que el autor coloca un peso importante en las características evidentes del grupo, en el caso de las mujeres, su sexo y fisionomía biológica. Esta última perspectiva puede no ser aplicable en el

Este enfoque parte de una perspectiva de pertenencia a un grupo determinado, y no exclusivamente de las características asociadas a la propia persona. Es decir, en el caso de las personas homosexuales y la exclusión de su acceso al matrimonio, la situación surge no por las características propias de la persona —su orientación sexual en sentido estricto—, sino por la percepción social que se tiene respecto de la pertenencia de esa persona a una comunidad determinada, y socialmente identificada: la comunidad homosexual. Esto quiere decir que la restricción de acceder al matrimonio, impresa en la mayoría de los códigos civiles mexicanos, encuentra su base en lo que la doctrina ha denominado *prejudice*.¹⁹ Esto es, en una preconcepción estereotipada asociada a la incapacidad de las personas homosexuales para conformar una vida en pareja, para desarrollar prácticas afectivas y sexuales de carácter privado sobre la base de un compromiso recíproco, e incluso de cuidar y educar a niñas y niños.²⁰

El que los congresos locales excluyan a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio, supone el ejercicio de un discurso público-oficial, por medio del cual los órganos del Estado pretenden expresar una moralidad colectiva regulada por medio del derecho. En un sentido performativo, al emitir normas, el legislador cree invocar ideales colectivos, con los cuales pretende señalar lo que “debe ser” o “lo que es correcto que sea”.²¹ Ello, al ser emitido bajo un esquema público-oficial, tiende a ser visto por la colectividad como un elemento válido, cuya fuerza se adquiere no tanto por su

caso de las personas homosexuales, sin que ello implique que no se encuentren en una posición subordinada en virtud del contexto histórico de discriminación al que han sido sujetas. Si desde la perspectiva de las mujeres el patriarcado es la razón que las coloca en una situación de subordinación; en el caso de las personas homosexuales es la heteronormatividad la que las coloca en este supuesto.

¹⁹ Desde la perspectiva de la psicología social, el prejuicio puede ser entendido como una antipatía basada en una generalización, percibida o expresada, dirigida hacia un grupo como tal o hacia una persona en tanto integrante de dicho grupo. Por su parte, desde la perspectiva sociológica, el perjuicio suele conceptualizarse como una dinámica estructural de gran alcance social en el marco de las relaciones intergrupales, a partir de la cual pueden generarse situaciones de desequilibrio entre grupos o exclusión de sus integrantes. Véase Dovidio, John F. et al. (eds.), “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Nueva Delhi, Sage Publications, 2010, pp. 2-28.

²⁰ Hayes, John Charles, “The Tradition of Prejudice versus the Principle of Equality: Homosexuals and Heightened Equal Protection Scrutiny after *Bowers vs. Hardwick*”, *Boston College Law Review*, vol. 31, núm. 2, 1990, pp. 375-475.

²¹ Bourdieu, Pierre, “Lecture of 1 February 1990”, *On the State. Lectures at the Collège de France, 1989-1992*, Cambridge, U. K., Polity Press, 2014, p. 47.

contenido, sino por el foro y las características de éste, que han sido reconocidas como oficiales. En términos más prácticos, la exclusión legislativa de ciertos grupos, por vía de las instituciones, surge como un mecanismo de “censura moral” que funciona a partir del establecimiento de ciertas formas y de la obligación de observar tales formas.²² En el caso de las personas homosexuales, cuando el Legislativo restringe el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer, en realidad establece formas consideradas públicamente válidas, y obliga a su observancia en la medida en que únicamente reconoce dicha posibilidad. Ello, en suma, representa un mecanismo de exclusión de las parejas homosexuales, a través del uso jurídico de las instituciones, y constituyen lo que Nussbaum considera como una “pretensión política inequitativa”, en la medida en que atentan directamente contra el ejercicio igualitario de prerrogativas políticas en cuyo establecimiento interviene de manera importante el Estado.²³

De adoptar esta posición, entonces el papel de las instituciones jurídicas también adquiere una conceptualización sociopolítica y legal diferenciada. Esto es, el acceso a las instituciones sociales, legalmente valorizadas y jerarquizadas, no se asume únicamente en términos de disfrute equitativo o igualitario, respecto de grupos incluidos y representados, sino más bien como posibilidades de incorporación de aquellos grupos excluidos y, por tanto, de repolitización de prácticas, percepciones, normas, y en general, de las propias instituciones que conforman una comunidad; todo ello en beneficio del reconocimiento de grupos y de sus derechos.

Tal es el caso del matrimonio en tanto institución social. El hecho de permitir a las parejas homosexuales acceder a él, no es sólo una cuestión de acceso igualitario entre homosexuales y heterosexuales. Es en cambio una cuestión de distribución de poder político y, por tanto, de posibilidad de existencia en el escenario jurídico. El matrimonio es una figura con un

²² *Ibidem*, p. 58. En un trabajo sobre género y censura, Daniel Cazés Menache escribe: “La censura, al igual que las leyes, los mandamientos religiosos y los usos y costumbres de cada sociedad, se materializa en la vida cotidiana a partir de las concepciones estructuradas en lo íntimo de cada sujeto social, de las restricciones, las obligaciones y las prohibiciones, de las negaciones y las afirmaciones incuestionables, de los premios, los castigos, el ostracismo y la indiferencia, de la intimidación y de la represión, de la violencia física y psicológica, de las leyes escritas y quizás más aún de las no escritas”. Véase Cazés Menache, Daniel, “Reflexiones sobre el género y la censura”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLVIII, núm. 197, mayo-agosto de 2006, pp. 13-19.

²³ Nussbaum, Martha, “Rawls and Feminism”, en Freeman, Samuel Richard (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003, pp. 488-520; Nussbaum, Martha, “Una revisión de *Liberalismo político de Rawls*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, enero-junio de 2014, pp. 5-33.

gran contenido simbólico que implica el reconocimiento de identidades, y que a su vez confiere un estatus de validez²⁴ y existencia dentro de una sociedad. Excluir a las parejas homosexuales del matrimonio es reforzar su estatus degradado y mantener la concentración de poder político en aquéllos en quienes radica la posibilidad de dictar lo “natural”, lo “normal” y lo “válido”.²⁵ Así, el acceso al matrimonio para personas del mismo sexo supone, en esencia, un reconocimiento de la homosexualidad como parámetro igualmente válido que la heterosexualidad,²⁶ e implica la posibilidad de trascender un discurso simbólico heterodoxo, para determinar que la identidad homosexual es igualmente una norma válida y en donde la voz del diferente es expresada y escuchada.²⁷

De esta manera, una vez que los intereses, organizaciones y prácticas de quienes han sido excluidos cuenten con una representación y valoración política suficiente, un examen de diferencia podría resolver cuestiones de acceso en términos de igualdad como diferenciación. Mientras ése no sea el caso, un análisis de dominación puede resultar más útil para el aseguramiento de los derechos. Sobre este punto volveremos más adelante al analizar la manera en que la Suprema Corte resolvió la problemática planteada. Por ahora, y como primera conclusión, vale señalar que el enfoque que parece haberse adoptado en torno a las parejas homosexuales se sustentó en una concepción de exclusión que, aunque acertada, resultó contrastante con la manera de resolver las controversias, y específicamente con el concepto de *discriminación generable*.

²⁴ Eskridge, William N. Jr., “Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions”, *Albany Law Review*, vol. 64, núm. 3, 2011, pp. 859 y 860.

²⁵ Weeks, J. et al. (eds.), *Same-Sex Intimacies: Families of Choice and other Life Experiments*, Londres, Routledge, 2001, p. 38.

²⁶ Greenup, Jeremy Jay, “Identity as Politics, Politics as Identity: An Anthropological Examination of the Political Discourse on Same-Sex Marriage”, Thesis, Georgia State University, 2006.

²⁷ Para Bourdieu, la *doxa* puede ser entendida como esa correspondencia casi perfecta entre el orden objetivo y los principios subjetivos de clasificación en el campo social. En contraste, la heterodoxa surge como una posibilidad antagónica de creencias respecto de la visión dominante establecida por la *doxa*. Véase Bourdieu, Pierre, “Structures, Habitus, Power: Basis for a Theory of Symbolic Power”, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge, U. K., Cambridge University Press, 2014, pp. 159-197. Bourdieu, Pierre, *Language and Symbolic Power*, Cambridge, U. K., Polity Press in association with Basil Blackwell, 1991, p. 129. También Bourdieu, Pierre, “Lecture of 1 February 1990”, *On the State. Lectures at the Collège de France, 1989-1992*, Cambridge, U. K., Polity Press, 2014, p. 174.

III. EL CANDIL: LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE AMPARO Y DERECHOS HUMANOS

Las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos de 2011, y en especial, el sistema interpretativo sobre derechos, establecido en el artículo primero constitucional, constituyen la respuesta coherente con una aplicación distinta del derecho, desde una perspectiva real de derechos humanos. Hoy, dicho sistema se presenta como un mecanismo democrático al servicio no sólo de las autoridades, sino también de quienes encuentran en ella la posibilidad de asegurar un auténtico reconocimiento jurídico a sus derechos humanos y a las condiciones particulares que les caracterizan, por lo que resulta de una enorme importancia en una ruta de emancipación de personas y colectivos, colocándolos como eje del sistema jurídico.²⁸ Así, la interpretación conforme, y la articulación de un parámetro de control de regularidad constitucional, constituyen una ventana de posibilidades jurídicas y políticas susceptibles de impactar en el escenario social, para generar importantes transformaciones a favor de grupos y personas comúnmente excluidas y discriminadas.

En el caso de las sentencias sobre matrimonio igualitario, la Primera Sala de la Suprema Corte brindó una buena implementación de estas figuras en beneficio del aseguramiento y expansión no sólo de los derechos humanos, sino también de aquellas herramientas disponibles para su defensa y protección. Esta sección se enfoca en los argumentos brindados por la Corte, respecto de dos elementos particularmente relevantes. Por un lado, la ampliación del concepto de interés legítimo para la procedencia del amparo. Por el otro, las posibilidades de implementación de la interpretación conforme, respecto de normas discriminatorias. A lo largo del análisis, intentaremos brindar una aproximación sobre cómo el enfoque de subordinación, sostenido en la sección anterior, pudo haber generado consecuencias particulares en ambos supuestos.

²⁸ Una aproximación al tema en Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, pról. del ministro Juan N. Silva Meza, 2a. ed., México, Porrúa, 2014. En el caso particular, Caballero Ochoa, José Luis, “El derrotero del matrimonio igualitario en México”, en Vega Gómez, Juan (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez*, México, UNAM, IIJ, 2014.

1. *La ampliación del interés legítimo para la procedencia del juicio de amparo*

Uno de los puntos relevantes, en cuanto a la tramitación de los amparos interpuestos por las y los demandantes, se relaciona con la ausencia de aplicación de las normas impugnadas. Es decir, la inconformidad de las y los quejosos se basó no en la negativa de las autoridades administrativas de aplicar la figura del matrimonio a un caso de parejas homosexuales; sino más bien en el hecho de que aún sin aplicación, la norma excluía a dichas parejas al definir la figura del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. En resumen, la simple existencia de la norma, más allá de su aplicación, constituyó la base para sostener el acto reclamado.²⁹

El análisis desarrollado por la Primera Sala en las sentencias señaladas, sin duda, marca una pauta de expansión en torno a la aplicación y procedencia del interés legítimo en el caso del amparo contra leyes; que sobra decir ha sido uno de los conceptos más problemáticos en la tramitación del juicio de amparo, al menos en las primeras instancias de su sustanciación. En particular, la Suprema Corte hizo énfasis en que, tratándose de interés legítimo, la procedencia del juicio de amparo no puede supeditarse a la afectación de un derecho subjetivo, ni mucho menos a la aplicación de la norma impugnada. Esto, en sí mismo, representa un avance importante en el caso de normas discriminatorias o excluyentes, como en el caso del matrimonio y la exclusión de su acceso para personas homosexuales.

En cuatro de las cinco demandas que conformaron la jurisprudencia 43/2015, la Corte sentó importantes criterios para la procedencia del amparo a partir de la configuración de un interés legítimo. En esencia, precisó que este tipo de interés se actualiza por la existencia o posible existencia de una afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante, vinculada no exclusivamente a un interés jurídico o derecho subjetivo, sino por el contrario a un interés relativo, pero no simple, determinado por la posición de la persona respecto de la norma impugnada. Así, el interés legítimo, en el caso del amparo contra leyes, no se encuentra subordinado a la comprobación de la afectación a un derecho subjetivo, ni tampoco a un acto de aplicación de la norma que se impugna.

²⁹ Este argumento puede encontrarse en los amparos en revisión 152/2013; 263/2014; 591/2014 y 704/2014. En el caso del amparo en revisión 122/2014, el análisis en torno al interés legítimo para acudir al juicio de amparo no fue necesario, toda vez que en dicho caso se trató la impugnación de un acto de aplicación de la norma considerada como inconstitucional, y no de la sola vigencia como en los otros casos.

Esto guarda una vinculación estrecha con el hecho de que desde la perspectiva del interés legítimo, la procedencia del amparo no exige que las y los quejosos sean destinatarios de la norma impugnada, sino que basta con que se coloquen en una posición secundaria o indirecta en la cual la norma afecte o pueda afectar su esfera jurídica. En síntesis, la Suprema Corte ofreció tres puntos básicos para comprender la procedencia del amparo contra leyes, cuando se trata de interés legítimo. Éstos son: i) cuando la ley establece obligaciones a un tercero que, sin necesidad de un acto de aplicación, impacten colateralmente la esfera jurídica del quejoso; ii) cuando la ley establece hipótesis normativas actualizables por terceros que, sin un acto de aplicación, afecten al quejoso no por ser destinatario de la norma, sino por su posición particular respecto del ordenamiento jurídico, y iii) cuando la ley regule un ámbito material cuyo contenido genere una afectación inmediata a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio. El tercer supuesto es el que abrió la puerta para el análisis de los argumentos, en el caso del matrimonio igualitario, ya que la legislación impugnada regulaba un aspecto material que, aun cuando no estaba dirigido a los quejosos, generaba una afectación indirecta a su esfera jurídica, al excluirles de su acceso.

Pese a estos importantes criterios de procedencia, algunos problemas surgieron cuando la Suprema Corte debió acreditar la existencia de una afectación derivada de la simple existencia de la norma. En este punto, para sostener el argumento, la Corte realizó un análisis en torno a la naturaleza de las normas impugnadas, desde la perspectiva de su aplicación, y entró a un debate problemático respecto de su clasificación como normas heteroaplicativas o autoaplicativas. Entendemos que desarrolló este debate en virtud de que la procedencia del amparo requiere de alguna manera la comprobación —directa o indirecta— de una afectación a la esfera jurídica de los quejosos, y por tanto de la determinación de algún grado de aplicación o vinculación de la norma con la esfera jurídica de las y los demandantes.³⁰ Sin embargo, colocar dicha afectación en el concepto de discriminación generable abrió varios frentes que resultan cuestionables.

A diferencia de los jueces de distrito, la Suprema Corte sostuvo que la ausencia de un acto de aplicación no limitaba la posibilidad de los quejosos para impugnar la norma, dado que ella contenía una *parte valorativa* que

³⁰ En este sentido, el artículo 107, fracción I, párrafo primero, de la CPEUM, señala: “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.

construye, sanciona y promueve significados que tienden a ser considerados como socialmente válidos.³¹ A su juicio, esta parte valorativa de la norma es la que abrió la posibilidad para la impugnación de los quejosos, en la medida en que independientemente de la existencia de un acto de aplicación, la norma emite un mensaje discriminatorio, de carácter permanente y continuo, que genera una afectación indirecta a los quejosos, toda vez que reproduce un discurso sobre la base de alguna de las categorías prohibidas por el artículo 1o., párrafo quinto de la Constitución. Esto es lo que la Corte denominó como *discriminación generada*.³²

En esencia, la Corte utilizó el concepto de (a) *discriminación generada*, de la mano de la (b) *parte valorativa* de la norma, para sostener el (c) *grado de afectación indirecta* a la esfera jurídica de las y los quejosos, y por tanto, salvar la (d) *procedencia del amparo*. Sobre esta operación se determinó que la norma impugnada revestía el carácter de una norma autoaplicativa ligada a las condiciones de procedencia del interés legítimo, anteriormente señaladas. Desde nuestra perspectiva, esta ecuación merece algunos comentarios.

En primer lugar, la operación desarrollada por la Corte comenzó a alejarse del enfoque de exclusión, por ella apuntado, en la medida en que colocó la procedencia del amparo desde la mira de la aplicación —heteroaplicativa o autoaplicativa— de la norma, y no en su configuración excluyente. Más allá de lo valioso y relevante que resulta el análisis realizado en torno a la función social de las normas para la transmisión de discursos, defender la procedencia del amparo, desde la perspectiva valorativa de las normas, implica reforzar que su inconstitucionalidad se encuentra limitada más a su aplicación, y no tanto la afectación que ésta genera.

³¹ Señala: “Por tanto, las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que se encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones”. Amparo en revisión (AR) 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi, párrafo 86.

³² En palabras de la Suprema Corte: “La afectación por estigmatización es una especie de afectación concreta y distingible de la mera oposición o disidencia ideológica a una ley, generable por un mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso es destinatario por ser miembro de uno de los grupos vulnerables identificados mediante una de esas categorías”. *Ibidem*, párrafo 100.

Así, cuando la Suprema Corte concluyó que “debe reconocerse una clase de afectación a quienes, sin ser destinatarios directos del contenido normativo de una norma (parte dispositiva), pueden resentir una afectación transmitida por la parte (valorativa) de la misma”,³³ desvió el debate de un enfoque de exclusión hacia un enfoque de discriminación, en donde la afectación surge entonces por una aparente diferenciación irrazonable vinculada con la reproducción de un discurso, y no por la falta de inclusión relacionada con el hecho de que las personas homosexuales no son, precisamente, destinatarios de la norma que regula el matrimonio. En palabras más sencillas, la postura de la Corte refuerza la visión de afectación de la norma por sus efectos positivos (reproducción de un discurso) y no por sus efectos negativos (exclusión en la norma).

Un segundo aspecto problemático de la ecuación se relaciona con la reconfiguración que la Suprema Corte hizo de las normas autoaplicativas y heteroaplicativas. En las diversas sentencias, se concluyó que la incorporación del interés legítimo abrió la puerta para la reconfiguración de este tipo de normas, la cual puede entenderse en términos relacionales. Entre más amplio sea el interés legítimo, se presume una mayor procedencia del amparo frente a normas autoaplicativas, en la medida en que las afectaciones generadas de manera inmediata en la esfera jurídica de las personas se ve amplificada; situación que es cubierta por la propia expansión del concepto de interés. Por el contrario, tratándose de interés jurídico, la presunción respecto de la procedencia del amparo, tratándose de normas autoaplicativas, cede respecto de aquéllas heteroaplicativas, en la medida en que las posibilidades de afectación son más reducidas.³⁴

Esta relación proporcional resulta un tanto problemática, ya que, de sostenerla, podría llevar a una asimilación y, por lo tanto, a una confusión entre los conceptos de aplicación y afectación. La clasificación entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas resulta útil para conocer las posibilidades temporales de procedencia del juicio de amparo, e incluso para trazar posibles afectaciones derivadas de normas discriminatorias, en términos relaciones o de diferencia. En cambio, el concepto de afectación resulta útil para

³³ *Ibidem*, párrafo 94.

³⁴ En perspectiva de la Primera Sala: “En este orden de ideas, se puede formular una regla de relación entre la amplitud del espacio de las normas heteroaplicativas como inversamente proporcional al grado de inclusión abarcado por el concepto de agravio adoptado. Un concepto de agravio más flexible, como el de interés legítimo, genera una reducción del espacio de las leyes heteroaplicativas, y es directamente proporcional en la ampliación del espacio de leyes autoaplicativas, pues las posibilidades de afectación generadas de manera inmediata en la esfera jurídica de las personas se amplifica”. *Ibidem*, párrafo 55.

conocer la naturaleza y el grado de las consecuencias que una norma puede generar en la esfera jurídica de las personas, independientemente de si existe o no un acto de aplicación simbólico o material (parte valorativa y parte dispositiva de las normas). Una perspectiva de asimilación entre ambos conceptos corre el riesgo de dejar fuera aquellas situaciones en las cuales una norma pueda generar consecuencias negativas en la esfera jurídica de los quejosos, por motivos de exclusión, como sucede en el caso del matrimonio y las personas homosexuales.

El enfoque de exclusión-dominación, analizado en la sección anterior, guarda un impacto particular en el estudio del interés legítimo para la procedencia del juicio de amparo. El ministro José Ramón Cossío, a través de dos votos concurrentes, perfiló algunos argumentos que contribuyen con esta postura.³⁵ Si se acepta —como hemos venido argumentando— que el problema planteado, en el caso de las normas que restringen el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer, no es un problema de diferenciación sino de exclusión, entonces el análisis sobre la aplicación de la norma pierde algo de sentido. Esto, en virtud de que el análisis estará dado, no por las consecuencias que la norma genera en la esfera jurídica de los quejosos, sino por la afectación que la exclusión en la norma les genera, en tanto sujetos integrantes de un grupo socialmente invisibilizado.

Esto quiere decir que, en casos que involucran problemas de igualdad desde el enfoque de exclusión, el interés para la procedencia del juicio de amparo no puede ser visto en términos de aplicación de normas, simplemente porque no existe una base de aplicación. Por el contrario, el enfoque tendría que ser visto desde una perspectiva que permita al juicio de amparo incluir y reconocer a los sujetos excluidos como parte integrante del sistema jurídico-político. En palabras del ministro Cossío: “el interés se genera por una condición de exclusión de un grupo particular del ámbito de aplicación de la norma [que] lo excluye de la posibilidad de acceder al contexto normativo que esta norma actualiza”. De esta manera, en casos de exclusión, la violación es de particular relevancia y gravedad, en términos del principio de igualdad es que el interés para la procedencia del juicio de amparo surge por “la condición particularmente aberrante que provoca la exclusión de un grupo social de ciertos contextos normativos específicos y que no requiere, pero tampoco se agota con un acto concreto de aplicación”.³⁶

³⁵ Véase voto concurrente que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión 263/2014. Y voto concurrente que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el juicio de amparo en revisión 704/2014.

³⁶ Debemos señalar que pese a estas manifestaciones, en sus dos votos concurrentes el ministro José Ramón Cossío hizo referencia a la violación del principio de igualdad desde

Nos encontramos así con un sentido de aplicación del juicio de amparo que requiere resignificarse, ante la posibilidad de que sea un medio de protección de derechos realmente emancipatorio, y que revierta situaciones de exclusión. La dinámica afectación-aplicación debe ir avanzando hacia una perspectiva de consideración de las exclusiones del sistema normativo.

2. Posibilidades de implementación del sistema de interpretación conforme

Otro de los aspectos relevantes relacionados con la implementación de las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos se relaciona con las posibilidades de aplicación de la interpretación conforme con respecto al binomio conformado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como establece el artículo 1o., párrafo segundo. En las sentencias analizadas, la Primera Sala de la Corte determinó la imposibilidad de realizar un ejercicio de interpretación conforme respecto de normas discriminatorias, en la medida en que su redacción continuaría perpetuando una carga de estigma. A juicio de la Suprema Corte, una interpretación que modifique los términos, pero no las bases de exclusión, resulta por sí misma incompatible con un Estado constitucional comprometido con el principio de igualdad.³⁷

Este planteamiento marca la pauta para un cuestionamiento, una vez más, relacionado con el enfoque de exclusión-dominación del principio de igualdad. Si, de acuerdo con la Corte, no es posible realizar un ejercicio de interpretación conforme respecto de normas discriminatorias, es decir que tratan de manera injustificadamente diferente a ciertos grupos ¿qué sucede respecto de aquellas normas que directamente los excluyen?, ¿cuál

la perspectiva de discriminación como parte de las categorías sospechosas contenidas en el artículo 1o de la Constitución. Como ha quedado señalado, la perspectiva de este texto parte de la idea de que tales categorías no resultan útiles para el análisis de aquellos casos que involucran problemas de igualdad desde la perspectiva de exclusión/dominación.

³⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló: “no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma de los conceptos impugnados y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por las quejas y el quejoso. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos”. AR 152/2013, párrafo 207.

podría ser una ruta plausible para la resolución de este tipo de casos, a partir de las herramientas de interpretación conforme y parámetro de regularidad constitucional?

Un primer planteamiento se asocia con la conducta que los tribunales deben adoptar frente a casos de exclusión. Si tratándose de normas discriminatorias que implican un análisis relacional de diferencia lo que suele decidirse es la prohibición de la reproducción o aplicación de un mensaje discriminatorio (como lo hizo la Suprema Corte), en casos de exclusión lo que se requiere no es una orden negativa. Por el contrario, lo que se exige de los tribunales es una conducta positiva —un hacer— encaminada a interrumpir la situación de exclusión en la que puede encontrarse un grupo dominado. Un enfoque de igualdad como subordinación no exige sólo la prohibición de actos discriminatorios, sino la adopción de acciones que contribuyan al desmantelamiento de condiciones de dominación.³⁸

Lo sostenido por la Corte definitivamente marca un avance importante en la conceptualización del principio de interpretación conforme, en la medida en que coloca en el centro del debate el riesgo de convalidar situaciones de discriminación a partir de ejercicios interpretativos. Sin embargo, en casos de exclusión, la realización del ejercicio de interpretación conforme resulta valiosa por sí mismo, en la medida en que a) promueve la estructuración del parámetro de control de regularidad constitucional y b) podría representar un mecanismo a favor de la inclusión político-jurídica de grupos comúnmente excluidos.

En realidad, vale señalar que la interpretación conforme es una obligación prevista por la Constitución, según la cual “Las normas sobre derechos humanos se interpretarán”, por lo que nos parece que no es un ejercicio potestativo para las y los jueces; particularmente porque marca el parámetro de regularidad al que deben de ajustarse las normas. En este punto, es importante considerar que la implementación del ejercicio de interpretación conforme se coloca como una posibilidad para la conformación del entramado normativo de fuente nacional y convencional sobre la que se podrá realizar una comparación de semejanza o exclusión respecto de alguna norma que se considere discriminatoria. No obstante, ello no significa que el ejercicio interpretativo implique necesariamente la convalidación de la norma, sino por el contrario únicamente permitirá determinar con mayor certeza las bases constitucionalmente garantizadas a las que se opone.

³⁸ Hasnas, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination”, *Fordham Law Review*, vol. 71, núm. 2, 2002, pp. 423-542.

En términos más sencillos, un posible resultado, derivado del ejercicio de interpretación conforme, puede ser que la norma no logre ajustarse interpretativamente, y entonces habrá el resultado previsto de conformidad con las competencias del órgano que conozca del asunto: inaplicación, declaratoria de inconstitucionalidad. Pero ello no implica que no proceda su realización. Reconocer este aspecto es importante, porque parecería que la Suprema Corte considera realizable la interpretación conforme, sólo cuando desea *a priori* solventar la validez de ciertas normas; y por el contrario, en aquellos casos en los que se anticipa a determinar la inconstitucionalidad de una norma por su contenido discriminatorio, no procede a una contratación clara con el binomio de referentes, es decir, con la Constitución y los tratados internacionales.³⁹

De igual forma, la consolidación del parámetro de control de regularidad constitucional, por vía de la interpretación conforme, podría representar una tarea benéfica para la detección de situaciones que se relacionen con fenómenos de exclusión, en la medida en que su articulación podría arrojar como resultado la invisibilización de ciertos grupos en el derecho. Un caso interesante es precisamente el de la comunidad homosexual en donde dicho bloque es aún incipiente. Como muestra, la legislación mexicana prevé reducidos elementos asociados a este grupo, y en el escenario internacional la situación no es diferente, en la medida en que aún no existen tratados internacionales específicos que resulten aplicables.⁴⁰ Frente a la ausencia de legislación específica aplicable, la interpretación conforme podría contribuir a la conformación de pautas jurídico-interpretativas en beneficio de la representación política y aseguramiento de los derechos de grupos comúnmente excluidos.

El anterior argumento abre paso al segundo de los supuestos —la inclusión político-jurídica de grupos— en donde la interpretación conforme también juega un papel de gran relevancia. Una vez establecido el bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme de una norma excluyente ya no estará únicamente dirigida a determinar su compatibilidad en tér-

³⁹ El análisis de esta aparente tendencia en el devenir jurisdiccional nacional constituye un tema para un posterior y más amplio desarrollo que escapa de las posibilidades del presente texto.

⁴⁰ Si bien es cierto que el desarrollo internacional en materia de derechos humanos de las personas homosexuales también ha experimentado un crecimiento considerable, lo cierto es que en la actualidad no existen instrumentos internacionales específicos y vinculantes en la materia. La interpretación que los tribunales y organismos internacionales han hecho al respecto se ha sustentado en tratados generales de derechos humanos y en instrumentos no vinculantes como los Principios de Yogyakarta.

minos relacionales con las cláusulas constitucionales-convencionales que aseguren su subsistencia o exclusión del sistema jurídico. Por el contrario, en casos de exclusión, las condiciones de ampliación de la interpretación conforme estarán dadas en términos de las posibilidades que pueda ofrecer para incluir a los grupos que han sido excluidos históricamente.

En este punto, a diferencia de lo sostenido por la Primera Sala, la articulación de un ejercicio de interpretación conforme no tendría como objetivo la solvencia constitucional-convencional de una norma, sino la posibilidad de incluir a grupos y a sus integrantes en un escenario jurídico y político que les ha sido negado. De lo que se trata es de hacer operante e incluyente la Constitución hacia todas las personas y grupos que, independientemente de sus condiciones, características y preferencias, merecen el mismo respeto y aseguramiento de sus derechos por parte del Estado.

Una posible crítica a este planteamiento puede darse en términos de los efectos que un amparo pueda generar. Algunas personas podrían pensar que realizar un ejercicio de interpretación conforme y, por medio de él, tratar de incluir a las personas homosexuales, únicamente podría materializarse a través de una orden dirigida a los congresos para modificar su legislación e incluir a la comunidad homosexual, y con ello otorgarle efectos generales a una sentencia de amparo.

Sin duda, la confección del juicio de amparo, en términos de sus alcances —y particularmente la fórmula Otero—, dan cuenta de un diseño de posibilidades limitadas que escapan del análisis del presente texto.⁴¹ Sin embargo, vale decir que el enfoque de grupos y de dominación, de la mano de una perspectiva simbólica de las instituciones, también genera un impacto importante en el alcance de las decisiones judiciales. Tradicionalmente, se han colocado grandes expectativas de transformación sustancial en decisiones emitidas por autoridades judiciales. Es cierto que puede suceder, y que ha habido casos de éxito que pueden responder a la diversidad estructural de los sistemas jurídicos. Pese a ello, las decisiones judiciales, además de ser valoradas en su dimensión jurídica, pueden ser también apreciadas en su dimensión simbólica,⁴² es decir, en los alcances particulares que impactan

⁴¹ Ante el sostentimiento de esta figura, de los alcances relativos de las sentencias de amparo, y de la inexistencia de recursos judiciales de mayor apertura que permitan brindar alcances generales a las decisiones judiciales —como sucede en Colombia con las acciones civiles de inconstitucionalidad—, las posibilidades de transformación amplias en el marco jurídico mexicano seguirán siendo reducidas.

⁴² Rodríguez Garavito, César y Albarracín Caballero, Mauricio, “Los efectos de las sentencias que protegen derechos constitucionales”, *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes,

tanto en la vida de los demandantes, en la transformación de la opinión pública respecto del problema, así como en la transformación paulatina del sistema jurídico.

Colocar todo el peso transformativo en hombros de una institución, no sólo es desmedido, sino también antidemocrático. Las instituciones judiciales deben garantizar el aseguramiento y protección de todas las personas sobre la base de interpretaciones y decisiones constitucionales sólidas comprometidas con el principio de igualdad en todos sus términos. Sin embargo, en la modificación de un sistema excluyente las autoridades administrativas y legislativas, los medios de comunicación y la sociedad civil, también juegan un papel trascendental y decisivo.

IV. EL VIGÍA DECIDIDO: LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Si se acepta la tesis respecto de que el rechazo a reconocer el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo no es un problema de discriminación sino de exclusión, entonces el método de análisis para la resolución del conflicto no puede sustentarse en términos de razonable o irrazonable diferenciación. Ello en virtud de que, como se señaló antes, un caso de diferenciación implica la existencia relacional dentro de un sistema de un sujeto respecto de otro; mientras que en un caso de exclusión, tal relación no puede darse en virtud de que uno de los sujetos se encuentra precisamente fuera de dicho sistema.

Es en este punto en donde las sentencias de la Corte reflejan una incompatibilidad entre el enfoque delineado en un primer momento y el método utilizado para su resolución. En esencia, la crítica se dirige al hecho de que la Corte, al realizar un análisis de escrutinio estricto sobre la base del estudio de ciertas categorías sospechosas, utilizó un sistema basado en el método de diferencia para solucionar un problema encuadrado en un fenómeno de exclusión.

En el marco del estudio del principio de igualdad, la conceptualización de *categorías sospechosas*⁴³ como causas o motivos sobre los cuales se prohíbe la

2011. Asimismo, véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, p. 25.

⁴³ Por categoría sospechosa se entiende todo aquél atributo o condición física o social de las personas, respecto de la cual existe una prohibición expresa de discriminación o respecto de la cual se presume de ilegítima cualquier diferenciación o rechazo, hasta en tanto no se realice un análisis de escrutinio estricto que permita sustentar su legitimidad.

realización de actos diferenciados carentes de objetividad y razonabilidad, sin duda, constituye un avance importante en la búsqueda de sociedades igualitarias y, a la vez, supone un mecanismo poderoso que limita la discrecionalidad de los gobiernos para realizar diferenciaciones que puedan resultar arbitrarias y afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, tales categorías sospechosas únicamente son útiles en aquellos casos en los cuales haya que determinar la existencia de actos diferenciadores basados sobre condiciones individuales que caracterizan a las personas como la raza, la nacionalidad, el sexo, el género, entre otras; pero no resultan del todo útiles para contextualizar situaciones de exclusión o desventaja que afectan a grupos o poblaciones específicas; sobre todo cuando éstas se han visto inmersas en situaciones de discriminación o exclusión históricas o sistemáticas.

El uso de lo que se ha entendido como categorías sospechosas se enmarca en uno de los postulados básicos del *principio de igualdad como no discriminación*, es decir, de aquel principio relacional que implica la prohibición de realizar cualquier acto que pueda resultar discriminatorio sobre la base de condiciones irrelevantes o intrascendentes. Se trata de una visión individualista y reducida de la igualdad, en donde lo importante es que exista una relación de adecuación o funcionalidad (*fit*) entre el medio elegido para la restricción y la finalidad perseguida por la misma, dejando de lado la posibilidad de que sobre la base de los motivos de diferenciación concurren elementos históricos o sociales de exclusión y sometimiento.⁴⁴ En este contexto, los motivos prohibidos de discriminación sobre la base de las categorías sospechosas se colocan como cláusulas simétricas que tienden al universalismo y a la pretensión de colocar a las personas en un plano abstracto, y a veces falso, de igualdad y representación política.

En el marco de los distintos enfoques del principio de igualdad como diferenciación y como exclusión, el problema con el uso de las categorías sospechosas es precisamente que ciertos grupos pueden estar a su vez representados en el escenario político-jurídico, y ser tratados de manera diferente e injustificada.⁴⁵ Desde este enfoque, basta con anular la utilización de dicha categoría para solucionar el problema discriminatorio. Sin embargo, la utilización de tales categorías no resulta un mecanismo plausible, tratándose de casos de exclusión en la medida en que ciertos grupos no se encuentran

⁴⁴ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad estructural”, en Caicedo Tapia, Danilo y Porras Velasco, Angélica (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, p. 69.

⁴⁵ Sunstein, Cass, *op. cit.*

representados en el sistema, y en virtud de que la solución al problema no puede darse únicamente con la eliminación de la aplicación de la categoría considerada como sospechosa, sino en todo caso con las posibilidades de ampliación o reducción del esquema de exclusión.

De esta forma, cuando la Suprema Corte decidió realizar un análisis de escrutinio estricto sobre la base de la categoría sospechosa de orientación sexual, señalada en el artículo 1o. de la Constitución, dejó de lado el enfoque de exclusión, adoptado en la primera sección de sus decisiones, y asumió que las personas homosexuales se encuentran igualmente representadas en términos políticos que las personas heterosexuales, de modo que la controversia se redujo a un problema de trato diferenciado. Esto no quiere decir que los planteamientos desarrollados por la Corte sean incorrectos, ni mucho menos que los análisis de igualdad, desde la perspectiva de la diferencia y las categorías sospechosas, sean ineffectivos en sí mismos. Por el contrario, el propósito hasta ahora ha sido el de señalar una incompatibilidad entre el diagnóstico adelantado por la Corte y el remedio implementado.

Naturalmente, el Tribunal pudo haber resuelto —como lo hizo— sobre la base del principio de diferencia, sin tomar en consideración las condiciones de exclusión, y el resultado hubiera derivado al igual en una decisión positiva. Sin embargo, toda vez que en un primer momento justificó su estudio sobre dichas condiciones, un aspecto congruente hubiera sido sostener dicha postura hasta el final, incluyendo los métodos adecuados para su resolución. De cualquier forma, las decisiones emitidas por la Primera Sala representan un enorme avance en el aseguramiento de los derechos humanos de las personas homosexuales. A través de ellas, la Corte se ha constituido como un vigía decidido en torno a un expansivo aseguramiento de los derechos, a la garantía de las condiciones de diferencia y a la conformación de una sociedad más incluyente e igualitaria.

No obstante ello, sin demeritar los logros alcanzados, el estudio de los casos referidos, desde la perspectiva del enfoque de exclusión, hubiera contribuido enormemente a la consolidación y expansión de una teoría sobre igualdad en sede jurisdiccional, en la medida en que hubiera colocado sobre la mesa mayores herramientas de análisis y procedencia en aras de una transformación sustantiva de las condiciones sociales que aún excluyen a la comunidad homosexual, que a su vez podrían ser útiles para el análisis de casos similares en las que otros grupos se encuentren excluidos. Trascender de un enfoque diferencial a uno de exclusión permitiría comprender que el principio de igualdad es ante todo una norma no sólo descriptiva, sino también imperativa. Un ideal normativo constitucional que marca la pauta

al Estado y a sus autoridades, para determinar no sólo lo que no deben hacer, sino también lo que deben hacer,⁴⁶ con el objetivo de desarticular todos aquellos elementos estructurales de opresión y segregación que subordinan y excluyen a diversos grupos de la sociedad.

V. CONCLUSIONES

El principio de igualdad juega un papel estructural en el proceso de expansión de los derechos y en la conformación de sociedades más incluyentes. Dado los distintos escenarios en los que la desigualdad, la diferencia y la exclusión operan, el principio de igualdad debe poder adaptarse para brindar soluciones eficientes a las demandas de reconocimiento y trato igualitario, pero sobre todo debe ser capaz de constituirse en un mecanismo de inclusión para proveer de voz y representación a quienes se les ha negado.

El caso de las personas homosexuales, y la restricción de su acceso al matrimonio y figuras afines, se sustenta precisamente en un enfoque diferenciado del principio de igualdad entendido como no dominación. Con ello, lo que dicho principio se cuestiona no es únicamente la existencia de un trato diferenciado a las personas homosexuales, sino la ausencia de representación política para la consideración de sus intereses y perspectivas y, por tanto, la configuración jurídica de las instituciones. Frente a este tipo de situaciones, el principio de igualdad requiere de una reconceptualización asociada a la posibilidad de brindar mayores canales de inclusión, o al menos reducir las brechas de exclusión de ciertos grupos afectados, como la comunidad homosexual.

Sobre esta base, a lo largo de este estudio ofrecimos algunas razones por las cuales consideramos que, si bien las decisiones emitidas por la Primera Sala de la Corte constituyen un avance significativo en términos del aseguramiento de los derechos de parejas homosexuales, un estudio más profundo permite comprender que sus consideraciones no abonan del todo a la consolidación de una teoría de igualdad en sede jurisdiccional. La razón principal es que la Corte parece haber dado una cura eficiente, pero no efectiva, a un problema estructural de exclusión y dominación. Si bien el análisis desde las categorías sospechosas y el *test* de escrutinio estricto se han colocado como

⁴⁶ Grosman, Lucas Sebastián, *La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, pp. 4 y 7; disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_structural.pdf. Asimismo, véase Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 13, 2010, pp. 315 y 316.

una herramienta significativa para el aseguramiento de los derechos, lo cierto es que su implementación no puede abarcar todos los casos. La constante expansión del principio de igualdad y las problemáticas asociadas a su vulneración exigen que las autoridades judiciales, en especial las cortes supremas, logren obtener el mayor provecho de él y de sus bases teóricas.

De esta manera, la propuesta expresada en este estudio se sustenta en la necesidad de apreciar el principio de igualdad desde un marco de mayor amplitud. Esto es, desde una posición que incluya no sólo aspectos normativos, sino también sociales y políticos, con el objetivo de brindar oportunidades de solución a problemáticas que, por su particular naturaleza, generan afectaciones desproporcionadas no sólo en el goce de derechos, sino también en las posibilidades de existencia en un plano sociojurídico. Así, la consolidación de una teoría de igualdad en sede jurisdiccional implicaría el desarrollo de postulados para el análisis diferenciado de casos motivados por diferenciación, pero también por exclusión. De la mano, la apreciación diferenciada de estos enfoques podría contribuir a la generación de estándares diferenciados de aplicación, de aquellas herramientas que las reformas en materia de amparo y derechos humanos trajeron consigo para el aseguramiento de los derechos humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos especializados

AÑÓN, María José, “Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, vol. 4, t. 5, libro II, 2013.

ARENKT, Hannah, “Desobediencia civil”, *La crisis de la República*, Madrid, Trotta, 2015.

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad de Granada, núm. 45, 2011.

BOURDIEU, Pierre, *Language and Symbolic Power*, Cambridge, U. K., Polity Press in association with Basil Blackwell, 1991.

—, “Lecture of 1 February 1990”, *On the State. Lectures at the Collège de France, 1989-1992*, Cambridge, U. K., Polity Press, 2014.

- _____, “Structures, Habitus, Power: Basis for a Theory of Symbolic Power”, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge, U. K., Cambridge University Press, 2014.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “El derrotero del matrimonio igualitario en México”, en VEGA GÓMEZ, Juan (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez*, México, UNAM, IIJ, 2014.
- _____, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, pról. de Juan N. Silva Meza, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.
- CAZÉS MENACHE, Daniel, “Reflexiones sobre el género y la censura”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLVIII, núm. 197, mayo-agosto de 2006.
- COLKER, Ruth, “The Anti-Subordination Principle: Applications”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol. 3, 1987.
- COSSÍO, José Ramón, “Los tiempos de la familia”, *El País*, 18 de noviembre de 2015.
- DOVIDIO, John F. et al. (eds.), “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Nueva Delhi, Sage Publications, 2010.
- ESKRIDGE, William N. Jr., “Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions”, *Albany Law Review*, vol. 64, núm. 3, 2011.
- FARBER, Daniel y SHERRY, Suzanna, “The Pariah Principle”, *Constitutional Commentary*, vol. 13, núm. 3, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 13, 2010.
- FISS, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976.
- GREENUP, Jeremy Jay, “Identity as Politics, Politics as Identity: An Anthropological Examination of the Political Discourse on Same-Sex Marriage”, Thesis, Georgia State University, 2006.
- GROSMAN, Lucas Sebastián, *La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución*, Buenos Aires, Universidad de Palermo; disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_structural.pdf.
- HASLANGER, Sally Anne, *Theorizing feminisms: a reader*, New York, Oxford University Press, 1984.

- HASNAS, John, “Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination”, *Fordham Law Review*, vol. 71, núm. 2, 2002.
- HAYES, John Charles, “The Tradition of Prejudice versus the Principle of Equality: Homosexuals and Heightened Equal Protection Scrutiny after *Bowers vs. Hardwick*”, *Boston College Law Review*, vol. 31, núm. 2, 1990.
- MACKINNON, Catharine, “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en HACKETT, Elizabeth y HASLANGER, Sally Anne (eds.), *Theorizing Feminisms: A Reader*, New York, Oxford University Press, 2005.
- _____, *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979.
- NUSSBAUM, Martha, “Rawls and Feminism”, en FREEMAN, Samuel Richard (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2003.
- _____, “Una revisión de *Liberalismo político* de Rawls”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 32, enero-junio de 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ALBARRACÍN CABALLERO, Mauricio, “Los efectos de las sentencias que protegen derechos constitucionales”, *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- _____, y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010.
- SABA, Roberto, “(Des) Igualdad estructural”, en CAICEDO TAPIA, Danilo y PORRAS VELASCO, Angélica (eds.), *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- _____, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012.
- SUNSTEIN, Cass, “The Anticaste Principle”, *Michigan Law Review*, vol. 92, núm. 8, 1994.
- WEEKS, J. et al. (eds.), *Same-Sex Intimacies: Families of Choice and other Life Experiments*, Londres, Routledge, 2001.

2. Sentencias y jurisprudencia

Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío

Díaz —quien formuló voto concurrente—, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sárbuhi.

Amparo en revisión 122/2014. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Amparo en revisión 591/2014. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto aclaratorio—, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz —quien formuló voto concurrente—, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo —quien formuló voto particular—. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Supreme Court of the United States, *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, decided on June 15, 1982, Justice Brennan, Opinion of the Court.

Tesis 1a./J.43/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015.

LOS CRITERIOS DE LA CORTE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ESTADO MARITAL. LAS PIEZAS QUE FALTAN*

Francisca POU GIMÉNEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El régimen patrimonial del concubinato en Chiapas.* III. *La adopción por convivientes en Campeche.* IV. *¿Qué tipo de escrutinio despliega en realidad la Corte?* V. *¿Qué tipo de escrutinio debería haber desplegado?* VI. *Conclusión.* VII. *Apéndice.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Algo de lo cual debemos felicitarnos, no obstante enfrentar una coyuntura política, social y económica extremadamente deprimente, coronada por un sistema jurídico disfuncional, es que la Primera Sala de la Corte —ocasionalmente secundada por el pleno— haya desarrollado en los años recientes tantos criterios innovadores, que ponen de cabeza la jurisprudencia histórica y proveen instrumentos valiosos para la transformación social a la luz de la Constitución.

Esto es especialmente patente en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. En estos años, la Corte ha construido, por ejemplo, la estructura de los escrutinios de análisis que utiliza para distinguir las diferenciaciones razonables de las arbitrarias; ha establecido qué son las categorías sospechosas; ha desarrollado criterios importantísimos sobre la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares; ha elaborado doctrina sobre discriminaciones indirectas, estructurales, o por impacto disparatejo; ha reconocido reclamos de discriminación, basada en estigmatizaciones expresivas

* Publicado en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, enero-junio de 2016, pp. 145-194. Agradecemos el permiso otorgado para su reproducción, con revisión y ligeros cambios, en esta nueva obra.

** Profesora asociada en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

que nunca habían sido justiciables, y ha transformado en alguna medida su práctica de confección de resolutivos para asegurar la efectividad de las sentencias.¹

Es cierto, con todo, que se trata de una jurisprudencia todavía disparesa en términos del rango de áreas temáticas que toca, por motivos relacionados con grados muy distintos de acceso a la justicia: hay muchos más casos sobre discriminación por motivos de género, identidad y orientación sexual, por ejemplo, que casos de discriminación por motivos de identidad cultural o salud, porque los reclamos del primer tipo han tenido la suerte de ser elevados a la justicia por estructuras de litigio de interés público que, en los otros ámbitos, todavía no existen. Y es todavía una jurisprudencia incipiente, que debe ser objeto de amplia discusión, crítica y comentario. La construcción de un derecho antidiscriminatorio que no sea inane —que sea capaz de atacar con efectividad las estructuras de privilegio y desventaja propias de cada país— no es una tarea de corto plazo, ni que se alcance al primer intento.

En este artículo voy a analizar dos sentencias recientes, una dictada por la Primera Sala en 2014, y la otra por el pleno en 2015, donde por primera vez se construyen criterios explícitos sobre la discriminación por estado civil —específicamente, por estado marital—.² La primera analiza la regulación del régimen económico de las uniones de hecho en Chiapas. En ella la Corte concluye que las diferencias que la ley hace entre el matrimonio y el

¹ Algunas sentencias de referencia serían las siguientes: sobre escrutinios de análisis en general, ADR 899/2008, AR 581/2012, AR 152/2013 y AR 407/2013; sobre las categorías sospechosas, AR 152/2013; sobre discriminación en las relaciones entre particulares, ADR 992/2014; sobre discriminaciones indirectas, estructurales, o por impacto disparo, AI 8/2014; sobre discriminación por estigmatizaciones expresivas y estereotipos, ADR 2806/2012, AR 152/2013 y ADR 992/2014; sobre medidas y órdenes para reaccionar a un caso de discriminación, ADR 992/2014.

² Son los dos primeros casos en que la Corte construye criterios explícitos sobre el tratamiento de este tipo de discriminaciones, no los dos primeros que tratan estos temas. Sentencias relacionadas con matrimonio, divorcio, concubinato y temas conexos hay, por supuesto, bastantes en los pasados años, y una evaluación exhaustiva del tratamiento del estado marital en la jurisprudencia reciente de la Corte exigiría cubrirlos todos. Lo que distingue a las dos que abordaremos en este artículo es que la Corte analiza los casos específicamente mediante la construcción analítica de las categorías sospechosas desencadenan escrutinio estricto, en el contexto del artículo 1o. de la Constitución. Existe otro amparo donde encontramos traza de esa misma categorización: el ADR 230/2014, fallado el 19 de noviembre de 2014, el mismo día que el de Chiapas. No lo incluyo en este artículo, sin embargo, porque la Corte no lo falló bajo el encuadre igualdad-no discriminación, sino bajo los encuadres de dignidad humana, derecho a un nivel de vida adecuado, garantía de los derechos de los menores y protección al principio de solidaridad familiar.

concubinato —ése es el término que usa todavía la ley—, cuando regula las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja, son constitucionales. La segunda analiza la regulación de la adopción de menores por parte de “convivientes civiles” en el Estado de Campeche. La analizada, la prohíbe terminantemente, y la Corte determina que esa prohibición es inconstitucional.

Por los temas que plantean, estos dos asuntos entran en contacto, por un lado, con la piscina de casos en los que la Primera Sala ha empezado a derribar el altísimo edificio de leyes civiles que todavía discriminan a las personas por motivo de *orientación sexual* en el disfrute de los derechos y beneficios asociados al matrimonio, la adopción y la identidad. Y, por otro lado, se vinculan con los casos en los que la Corte declara discriminatorias por motivos de *género* regulaciones civiles tradicionales sobre alimentos, custodia, régimen patrimonial, y otras vertientes de las estructuras de convivencia previstas en nuestras leyes.

Con todo, al tiempo que estas dos sentencias “suenan” en gran parte como las mencionadas, tocan temas cuya distintividad debe ser cuidadosamente ponderada. Este es el objetivo de este comentario crítico. Tras dos secciones dedicadas a reconstruir con la precisión necesaria lo que los argumentos de la Corte dicen y hacen, sostendré que un adecuado análisis constitucional de la regulación del estado marital exige refinar la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, basado en categorías sospechosas que desencadenan escrutinio estricto, en el contexto de un análisis que conceda espacio suficiente al libre desarrollo de la personalidad, y consiga reflejar de algún modo el peso de una serie de consideraciones adicionales que son siempre relevantes cuando del combate jurídico a la discriminación se trata.

La argumentación de la Corte en los dos casos pone énfasis en dos grandes puntos: la necesidad de proteger a las personas frente a discriminaciones, en especial por los motivos expresamente mencionados en el artículo 1o. (los “factores sospechosos”), y el imperativo de proteger de igual modo todas las familias, bajo el artículo 4o., en la línea marcada en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y sostenida consistentemente desde entonces en su jurisprudencia. Las dificultades argumentales de la Corte que identificaremos en este texto, sobre todo en la sentencia de Chiapas, y el hecho de que la Corte afirme que hace escrutinio estricto cuando en realidad hace algo diferente, sugieren, sin embargo, que los reclamos relacionados con el estado marital exigen quizá un aparato analítico más diversificado. Que conceda el peso que tiene al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que abra espacio para calibrar la importancia de varios aspectos de contexto social y cultural, y que, en estos o en futuros casos, no corra el riesgo

de acabar poniendo en aprietos —como ha pasado en Estados Unidos— a los intentos legislativos por aminorar las condiciones estructurales de desigualdad, o “abaratar” en exceso el escrutinio estricto, quitándole virtualidad para desterrar con autoridad las prácticas más graves. Con todo, como veremos después de echar un vistazo a diferentes maneras de enfrentar este tipo de casos en el derecho comparado, no es claro si es mejor crear “compuertas” de necesaria superación antes de poder aplicar escrutinio intenso, o trabajar por sofisticar la estructura interna de éste, sin cuestionar la premisa de que merece ser proyectado en todos los casos en que exista un trato diferenciado por motivo de estado marital.

En conclusión, sostendré que, con independencia de lo mucho de bueno que estas dos resoluciones dejan para el derecho antidiscriminatorio, hay aspectos que están infraexaminados en ellas, o tratados de manera subóptima, y apuntaré preliminarmente —pues en esta vertiente nuestro análisis es fundamentalmente exploratorio— modos en que la Corte podría incorporar, técnicamente, las piezas que faltan.

II. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL CONCUBINATO EN CHIAPAS

El primer caso en el que la Corte se refiere con especificidad a la discriminación por estado civil y al estado civil como categoría sospechosa es el ADR 597/2014.³ En el caso, una mujer chiapaneca había impugnado el artículo 287 ter del Código civil del Estado de Chiapas. Según este precepto, hasta por un plazo de dos años, desde el momento en que se disuelve un concubinato, la concubina —la norma se refiere a las mujeres, usando el femenino— puede “demandar al otro, el cincuenta por ciento del valor de los bienes, consistentes en el inmueble en donde hayan establecido su domicilio, vehículos y menajes de hogar, que hubiere adquirido durante el concubinato”, siempre y cuando concurran una serie de condiciones: que hayan vivido juntas al menos tres años y que la mujer se haya dedicado preponderantemente al desempeño del hogar y al cuidado de los hijos, y a menos —mucho ojo con esta condición, que no es denunciada por la quejosa ni analizada por los jueces, pero que bajo cierta interpretación genera una norma groseramente machista— que “haya demostrado ingratitud, viva en concubinato o contraiga matrimonio con otra persona”.⁴

³ ADR 597/2014, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 19 de noviembre de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla Quintana Osuna.

⁴ En efecto, si la compensación prevista en el artículo 287 ter del Código Civil chiapaneco obedece a la necesidad de compensar el desequilibrio patrimonial injusto (enriquecimiento

La quejosa señalaba que no existía justificación objetiva y razonable para la diferencia que la ley establece entre la regulación aplicable a los matrimonios y la aplicable a los concubinatos. Al no permitirse en el caso del concubinato la repartición de *todos* los bienes, como se hace en la sociedad conyugal, sino sólo los tres mencionados (inmueble, coche, menaje), la norma incurre —subrayaba la quejosa— en un trato inequitativo y permite que se den situaciones de empobrecimiento injusto (§16).⁵ Pero el Tribunal Colegiado le negó el amparo. A su juicio, la norma no otorga un trato indigno y desigual en comparación con el que recibe la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, porque el concubinato implica la expresión del deseo de no someterse a un régimen patrimonial. La norma establece un medio compensatorio, protecciónista, a favor de las concubinas que, por los motivos apuntados —subrayó el colegiado—, no atenta contra su dignidad ni vulnera su derecho a no ser discriminadas (§17).

En vía de recurso, la quejosa replicó que, aunque el matrimonio y el concubinato son dos instituciones distintas cuya regulación puede ser distinta, no existe una justificación objetiva y razonable para que no sean iguales en el particular punto que ella destacaba en sus argumentos: la repartición de los bienes (*todos* los bienes) generados con la contribución de los dos durante el lapso del concubinato. La señora hizo suyos los argumentos del magistrado disidente, quien había denunciado la falta en la sentencia recurrida

to injusto de uno y empobrecimiento injusto del otro) que se genera durante la convivencia, porque el trabajo doméstico no es remunerado en el mercado y no deja traza patrimonial, no es claro por qué la misma deja de entrar en juego cuando la mujer ha demostrado ingratitud, vive en concubinato o contrae matrimonio con otra persona. De entrada, a efectos de la compensación, lo que ocurría *después* de rota la unidad de convivencia debe ser irrelevante, y la norma tiene una redacción que, dado que permite solicitar la compensación en los dos años siguientes a la ruptura, parece condicionar su recepción a que *en ningún momento* la mujer haya demostrado ingratitud o se haya unido en matrimonio o concubinato con otra persona. Bajo esa interpretación, el hombre tiene derecho a condicionar poderosísimamente las opciones vitales de la mujer que un día fue su pareja (pues la norma amenaza a esa mujer con negarle el derecho a la mitad de la vivienda, el coche y el menaje si “se atreve” a juntarse con alguien más). Es crucial, entonces, hacer una interpretación conforme que bloquee esta versión de la norma. ¿Qué ocurre si esas condiciones se cumplen durante la relación de concubinato? La mención a la “ingratitud”, por su falta de taxatividad y el espacio que deja a interpretaciones sesgadas o arbitrarias, plantea problemas insuperables también en esa hipótesis. Pero incluso la penalización de coexistencia de relaciones es problemática, como evidencian los cuidadosos argumentos desarrollados por la Corte en el ADR 230/2014, donde se muestra que la subsistencia formal de un vínculo matrimonial no impide en sí misma la entrada en juego de previsiones protectoras para el tipo de arreglo que, en paralelo, fácticamente, pueda estarse desarrollando.

⁵ Aquí y en el resto del artículo, estos paréntesis en el cuerpo del texto indican los párrafos de la sentencia a la que me esté refiriendo en cada momento.

de un análisis de igualdad más profundo, y había sostenido que la falta de externación expresa de un régimen patrimonial en un concubinato debía interpretarse como se interpreta en un matrimonio: como un reconocimiento de que el patrimonio es de ambos (§18).

La Corte hizo lugar al recurso de revisión por estimar que el tema gozaba de importancia y trascendencia, pero negó el amparo. La argumentación de la parte considerativa de la sentencia ofrece de inicio una conceptualización de la noción de “estado civil” y de “estado marital” como subcategoría dentro la primera, en cuyo contexto la Corte se pregunta si hay que contarla entre las categorías sospechosas —aquellas que “históricamente han sido tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociadas” (§42) —. Y concluye que sí, enfatizando en el camino que el propio artículo 1o. de la Constitución Política federal se refiere a la prohibición de discriminación por estado civil de manera expresa. Para la Corte, el estado marital “se encuentra estrechamente relacionado con la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento, atiende la decisión autónoma de entrar o no en una relación personal permanente —jurídica o de hecho— con otra persona, y de la cual se crean consecuencias —*de jure* o *de facto*— dependiendo de dicho estado” (§46).⁶

La Corte se detiene a continuación en las previsiones del artículo 4o., destaca que impone al Estado la obligación de proteger a la familia como realidad social —con todas sus posibles estructuras y manifestaciones—, y hace memoria de los criterios que han señalado que cónyuges y concubinos forman grupos familiares esencialmente iguales en términos de relaciones de ayuda, cariño y solidaridad, y en términos de goce de ciertos derechos como los alimentos, la pensión de viudez o concubinato, o el reconocimiento de paternidad, que han sido reconocidos por la jurisprudencia, a los dos tipos de arreglo, en términos idénticos (§47-48). Podrá haber diferenciaciones, dice la Corte, pero todo lo que sea análisis de “intereses, beneficios y perjuicios de estar o no casado, y dentro de este último, de vivir en pareja o soltero” (§49) debe ser sometido a escrutinio estricto:

⁶ El estado civil, noción más amplia, se refiere al “conjunto de vínculos jurídicos que se desarrollan del concepto institucional de familia, es decir, el conjunto de situaciones en las que se ubica la persona en la sociedad, respecto de los derechos y obligaciones que tiene y que contribuyen a conformar su identidad. En ese orden de ideas, es necesario destacar que históricamente la doctrina ha incluido en el estado civil, entendido en sentido amplio, a situaciones como el nacimiento, el nombre, la filiación, la adopción, la emancipación, el matrimonio, el divorcio y el fallecimiento. Ahora bien, existe una subcategoría dentro del estado civil, en sentido más estricto, referente al estado marital, entendido, hasta ahora y en términos generales, como la soltería y el matrimonio” (§40).

la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su aplicación de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en aquéllas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta (§54), “[la Corte] ha determinado que los cónyuges y concubinos son parte de un grupo familiar esencialmente igual, por lo que cualquier distinción jurídica entre ellos deberá ser objetiva, razonable, y estar debidamente justificada” (§55).

¿Qué es lo que la Corte examina en aplicación de ese escrutinio estricto? La sentencia desgrana en esta parte (§50 y ss.) un razonamiento menos estructurado que en los apartados que anteceden. De inicio, a la sala le parece necesario efectuar una comparación entre el tratamiento que la legislación chiapaneca otorga a las dos figuras en liza, y nota que, a diferencia del matrimonio —al que se dota de naturaleza jurídica contractual y cuyos efectos explicita—, el código no regula expresamente el concubinato, sino que hace referencias específicas al mismo, cuando va tratando las diferentes instituciones de derecho de familia (alimentos, filiación, etcétera). Es, por lo tanto, señala, una unión fáctica que, cuando se dan ciertas circunstancias, genera una serie de consecuencias jurídicas, necesarias para proteger a los concubinos y a su familia (§58). La Corte señala que una de las diferencias claras entre las dos instituciones es que el matrimonio implica la entrada en juego de un particular régimen patrimonial, sea el de separación de bienes o el de sociedad conyugal (§59). Y apunta, entonces, que “lo pertinente es dilucidar si alguno de estos regímenes es aplicable al concubinato para regular la situación económica de los concubinos una vez terminada su relación” (§61), y en particular si resulta discriminatorio —como alegaba la quejosa— que a las concubinas que permanecen en silencio no se les aplique este régimen al finiquitar su relación, cuando, a las mujeres casadas que tampoco dicen nada, sí se les aplica el régimen de sociedad conyugal.

La Corte responde que no: a su juicio, la entrada en juego de un régimen patrimonial exige una declaración de voluntad de las partes. En el matrimonio, esta declaración de voluntad existe, aunque no se diga nada expreso sobre el régimen patrimonial, porque las personas saben que la ley otorga esas consecuencias a su silencio (§63). Proyectar esa misma presunción al caso de concubinato, señala la Corte, no tiene sentido:

si se sostiene que al mantener un concubinato lo que se tiene es la unión personal sin mayores formalidades, el sistema jurídico no puede presumir que las personas quieran voluntariamente adquirir mayores obligaciones más allá de lo personal y ayuda mutua que se propicien durante su relación, pero sin que al término de ésa se necesite definir su situación económica como

pareja, pues ello podría implicar una mayor carga para finalizar su relación que como empezó —de manera fáctica—. Considerar lo contrario atentaría contra la propia naturaleza del concubinato como relación de hecho, pues se le estaría considerando como una figura creadora de consecuencias jurídicas complejas que las partes no quisieron manifestar (§64).

En este punto, el razonamiento da un salto, aborda la segunda de las preguntas de fondo planteadas en los agravios —a la que en breve nos referiremos— y retoma posteriormente el tema (§§74-78), reafirmando que el hecho de que la ley no prevea expresamente un régimen patrimonial para el caso de los concubinatos no es discriminatorio. La Corte se hace eco de las distintas regulaciones que existen al respecto en los Estados (algunos no regulan la situación económica de los concubinos, unos pocos prevén expresamente que no tienen nada que reclamarse cuando termina su relación, mientras que otros regulan de algún modo las consecuencias económicas de la terminación) (§75), y concluye insistiendo en que una de las razones por las cuales la gente opta por el concubinato es precisamente por las consecuencias que *no crea*, y que, por consiguiente, “en atención a la naturaleza misma del concubinato (ausencia de formalidades y manifestación expresa de la voluntad) es razonable la distinción realizada en materia económica respecto del matrimonio” (§77). “No es posible [sentencia la Corte] —por las diferencias mismas en su creación y la naturaleza misma de ambos estados— equiparar al concubinato con el matrimonio en todos los derechos y obligaciones”; existen distinciones claras entre ambas instituciones en muchas leyes federales, y será caso por caso que se analice cuáles de ellas son razonables y cuáles no (§78).

Queda así completada la respuesta a la primera pregunta, planteada por los argumentos de la quejosa, y se abre naturalmente el espacio para la segunda: aunque el hecho de que la ley no prevea para los concubinatos la formación de una sociedad patrimonial no sea *en sí mismo* discriminatorio ¿lo es, con todo, la particular diferencia patrimonial que el artículo 287 ter introduce entre los dos regímenes? En el caso de autos, la legislación de Chiapas, en atención a la desventaja económica en que puede quedar la mujer que vive en concubinato, al romperse éste, prevé la medida patrimonial que protagoniza la controversia. ¿Es esta normativa, analizada bajo la mirada del escrutinio estricto, acaso discriminatoria, por sus características y por las diferencias que la separan del régimen de sociedad conyugal que se aplica a los casados? (§68). Aunque la Corte haya dejado anteriormente sentado que no hay motivo para exigir la equiparación de regulaciones en este punto ¿es discriminatorio que una concubina tenga derecho solamente

a una participación del 50% sobre tres bienes, en lugar de sobre todos los que se han generado durante la convivencia?

La Corte también contesta negativamente esta segunda pregunta. Se analizan los detalles de la regulación legal y se concluye que no, y que la compensación descansa en la innegable razonabilidad de conceder participación en ciertos bienes a la persona que ha hecho una aportación al hogar que no se suele dimensionar justamente, y que le impide un desarrollo matrimonial propio (§73). Se trata, en definitiva, afirma la Corte, de una medida “objetiva y razonada, por lo que es constitucional” (§73). La razonabilidad no se pierde, añade, por el hecho de que la norma se refiera sólo a las concubinas mujeres, y no a los concubinos: la sala estima que el 287 ter debe ser objeto de interpretación conforme y leída como prevención de una compensación extensible al concubino varón que cumpla los requisitos consignados. De modo que tampoco por ese motivo —por la posible generación de estereotipos— la legislación puede ser objeto de recriminación (§80).

III. LA ADOPCIÓN POR CONVIVIENTES EN CAMPECHE

Hasta aquí el caso de Chiapas: un amparo directo en revisión, fallado por la Primera Sala, que por primera vez da relieve al estado marital como categoría sospechosa que genera la necesidad de someter la legislación a escrutinio estricto, que se salda con un pronunciamiento que considera razonable que la regulación del concubinato y la del matrimonio contengan distintas consecuencias patrimoniales, y que estima no discriminatoria la previsión de una compensación económica consistente en el derecho a reclamar —la persona que aportó a la unión de hecho por vías no remuneradas en el mercado— la mitad de ciertos bienes.

El segundo caso reciente, con criterios sobre el mismo tema, es una acción de inconstitucionalidad, no un amparo, y por tanto fue resuelta por el pleno, bajo la ponencia del ministro de la Primera Sala que había sido en su día responsable de redactar el amparo de Chiapas. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 8/2014, interpuesta por la Comisionada de Derechos Humanos del Estado de Campeche, contra un artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de ese Estado.⁷ Dicho precepto legal dispone literalmente lo siguiente: “Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar

⁷ AI 8/2014, fallada por el pleno de la Suprema Corte el 11 de agosto de 2015. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contradiga esta disposición”.

La comisionada señalaba esencialmente que este artículo, al negar todos esos derechos a las personas unidas en sociedad de convivencia, vulnera el principio de igualdad y no discriminación (en especial por orientación sexual), y el derecho al desarrollo y la protección de la familia (artículos 1o. y 4o.).

En términos de la regulación de Campeche, la sociedad civil de convivencia es un contrato civil que celebran dos personas de igual o distinto sexo, estableciendo un domicilio en común, para organizar una vida en común, con fines de ayuda mutua y voluntad de permanencia (artículo 2, LSCC). Dicho contrato genera derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y algunos efectos patrimoniales acotados que la ley especifica. En lo no previsto, se rige por las reglas aplicables al concubinato (artículo 5, LSCC). No pueden acceder a la sociedad quienes estén unidos en concubinato, matrimonio u otra sociedad de convivencia (artículo 4, LSCC). Por este motivo, y porque genera derechos y obligaciones que tampoco se tienen cuando se está soltero, la Corte destaca que la sociedad civil de convivencia crea un “estado civil” para los convivientes. Como en la sentencia anterior, la Corte destaca que el estado civil está estrechamente relacionado con la libertad personal, la dignidad y la igualdad de pensamiento, y que es una de las posibles génesis de los grupos familiares constitucionalmente protegidos (§§28, 29, 30).

La Corte examina la constitucionalidad de este régimen societario desde tres perspectivas distintas: la protección de los derechos de los menores y de la familia en términos del artículo 4o.; la perspectiva de la no discriminación por estado civil, y la perspectiva de la no discriminación por orientación sexual. La Corte suplementa, por consiguiente, los argumentos de la comisionada —que se centraban solamente en la protección de la familia y los derechos de los niños y en la protección frente a discriminaciones por orientación sexual— con la perspectiva que había protagonizado el amparo anteriormente analizado: las discriminaciones por estado marital.

Desde la primera perspectiva —protección igualitaria de los niños y de todas las unidades familiares—, las conclusiones son rápidas y claras: la sociedad civil de convivencia, como señalaba la demanda, vulnera tanto el interés superior de los menores como la protección constitucional de la familia (§32-47). La Corte reitera la protección igualitaria a la familia en todas sus formas (§38, 41) y subraya que “el tipo de familia no es un criterio a determinar, sino únicamente la idoneidad del adoptante o adoptantes para proporcionarle afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su

desarrollo” (§37). La prohibición *ex ante* y total de que los convivientes puedan siquiera ser considerados adoptantes, operada por el artículo 19, LSCC, “implica, por un lado, una vulneración al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al impedirles formar parte de una familia de convivientes que cumplieran con el requisito de idoneidad, y por otro, una vulneración al derecho de estos últimos a completar su familia, a través de la adopción si es su decisión y mientras cumplan con el requisito referido” (§47).

Cuando entra al estudio sobre discriminación, la Corte recuerda las bases de su análisis general para casos de discriminación —el escrutinio por “gradas”—, y señala que cuando están en juego las categorías mencionadas en el artículo 1o. procede aplicar escrutinio estricto: “la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada [...] El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo será constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta” (§56). Por consiguiente, señala la Corte, cuando se usen tales categorías se impone revisar tres extremos: primero, si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa: “no debe exigirse simplemente [...] que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible [...] debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante, es decir, proteger un mandato de rango constitucional” (§58); segundo, si la distinción legislativa está estrechamente vinculada a esa finalidad constitucionalmente imperiosa (“totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos”) (§59); y “en tercer y último lugar [...] la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional” (§60). Finalmente, la Corte destaca que, a pesar de que los congresos estatales tienen libertad de configuración legislativa en el ámbito civil, la misma encuentra su límite en los mandatos constitucionales sobre reconocimiento y protección de derechos (§61).

Para determinar si en el caso existe discriminación por *estado civil*, la Corte recuerda que, conforme a los criterios sentados, *inter alia*, en el amparo sobre legislación de Chiapas sintetizado con anterioridad, cualquier distinción jurídica en las regulaciones de los distintos tipos de familia “debe ser objetiva y razonable, y estar debidamente justificada” (§67). En contraste con ello, destaca el Tribunal, en un razonamiento breve y escueto:

la distinción realizada por el artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche con apoyo en la categoría sospechosa de estado civil no está directamente conectada con el mandato constitucional de protec-

ción de la familia, ni con la protección de interés superior del menor de edad. La distinción hecha por la norma impugnada no sólo discrimina igual a las parejas del mismo o distinto sexo que entren en una sociedad de convivencia en función de su estado civil, sino que también las discrimina al no proteger de igual manera a la familia formada por esa pareja (§68).

La Corte añade justo a continuación que:

al partirse de situaciones de una relación de pareja —en este caso en específico por un estado civil y aplicando escrutinio estricto— sea tal pareja de diferente o del mismo sexo, cuyos efectos son el establecimiento de vínculos familiares, la diferencia de trato introducida en la ley y no argumentada constitucionalmente debe ser expulsada del orden jurídico nacional por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación, pues no supera la primera grada del escrutinio estricto de la medida (*supra* párr. 58) (*ibidem*, §68).

La Corte aborda finalmente la tercera de las perspectivas relevantes de análisis: la discriminación por *orientación sexual*. Y lo hace tras recordar algunas de las ganancias más importantes de sus criterios recientes: que el mandato del artículo 1o. protege a las personas contra las discriminaciones por resultado o impacto desproporcionado, derivadas del efecto de normas aparentemente neutras sobre grupos en situación de desventaja histórica; que este tipo de discriminación no puede detectarse si no se introducen factores contextuales o estructurales en el análisis; y que la discriminación puede resentirse tanto por lo que la norma hace directamente como por el significado social degradante que objetivamente transmite, sean cuales fueren las intenciones del legislador (§72-77).

Sobre estas bases, la Corte destaca que, aunque las sociedades de convivencia campechanas no se limitan a parejas del mismo sexo, son el único régimen de convivencia accesible para ellas, “lo cual encierra en sí mismo una carga axiológica para ese tipo de uniones” (§78). La argumentación señala que, con independencia de que la exposición de motivos de la ley las presente como una figura apta para regular relaciones entre “personas jóvenes, adultos mayores o incapacitados, que por alguna causa mayor, ingratitud o desapego familiar, se encuentran solas y desamparadas”, lo cierto es que todos los otros posibles sujetos pueden entrar también a relaciones de concubinato o matrimonio, y que la única disponible para las parejas del mismo sexo, según la legislación civil estatal, es la sociedad de convivencia.

La Corte concluye que el legislador crea indefectiblemente un régimen de “separados pero iguales”, que sería incompatible con la garantía de igualdad, incluso si las distintas figuras de la legislación civil implicaran los mismos derechos —cosa que no ocurre en este caso, pues prohíbe de modo absoluto las adopciones y la compartición de responsabilidades de patria potestad y custodia— (§91, 92). Por ello, por no pasar, de nuevo, “la primera grada del escrutinio estricto” (§94) —como en el argumento anterior, centrado en la discriminación por estado civil— la Corte declara la expulsión de la norma del orden jurídico.

En el apartado de efectos, la Corte señala al congreso local que, de considerarlo pertinente, puede emitir una nueva disposición en sustitución de la que ha quedado invalidada. Y que el vacío que pudiera existir se puede cubrir supletoriamente con las disposiciones del 407 del Código Civil del Estado de Campeche (que se refiere a la adopción de niños por parte de personas casadas o por convivientes de hecho, y establece alguna previsión sobre qué ocurre con los menores si hay ruptura).

IV. ¿QUÉ TIPO DE ESCRUTINIO DESPLIEGA EN REALIDAD LA CORTE?

Como quizá se habrá advertido ya, un rasgo notorio de la argumentación de estas dos sentencias —en la vertiente dedicada a la evaluación de distinciones por estado marital, que es la que nos ocupa hoy— es que anuncian escrutinio estricto, pero no lo aplican.

Aplicar o hacer escrutinio estricto implica asegurarse de que existe una especial perfección en la teleología de la norma y una especial perfección en su manufactura. Como recuerda la sentencia, los factores sospechosos pueden ser usados por el derecho para repartir oportunidades y cargas, pero para garantizar que su uso no responde a prejuicios, a representaciones falsas sobre la valía de la gente asociada a ciertos grupos, como nos enseña la experiencia histórica que ha ocurrido tantísimas veces, deben presentarse argumentos muy convincentes sobre una serie de extremos o aspectos que los distintos pasos —“gradas”, dice la Corte— del escrutinio nos obligan a abordar y a analizar con cuidado.

La Corte enuncia en estas dos sentencias un esquema de escrutinio estricto, cuyos pasos analíticos, sin embargo, son especificados de distinto modo en cada uno de ellos, y de un modo que, desde una mirada informada por el derecho comparado, exige algún comentario.

1. *La evaluación judicial del legislador en el caso de Chiapas*

Empecemos por el caso de Chiapas. Como vimos, en los §§54 y 55 del amparo de Chiapas, la Corte sostiene que el escrutinio estricto implica que sólo aquella diferenciación por estado civil que tenga una justificación muy robusta será constitucional, y que ello exige comprobar que es “objetiva, razonable, y está debidamente justificada” (§55).⁸ Como puede observarse, hay una clara equivocidad aquí: la Corte sostiene primero que el escrutinio estricto exige “una justificación muy robusta”, pero en el párrafo que sigue afirma que exige una justificación “objetiva, razonable, y debidamente justificada”; se trata de una expresión sujeta a interpretación, por supuesto, pero que, *prima facie*, no parece apelar a la idea de justificación especialísimamente cualificada a la que remite la idea de escrutinio estricto. Como es sabido, lo que distingue la intensidad del escrutinio es, precisamente, si se exige que la distinción legal tenga una justificación objetiva y razonable, respaldada por razones —hipótesis que relacionamos con el escrutinio suave— o por el contrario una justificación tal que demuestre que esa diferenciación es imprescindible, inescapable, al servicio de un objetivo imperioso —nociones que asociamos al escrutinio estricto—.

¿Pero afecta todo esto al análisis de fondo? ¿O se trata simplemente de una equivocidad en la articulación escrita del estándar de análisis? ¿Cuál es la intensidad del análisis que la Suprema Corte *de hecho* proyecta en realidad sobre la norma chiapaneca?

La intensidad no es la propia del escrutinio estricto. En el caso, la pregunta que el escrutinio estricto hubiera obligado a hacer es la siguiente: ¿cuál es el objetivo, constitucionalmente inescapable e imperioso, al servicio del cual está la existencia de una regulación patrimonial distinta para los matrimonios y para las parejas de hecho?, ¿cuál es, más en particular, el objetivo supremamente importante al servicio del cual la legislación de Chiapas se permite regular de manera distinta las consecuencias patrimoniales de la ruptura de los concubinatos y la de los matrimonios?, ¿cuál es el objetivo *imperioso* en servicio del cual la legislación civil contempla la concesión de una compensación económica en ciertas circunstancias, y no la existencia de una presunción de formación de régimen de comunidad de bienes, o la previsión explícita del reparto de todos los bienes? Como hemos visto, éstas eran, además, las preguntas precisas que la quejosa elevaba en sus agravios. La quejosa no controvertía que se tratara de dos instituciones

⁸ Véase *supra*, p. 238, 3er. pfo., y los §§54 y 55 del ADR 597/2014.

que podían tener sus diferencias: lo que controvertía es que exista esa particular diferencia consistente en que, cuando la convivencia de hecho se rompe, la persona que se ha dedicado preponderantemente a realizar trabajo no remunerado en beneficio de la unidad de convivencia no reciba la mitad de los bienes (sino sólo una compensación que se concreta en un derecho a solicitar la mitad de la vivienda, los enseres de hogar y el coche, exclusión hecha de cualesquiera otros).

La Corte provee, como vimos, una especie de doble respuesta, una de cuyas vertientes es más valiosa que la otra. Así, dice por un lado que es legítimo que existan diferencias regulatorias, destaca que las legislaciones estatales tratan la cuestión de modo muy distinto, y que no ve nada globalmente ofensivo en que sea así. Es evidente que lo que está afirmando la Corte ahí es que *es razonable* —que no es irrazonable en sí mismo, que es *adecuado*— que la regulación sea distinta. Lo cual no equivale, nótese, a dar un argumento que señale qué importantísimo imperativo constitucional queda honrado por el hecho de que esas regulaciones sean distintas —que es lo que exigiría la aplicación del escrutinio estricto—.

Después, con un argumento específico mucho más esclarecedor, afirma que sería irrazonable que la ley presumiera comunidad de bienes en el contexto del concubinato, porque ello representaría otorgarle consecuencias jurídicas sofisticadas que las personas que no se casan, por ese mismo hecho, expresan que no desean. Por su propia naturaleza —recordemos que la Corte apela a la “naturaleza del concubinato” como relación sin formalidades en varias ocasiones—, el concubinato es una relación a la que se entra sin formalidades, de manera que es razonable que igualmente se pueda salir de él sin muchas formalidades (lo cual, aclara correctamente la Corte, no equivale de todos modos a un derecho a salir sin que nada ocurra: no es un derecho a salirse sin ninguna consecuencia en absoluto).

Es claro que esta consideración se acerca más al tipo de razón que el escrutinio estricto reclama. Parece, en efecto, que algo se frustra cuando el derecho decide que pasarán cosas análogas a las que ocurren en un régimen marital en el que *una* no quiere estar —o al menos *sabe* que no está (con independencia de lo que realmente deseé) —. Pero entonces, eso es justamente lo que la sentencia debería argumentar, y en los términos más densos posibles. En lugar de apelar a “la naturaleza del concubinato”, la sentencia debería haber afirmado con todas sus letras que las diferencias en el régimen patrimonial están al servicio de la expectativa de poder modelar autónomamente nuestra vida, dentro de ciertos límites. Algo no muy lejano, yo diría, a lo que invocamos cuando hablamos del derecho al libre

desarrollo de la personalidad, que es un derecho que la jurisprudencia de la Corte, como es sabido, ha reconocido en distintas ocasiones.⁹ Al no existir en la sentencia una identificación directa de este interés o derecho —sino una especie de alusión perifrástica, mediante una referencia a la “naturaleza del concubinato” que no dice mucho, pues lo que la quejosa discute es qué naturaleza y qué consecuencias jurídicas deben adscribirsele, y si son compatibles con la Constitución—, su peso constitucional no queda debidamente destacado, como debería ocurrir en aplicación de un esquema de escrutinio estricto, en cuyo contexto se exige que la diferenciación legal pueda relacionarse con la necesidad de proteger un objetivo constitucional imperioso. Es cierto, como vimos, que en los preliminares del argumento, al referirse a la noción de estado civil, en el §46, la Corte habla de libertad personal, de libertad de conciencia y de autonomía, pero no recupera estas consideraciones en el momento en que hacen más falta: al iniciar el análisis de escrutinio estricto sobre la norma impugnada.

¿Es el no reconocimiento de la comunidad de bienes entre concubinos un medio *adecuado, necesario y estrictamente proporcional*, para preservar o alcanzar el objetivo de que el concubinato no se desnaturalice, para que no pierda el sentido general de mantener como opciones diferenciadas jurídicamente a las uniones de hecho y de derecho? Cuando se aplica a una norma o acción el escrutinio estricto, esos son puntos de análisis que deben ser abordados, una vez se ha superado la grada centrada en la identificación y evaluación del objetivo de la norma y su relevancia constitucional. Y en el caso de Chiapas, la Corte no les da una respuesta específica. Sólo señala, recordemos, que la no previsión de ciertas consecuencias económicas no es irrazonable; que es comprensible, que no se le puede reprochar al legislador. Que es, en otras palabras, *adecuado*. Hace un análisis medio-fin, si nos damos cuenta, propio del escrutinio simple. Lo que queda mostrado en la sentencia es que la no previsión de comunidad de bienes (y la previsión de una compensación acotada) tiene clara relación con el fin de (supongamos, porque, como hemos visto, la Corte no lo dice o identifica así con total claridad) permitirnos modelar con autonomía los grandes trazos de nuestra vida personal y familiar. Pero no queda argumentado que esa medida sea un medio *necesario* —*i. e.*, que no haya una alternativa menos gravosa en términos de derechos, igualmente capaz de preservar la distintividad de las uniones de hecho frente a las de derecho— y *estrictamente proporcional* —*i. e.*, que lo que se gana, no reconociendo a los concubinos, al finalizar la relación, un derecho

⁹ Véase el AD 6/2008, el ADR 917/2009, la CT 73/2013, el ADR 1819/2014, y por supuesto, el AR 237/2014.

al 50% de todos los bienes, supera claramente lo que se pierde, en términos de una serie de consideraciones de relevancia normativo-constitucional que la Corte hubiera debido identificar cuidadosamente—.

La Corte nos dice solamente, en conclusión, por qué no predicar o proyectar *ex lege* que la regla de la compartición de los bienes generados durante la convivencia *tiene sentido*. Pero no alcanza a dar argumentos que nos convenzan de que es *obligado* —necesario, imprescindible, cuidadosamente pensado y decidido— para mantener al concubinato como opción vital distinta, con todo y el costo de estar regulando el mundo mediante el uso de una categoría que, en principio, no debería ser relevante de cara al trato jurídico de las personas: el estado marital. Y no hay manera técnica, bajo el sistema de escrutinios, de declarar constitucional la norma, como lo hace la Corte, sin agotar antes todos los elementos de análisis que ellos obligan a recorrer, y sin embargo la Corte lo hace. La Corte nos muestra que existe una relación razonable entre las disposiciones del artículo impugnado y el objetivo de mantener como “menús” vitales distintos al matrimonio y al concubinato, pero, para fundamentar la declaración de validez que contiene la sentencia, hubiera sido necesario mostrar además que tales previsiones son estrictamente necesarias para ello, y cuidadosamente proporcionales.

2. *La evaluación judicial del legislador en el caso de Campeche*

En el caso de Campeche ocurre algo similar. En la sentencia (§§57-60, AI 8/2014), la Corte enuncia en abstracto, como vimos, una versión de lo que parece ser un esquema de escrutinio estricto de cuatro pasos, pero le sustrae una de las gradas (la de proporcionalidad en sentido estricto) y hace una yuxtaposición *sui generis* de lo que, en la versión alexiana del principio de proporcionalidad, serían los requisitos de “*idoneidad*” y “*necesidad*”. Así, recordemos que, según la Corte, el escrutinio estricto exige comprobar que la medida examinada tiene una finalidad con “un apoyo constitucional claro”—*i. e.*, que persigue el objetivo de “proteger un mandato constitucional” (§58)—, que la distinción legislativa esté “estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa”—sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada” (§59)—, y en tercer y último lugar, que “sea la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional” (§60).

La Corte se decanta entonces, en el caso de Campeche, por reconocer como paso analítico diferenciado la evaluación del *objetivo* al servicio del cual estaría la medida examinada y su grado de relevancia o importancia a

la luz de la Constitución, lo cual resulta característico de la tradición estadounidense de los escrutinios de intensidad diferenciada. Como es sabido, los *test* que hacen operativos los escrutinios en los Estados Unidos, donde se usan tanto para examinar si las limitaciones de los derechos fundamentales son legítimas, como, más específicamente, para determinar si una norma o acción es discriminatoria, no sólo examinan la fortaleza de la relación entre medios y fines, sino también la importancia relativa del fin o fines, a la luz de la Constitución. Así, el escrutinio estricto exige una finalidad imperiosa, y medios estrictamente diseñados para alcanzarla; el escrutinio intermedio exige un objetivo importante y medios sustancialmente relacionados con su consecución; y el escrutinio suave o *rational-basis* exige un objetivo constitucionalmente permitido, admisible, y medios de algún modo relacionados con su consecución.¹⁰

En cambio, el desarrollo teórico en torno al principio de proporcionalidad, popularizado inicialmente en Europa gracias a las cuidadosas teorizaciones de Robert Alexy y su escuela, y a la práctica de los tribunales constitucionales y de derechos humanos, no se detiene tanto en la importancia comparativa del objetivo de la norma o acción examinada, sino que se centra en la exploración cuidadosa de la relación que esa norma o acción guarda con ese objetivo, exigiendo adecuación (conexión instrumental entre ambos), necesidad (que no haya una alternativa menos gravosa que igualmente permite alcanzar ese fin), y proporcionalidad en sentido estricto (que la intensidad de la afectación en los derechos que quedan afectados quede compensada por la importancia de satisfacer o proteger los objetivos que se persiguen, lo cual requiere la entrada en juego de las herramientas analíticas de la ponderación).¹¹

¹⁰ Sobre la tradición americana de escrutinios véase, por ejemplo, Best, Paul *et al.*, *Processes of Constitutional Decision-Making Cases and Materials*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, caps. 6 y 7.

¹¹ La literatura especializada sobre el principio de proporcionalidad es inabordable. Algunas referencias útiles serían: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-19; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Clérigo, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Clérigo, Laura, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, *Isonomía*, núm. 37, octubre de 2012, pp. 113-145; Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010; Moreso, José Juan, *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, o Sieckmann, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis*.

Es claro entonces que la sentencia de Campeche usa un *test* híbrido: considera necesario calibrar expresamente la importancia del *objetivo* de la norma como primer paso, como en la tradición estadounidense, y después exige *idoneidad* en los términos del escrutinio intermedio en la misma tradición americana (medios sustancialmente relacionados), y *necesidad* al estilo alexiano o canadiense (que no existan alternativas mejores, que sea el medio menos restrictivo posible, *the least restrictive means*).¹² Y no incorpora, nótese, el paso de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Valga decir que este *test* usado en Campeche es el *test* que la Corte enunció, en términos idénticos —exigencia de objetivo constitucionalmente importante, medios estrechamente vinculados con su consecución, medida menos restrictiva posible para su consecución— en el importante AR 152/2013 (§§155-157), el caso donde se declaró inconstitucional la definición del matrimonio en la legislación de Oaxaca a instancias de personas que, sin querer necesariamente casarse, se sentían indignadas y violentadas por ella. Y en el AR 152/2013, para el caso de los dos primeros requisitos o gradas, se cita como apoyo un precedente de 2004 donde la Corte por primera vez ensayó una formulación del escrutinio estricto.¹³ En el precedente del 2004, sin embargo, la Corte incluía, además del objetivo constitucionalmente importante y de los medios sustancialmente relacionados, una tercera grada de proporcionalidad en sentido estricto, que en estas dos sentencias recientes se abandona y se sustituye por el requisito de la medida menos restrictiva posible (*the least restrictive means*).¹⁴ Habrá que estar atentos a los casos que vengan,

y crítica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014. Sobre la expansión mundial de la proporcionalidad como categoría analítica y argumental, más allá incluso del derecho constitucional de los derechos, véase Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, así como Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹² El *test* híbrido que esta sentencia mexicana presenta es entonces distinto, por ejemplo, al “*test* integrado de proporcionalidad” que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló famosamente en la sentencia C-093 del 2001, pues éste no prescinde de la “proporcionalidad en sentido estricto” en ninguna de las versiones del mismo, aunque gradúa la exigencia de lo que debe evaluarse en ese paso —el paso de la ponderación— para concluir si existe equilibrio entre lo que se gana y lo que se pierde.

¹³ Por un error, sin duda involuntario, en la sentencia se cita el AD 988/2004, bajo ponderancia del ministro Díaz Romero, pero en realidad se trata del ADR 988/2004, bajo la ponencia del ministro Cossío Díaz.

¹⁴ La enunciación de la proporcionalidad en sentido estricto, como parte del *test* de igualdad, la encontramos en la p. 20 del ADR 988/2004. Sobre la necesidad de calibrar con especial cuidado el equilibrio entre los distintos elementos que la proporcionalidad garantiza cuando se aplica escrutinio estricto, véanse las pp. 21-24 de esa misma sentencia.

para ver si el *test* híbrido se consolida, o si el requisito de proporcionalidad en sentido estricto hace una reaparición.

Pero de nuevo, más allá de las palabras y el modo en que la Corte enuncia las estructuras de análisis que considera preceptivas —lo cual es, en cualquier caso, de gran importancia para evaluar la consistencia de la jurisprudencia de la Corte— ¿qué se hace en el caso concreto?, ¿qué tipo de análisis despliega la Corte en el caso del artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche?, ¿estricto o suave?

En el caso de Campeche, la primera pregunta a elevar, bajo un esquema de escrutinio estricto, hubiera sido la siguiente: ¿cuál es el objetivo de relevancia constitucional imperiosa, al servicio del cual podría estar la negación a los convivientes civiles de la posibilidad de adoptar, y de otros importantes derechos relacionados con la crianza de los hijos? Y en ese extremo, la Corte no profundiza realmente. La Corte, como vimos, se limita a decir que no existe ningún tipo de relación entre las prohibiciones del artículo 19, y los objetivos de proteger el interés superior del menor y el mandato de protección igualitaria de todas las familias (§69), y que “la diferencia de trato introducida por la ley y no argumentada constitucionalmente debe ser expulsada del orden jurídico nacional por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación pues no supera la primera grada del escrutinio estricto” (§69).

Que no existe ningún tipo de relación entre las prohibiciones del artículo 19, LSCC, la protección de las familias y la protección del interés superior de los menores de edad es, en efecto, incontrovertible. El punto aquí es que, como ocurría en el amparo de Chiapas, la Corte tampoco elabora o desarrolla en esta ocasión la totalidad de puntos argumentales que el escrutinio estricto —según ella misma lo conceptualiza— obliga a considerar.

Así, la identificación de los posibles objetivos de una norma, como el artículo 19, LSCC, es demasiado rápida. La Corte toma como objetivos de la norma, sin mayor problematización, dos puntos que, curiosamente, coinciden con previsiones constitucionales que la Comisionada actora en el juicio estimaba aplicables: la protección del interés de los menores y la protección de la familia. Y es verdad que estos dos objetivos parecen contarse entre los objetivos que tiene la norma, y que son de los pocos que uno puede pensar que son compatibles con la Constitución. El punto es que la Corte no efectúa una verdadera reconstrucción argumental independiente de los fines u objetivos de la ley, ni un análisis de su compatibilidad —en realidad, de su importancia capital, como exige el escrutinio estricto— con la Constitución.

La reconstrucción del objetivo de una norma puede hacerse a varios niveles de generalidad: en este caso, por ejemplo, se puede intentar una

reconstrucción de la aparente finalidad de las prohibiciones del artículo 19 tomadas aisladamente, o en el contexto más amplio de una ley que el legislador presenta como aplicable a un abanico supuestamente más amplio que el de dos adultos que quieren vivir juntos porque se quieren (adultos mayores y personas que los atienden, etcétera). Que se expliciten cuidadosamente los objetivos del legislador es interesante también, porque permite identificar las fuentes de que se vale una Corte: qué es lo que revisa, qué peso concede a los factores ligados a los procesos parlamentarios (“intención”) frente al significado socialmente asignado a los términos, con independencia de las intenciones, etcétera. Además, como a lo largo de todo análisis de discriminación, es relevante registrar si una Corte traslada al legislador la carga de la argumentación —la carga de producir un argumento respecto de su finalidad y la compatibilidad de ésta con la Constitución— o si reconstruye de oficio los distintos elementos —como la Corte mexicana ha venido haciendo en los casos de discriminación hasta ahora—.¹⁵ Aunque es poco probable que se encontraran muchos fines legítimos distintos a los propósitos que la Corte, de modo esencialmente correcto, toma en cuenta en su análisis, se echa en falta una verdadera consideración explícita y pausada de estos extremos.

A diferencia de lo que ocurría en el amparo de Chiapas, sin embargo, en este caso la Corte sí puede interrumpir la argumentación una vez constatada la falta de relación instrumental detectable entre el fin de las normas y las prohibiciones del 19, pues si la norma no pasa el filtro de la adecuación, seguro no pasará el resto de las gradas de un escrutinio estricto, sobre las cuales, en efecto, puede parecer innecesario tener que profundizar.¹⁶

¹⁵ Véase en Pou Giménez, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”, *Discusiones*, núm. 16, 1, 2016, pp. 147-188; un análisis del ADR 992/2014, sobre un caso de discriminación por género y edad en el mercado laboral en el que la Corte —siguiendo pautas habituales en ella, pero no habituales en el derecho comparado— no invierte la carga de la prueba, en contraste por ejemplo con el proceder de la Corte Suprema argentina en el *caso Sisner*.

¹⁶ Desde la perspectiva de la discriminación por orientación sexual, dicho sea de paso —pues en este comentario nos centramos en los criterios sobre discriminación por estado marital—, la argumentación de la Corte también parece algo rápida. La Corte enfatiza el impacto disparatejo de la norma, pero una norma no es inconstitucional por el impacto disparatejo: una norma con impacto disparatejo monumental puede ser perfectamente constitucional. Así ocurre con muchas medidas de acción afirmativa, y en particular que se vehiculan mediante programas o políticas públicas que no utilizan expresamente una categoría asociada a un grupo tradicionalmente desventajado, pero que están diseñadas para tener un impacto disparatejo benéfico sobre ese grupo, a los efectos de ir construyendo paulatinamente un mundo con menos desigualdades estructurales. De modo que el impacto disparatejo del artículo 17, LSCCC, sobre las personas que tienen determinada orientación sexual no prueba que sea

No hay modo, a mi juicio —hay que ser muy claros— de que las prohibiciones del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Convivencia del Estado de Campeche superen un escrutinio de constitucionalidad, con la intensidad que le queramos dar. El punto a destacar aquí es que la argumentación de la Corte no se detiene a elaborar todos los elementos que exigen los estándares argumentativos que ella declara oficiales para el análisis del caso.

V. ¿QUÉ TIPO DE ESCRUTINIO DEBERÍA HABER DESPLEGADO?

Recapitulemos. Las sentencias que comentamos no desarrollan el escrutinio estricto que declaran preceptivo. En el caso de Chiapas, sobre las consecuencias económicas de romper una convivencia de hecho, se hace un escrutinio simple, con una identificación lacónica del “fin” sin el cual el análisis de la relación “medio-fin” no puede avanzar (preservar la naturaleza del concubinato como relación más informal que el matrimonio), y un somero examen de la adecuación de la norma a la luz de ese fin. Como este examen de adecuación queda superado, la Corte habría tenido que avanzar al análisis de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero que no se despliega. En el caso de Campeche, sobre el régimen de adopción aplicable a una determinada modalidad de convivencia de hecho, la Corte enuncia un *test* híbrido de escrutinio estricto que pide objetivo imperiosos, medios sustancialmente relacionados y necesarios, pero la identificación del objetivo del artículo 19, LSCC, por parte suya no deriva de una genuina “investigación independiente”, y el análisis se reduce a afirmar, de modo conciso, que no existe ninguna relación entre las dos previsiones constitucionales, que la actora identificaba como relevantes, y las prohibiciones del artículo impugnado, lo cual genera su invalidez. La Corte no desarrolla el análisis bajo los parámetros explícitos que esperamos en un escrutinio estricto, aunque da, brevemente, suficientes elementos para mostrar que no supera el más simple examen de adecuación medio-fin, lo cual permite deducir que, lógicamente, tampoco pasaría un escrutinio más estricto.

Se abren entonces, para nosotros, las siguientes preguntas: ¿el problema de estas sentencias es que no hacen (Chiapas), o no completan y explicitan (Campeche) el escrutinio estricto que anuncian?, ¿o el problema es que ese

discriminatoria: sólo da el punto de partida que hace necesario analizarla bajo el más estricto de los escrutinios. Y claro, desde la perspectiva de cualquier fin legítimo, la sobreinclusión de la norma, su innecesidad y su inmensa desproporcionalidad en sentido estricto son todavía más profundas y graves que lo que lo eran desde la perspectiva del estado marital.

análisis estricto no es apropiado en los casos que la Corte aborda, protagonizados por normas que pivotan en torno a la categoría del estado marital.⁷ Para aportar elementos que ayuden a pensar estas interrogantes, es necesario explorar qué es lo que nos interesa que quede reflejado —que no sea soslayado— en el análisis constitucional en torno a casos que tienen que ver con estado marital.

1. Conceder peso a todos los elementos que lo tienen

No hay modo de construir una opinión sobre los interrogantes enunciados, sin partir, en primer lugar, de una evaluación de los patrones, prácticas y significados históricos asociados en México a estar casado, soltero, en unión de hecho, ligado por cierto tipo de matrimonio, separado, divorciado, etcétera. Y un primer extremo a ponderar es si estos significados y prácticas son o no, a grandes rasgos, asimilables en todos los ámbitos o si hay patrones diferenciados relevantes. Existen prácticas discriminatorias asociadas a rasgos, como la orientación sexual o el color de piel, que generan efectos del mismo signo —desventajas, exclusiones, estereotipos dañinos— en todos los ámbitos, y respecto de los cuales, por tanto, la actitud de sospecha asociada al escrutinio estricto sería siempre apropiada. Entonces, una pregunta que vale la pena formular, es si los patrones sociales asociados el estado marital de las personas tienden a ser así de homogéneos.

En el ámbito laboral, por ejemplo, ser casado, soltero, divorciado, conviviente de hecho, madre soltera, etcétera, parece, en efecto, haber sido bastante relevante, y haber estado en el centro de una amplia panoplia de prácticas sesgadas, a veces en favor de unos, a veces a favor de otros, y casi siempre distintas según el género del protagonista (*i. e.*, hombre casado *vs.* mujer casada, madre soltera *vs.* padre soltero, mujer divorciada *vs.* hombre divorciado). Lo mismo parece haber ocurrido en el ámbito educativo, donde, como es sabido, muchas escuelas privadas tenían/tienen la rutina de solicitar una partida de matrimonio en las entrevistas de ingreso, asumiéndose, en términos generales, que las madres (o padres) solteros y las parejas no casadas tienen menos chances de hacerse con alguna de las muy solicitadas plazas disponibles. En otros ámbitos, en cambio —pensemos, no sé, en el ámbito de la protección al consumidor o la atención sanitaria— quizás no hay traza histórica de patrones suficientemente diferenciados por estado civil, que ameriten encarar estos casos con sospechas *prima facie*.

En los Estados Unidos, la protección que la legislación ofrece frente a discriminaciones por estado civil varía mucho según el ámbito de relaciones

humanas en que nos encontramos. Las diferenciaciones entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio es el único rasgo relacionado con el estado civil reconocido como protegido bajo la cláusula federal de igual protección, y sólo mediante escrutinio intermedio —es claro que en muchos otros lados la protección es mayor—.¹⁷ Del estado marital, se ocupan normas de jerarquía legal. Pero a nivel de legislación federal, como han señalado varias autoras, la protección es muy limitada; la *Civil Rights Act* no incluye al estado marital entre las bases prohibidas de discriminación, aunque existe legislación que prohíbe la discriminación en el acceso a la vivienda y en la concesión de créditos.¹⁸ Estos análisis denuncian que la discriminación a las parejas que conviven sin casarse tiene una dimensión o gravedad social que no se compadece con el escaso nivel de protección legal y constitucional de que gozan, ni con la marginación del tema del debate público, que se ha acentuado a medida que se ha ampliado el reconocimiento del matrimonio igualitario, pues dado que parte de las personas que antes denunciaban el déficit de protección legal a la convivencia de hecho, ahora tienen, afortunadamente, la oportunidad de casarse; las instancias de protesta por trato inequitativo a relaciones no maritales —que persiste en prácticamente los mismos términos— han tendido a disminuir.¹⁹

A nivel estatal, cuenta Courtney Joslin, casi la mitad de los Estados dan alguna protección frente discriminaciones por estado marital, pero exclusivamente en el ámbito laboral y en el acceso a la vivienda.²⁰ Además, típicamente estas cláusulas han sido interpretadas por los tribunales de manera restrictivísima. Por ejemplo, en el sentido de entender que la ley prohíbe que las personas en lo individual sufran maltrato exclusivamente por su estatus

¹⁷ *Lalli vs. Lalli*, 439 U. S. 259 (1978), p. 265; *Pickett vs. Brown*, 462 U. S. 1 (1983), p. 8. Véase en Maldonado, Solangel, “Illegitimate Harm: Law, Stigma, and Discrimination against Non-marital Children”, *Florida Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 345-394, un recuento detallado de toda la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense sobre el tema, y un argumento que señala que, contra la extendida opinión de que las diferencias de trato legal entre hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio han desaparecido, los segundos continúan enfrentando desventajas en el ámbito de la sucesión *ab intestato*, la adquisición de nacionalidad y el apoyo financiero.

¹⁸ Joslin, Courtney G., “Marital Status Discrimination 2.0”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015, pp. 810-812.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 819-820.

²⁰ *Ibidem*, p. 808, con citas internas a Porter, Nicole Bouonocuore, “Marital status discrimination: A Proposal for Title VII Protection”, *Wayne Law Review*, vol. 46, 2000, pp. 1-48; Kohm, Lynne Marie, “Does Marriage Make Good Business? Examining the Notion of Employer Endorsement of Marriage”, *Whittier Law Review*, vol. 25, 1994, p. 563, y Sonne, James A., “Love Doesn’t Pay: The Fiction of Marriage Rights in the Workplace”, *University of Richmond Law Review*, vol. 40, 2006, pp. 867-947.

marital, pero no por sus *relaciones* maritales, lo cual ha llevado a estos tribunales a no objetar el comportamiento de quienes se niegan a alquilar sus inmuebles a parejas de hecho, o a no poner obstáculos a las muy frecuentes normas antinepotismo que aplican las empresas y algunas oficinas públicas, a pesar de que suelen tener un impacto tremadamente disparejo en términos de género.²¹

En Canadá, en cambio, la Suprema Corte reconoció en *Miron vs. Trudel* (1995) al estado marital como un “criterio análogo de discriminación” en el contexto del artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, lo cual establece una sólida base general de protección en cualquier ámbito. En esta importante sentencia, la Corte declaró discriminatorio que los seguros de vehículos automotores no protegieran por igual a las parejas de hecho y a las casadas. La Corte sostuvo que el estado marital debe considerarse un “criterio análogo” (categoría sospechosa), porque las diferenciaciones sobre esa base afectan la valía y dignidad esencial de las personas, del mismo modo que lo hacen las basadas en los criterios mencionados por la Constitución; porque el estado marital posee características que están presentes en esos criterios enumerados, como el constituir un grupo históricamente desventajado, aunque la desventaja haya disminuido en alguna medida en los años recientes, o como la inmutabilidad, aunque sea en forma algo atenuada, porque, aunque en teoría las personas son libres de casarse o no hacerlo, la realidad puede ir por otro lado; y porque los riesgos de regulación basada en estereotipos de grupo está igualmente presente (§§150-156). Establecida una discriminación *prima facie* en el caso, la Corte estimó que el gobierno no había satisfecho la carga de probar que la norma no afectaba el derecho más de lo estrictamente necesario para preservar el objetivo funcional de la regulación de los seguros en ese punto, que es proteger a las familias cuando alguno de sus miembros tiene un accidente de coche (§§167-171). Y en su voto concurrente, Claire L'Hereux-Dubé pone énfasis en la desaprobación y marginalización social que las parejas de hecho han sufrido, señala el error de ver al matrimonio como una simple cuestión “contractual”, y apunta que en un número significativo de parejas un miembro quiere estar en una relación de permanencia e interdependencia públicamente recono-

²¹ *Ibidem*, pp. 810-812. Como señala esta autora, la ley de Connecticut contra discriminaciones por estado marital en el acceso a la vivienda dice, por ejemplo, que la prohibición “no debe ser entendida como una prohibición de negar vivienda a un hombre o una mujer que no están vinculados por vínculos de sangre ni casados el uno con el otro”. Sobre el impacto disparejo por género de las reglas antinepotismo (la que acaba renunciando a trabajar en la empresa o universidad, en la que no pueden trabajar los dos, es prácticamente siempre la mujer), véase Porter, *op. cit.*, pp. 9-15.

cida y el otro no, y que es en atención a estos desbalances de poder que los jueces y los legisladores están dando un grado creciente de reconocimiento a los vínculos no maritales, sobre todo cuando ciertos tipos de intereses están en juego (§§91-103).

Con posterioridad, sin embargo, la Corte canadiense ha considerado no discriminatorio, por ejemplo, que la Ley de Propiedad Matrimonial de Nueva Escocia no incluya dentro de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho, con el resultado de no ser aplicable a su caso la presunción de división a partes iguales del patrimonio familiar en el momento de un ruptura (*Nova Scotia vs. Walsh*, 2002), o que la seguridad social no reconozca derecho a cobrar una pensión a la expareja de hecho de una persona porque al momento de la muerte de ésta no convivían (condición no aplicable al caso de las parejas casadas) (*Hodge vs. Canada*, 2004). En los dos casos, la Corte argumentó que la afectación inicial al derecho a no ser discriminado por un motivo análogo a los enumerados, quedaba justificada en términos de la “cláusula de limitación” del artículo 1o., que sujeta a los derechos “exclusivamente a aquellos límites razonables previstos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática”. En *Walsh*, la Corte señaló que la norma impugnada no establecía diferencias entre los “grupos en comparación”, que personas no casadas razonables considerarían ofensivas a su dignidad humana, que la existencia de similitudes funcionales no reflejaba el rango total de características de las parejas de hecho, y que, aunque tribunales y legisladores hubieran reconocido su desventaja histórica, ante legislaciones que tienen por efecto cambiar radicalmente las obligaciones jurídicas de las partes, la elección personal debía ser determinante. Aunque la libertad de elegir sea a veces ilusoria, dijo la Corte, extender obligadamente ciertas reglas sobre la propiedad en la pareja haría nugatoria una libertad de escoger entre formas de vinculación familiar alternativas que el Estado debe respetar.²² Y en *Hodge*, la Corte dijo que, aunque la peticionaria

²² §§34-43, 53-54. Claire L'Hereux-Dubé escribió un enérgico voto particular donde destaca las razones por las cuales la diferenciación de régímenes sí afecta la dignidad de las parejas de hecho, y sostiene que la Ley de Propiedad Matrimonial no tiene nada que ver con la elección individual: “The MPA has nothing to do with choice or consensus, and everything to do with recognizing the need of spouses at the end of the relationship. Initial intentions are, after all, of little consequence. People are often unaware of their legal rights and obligations and do not organize their personal lives in a manner to achieve specific legal consequences. Matrimonial property legislation imposes a wealth distribution regime on marriage dissolution without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship, not on some pre-conceived consensus. Furthermore, many heterosexual unmarried cohabitants *cohabit* not *ut ut* of choice but of necessity. For *many choice* is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose

pedía ser tratada como los cónyuges (casados, pero) separados, su situación era en realidad análoga a los cónyuges divorciados, que no tienen derecho a pensión, motivo por el cual tampoco había base para pensar que debería tenerla ella, que ya no era pareja de la persona al momento de fallecer ésta. En ninguno de los dos casos, la Corte entra propiamente al análisis de medios y fines, porque considera que el trato desigual no constituye una afectación *prima facie* a la igualdad de suficiente entidad, para entrar a la aplicación del escrutinio estricto.²³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que poder hacer una regulación diferenciada de las uniones matrimoniales y de hecho, cae en general dentro del margen de apreciación estatal, aunque puede haber diferenciaciones particulares que sean ilegítimas, y en una ocasión condenó a España por denegar una pensión de viudedad a una persona casada por el rito matrimonial gitano (*Muñoz Díaz c. España*, 2009). Con todo, como destaca Cristina Berenguer, en *Muñoz* resultó determinante que el Tribunal estimara que en el caso había algo más que una mera convivencia *more uxorio*: el Tribunal equiparó el matrimonio gitano a los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes, no a las uniones de hecho, articulando así el fallo con su doctrina acerca de la discriminación por “indiferenciación” —la que se da cuando, sin justificación objetiva razonable, los Estados no tratan de manera distinta los casos sensiblemente distintos que merecen ese trato distinto—.²⁴ Porque de otro modo, el Tribunal ha permitido consistentemente a los Estados en otros casos regular de modo distinto los dos tipos de uniones. En el *caso Serife Yiğit c. Turquía* (2009), por ejemplo, no condenó a Turquía cuando sus tribunales no reconocieron esa pensión a una persona casada por matrimonio religioso sin reconocimiento civil, y señaló que la diferencia de trato entre personas casadas civilmente y las vinculadas por matrimonios no reconocidos perseguía un fin legítimo y

to avoid certain consequences creates a situation of exploitation” (tomado de la síntesis oficial, p. 4; R. C. S. [2000], p. 331). La norma, por lo tanto, operaba a su juicio una afectación clara al derecho a no ser discriminado del artículo 15, que no quedaba además justificado bajo las estrictas condiciones impuestas por la cláusula general de limitación del artículo 1o.

²³ §§40-49. Esto es, no considera satisfechas las condiciones para poder hablar de una violación al artículo 1o., de modo que no hay lugar para proyectar el escrutinio del artículo 1o., que en Canadá permite (en cuanto autoriza limitaciones de derecho necesarias en una sociedad democrática) que el gobierno mantenga ciertas medidas *prima facie* dañinas, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación.

²⁴ Berenguer Albaladejo, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, especialmente pp. 130, 136 y 137.

tenía una justificación objetiva y razonable.²⁵ Con todo, se trata de criterios que vienen acompañados casi siempre de votos disidentes, que consideran obligada la equiparación (en ciertos ámbitos), y por supuesto, existen a nivel estatal tratamientos a menudo mucho más favorables.²⁶

El somero recorrido por estos casos llama la atención, me parece, sobre varios aspectos: primero, la mirada comparada parece sugerir un patrón de protecciones diferenciadas según el ámbito social de que se trate y según el tipo de interés en juego. Así, llama la atención la preocupación por proteger a las personas de discriminación por estado marital en el ámbito laboral —a buen seguro no desconectada de la voluntad de evitar discriminaciones por género y otras conexas que suelen retroalimentarse en ese particular ámbito— y también una tendencia a la equiparación en la recepción de beneficios o prestaciones públicas o privadas que responden a necesidades de protección presentes de manera casi idéntica en las parejas casadas y no casadas. Y segundo, existe un ámbito particular en el que parece existir mayor convergencia en *no* equiparar, y que consiste precisamente en la regulación de aspectos básicos internos de la unidad de convivencia, y en particular, el régimen patrimonial que se aplica a los bienes generados cuando existe conflicto. La Corte canadiense habla en ese caso de los proyectos de vida, como vimos, y la misma Corte mexicana menciona (así sea muy rápido, §46) que estamos en un terreno donde la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento —y, podemos añadir nosotros, el libre desarrollo de la personalidad— están en juego. Mientras no lleguemos a la conclusión de que la diversidad de opciones en este ámbito vital es innecesaria o incluso ilegítima, la evaluación de las diferencias específicas entre diferentes regulaciones debe tomar en consideración también (aunque no exclusivamente) su impacto en el mantenimiento de esta oferta plural de “menús”.

2. *Evaluar las ventajas e inconvenientes de los distintos marcos analíticos*

Como sea, puede sostenerse que poder detectar intuitivamente una variación potencialmente mayor en los patrones y reacciones sociales asociadas al estatus marital, o el hecho de reconocer que ciertos rasgos regulato-

²⁵ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

²⁶ *Ibidem*, pp. 128 y 129. Como consigna esta autora, en España, tras una reforma hecha en 2007, el artículo 174 de la Ley General de Seguridad Social equipara al cónyuge supérstite el miembro supérstite de una pareja de hecho a los efectos de recibir la pensión de viudedad, siempre que se cumplan ciertos requisitos (*ibidem*, p. 117).

rios pueden estar conectados al valor general de tener opciones, dentro del derecho, a la hora de vincularnos con otros con vocación de permanencia, no hace en sí mismo inadecuado el escrutinio estricto.

Como sea, puede sostenerse que el hecho de poder detectar intuitivamente una variabilidad potencialmente mayor en los patrones y reacciones sociales asociadas al estatus marital, o el hecho de reconocer que ciertos rasgos regulatorios pueden estar conectados al valor general de tener opciones, dentro del derecho, para pensar cómo queremos vincularnos con otros con vocación de permanencia, no hace en sí mismo inadecuado el escrutinio estricto.

Existen, a mi entender, dos grandes opciones. La primera es desarrollar una teoría basada en la idea de no aplicar siempre escrutinio estricto, sino sólo cuando concurra algún factor que se superponga o adicione al uso del criterio del estado marital. Por ejemplo, la existencia de un efecto paralelo nocivo en términos de otros criterios prohibidos de discriminación —como ocurre en el caso de Campeche, donde el impacto disparejo que las prohibiciones del artículo 19 tienen para las parejas del mismo sexo haría el escrutinio estricto obligado, incluso si no estuviéramos ante una norma relacionada con estados maritales—. O que la práctica o norma bajo análisis se sitúe en un subámbito en el que estén sobradamente documentadas prácticas sociales con consecuencias dañinas relacionadas con estado marital —como en el caso mencionado de las admisiones escolares, o en ciertos ámbitos laborales, donde estar soltero, o casado, u otra cosa, se penaliza—. O que la norma o actuación sea explícitamente limitativa o negadora de oportunidades y derechos, como ocurre claramente con el artículo 19, LSCC, de Campeche, en contraste, por cierto, con el artículo que estaba en cuestión en el caso de Chiapas; la idea sería aquí que, con independencia de otros factores, hay *ex ante* más motivos para mirar con sospecha una norma que impone límites respecto de cuestiones que son extremadamente importantes para todo el mundo, como el cuidado de los hijos, o el régimen de custodia y patria potestad, que una norma que no recorta oportunidades o que las amplía. La Corte pareció moverse en esta línea cuando resolvió la acción de inconstitucionalidad 2/2010, contra las normas que aprobaron el matrimonio igualitario en el Distrito Federal. En esa ocasión, la Corte sostuvo que no procedía aplicar escrutinio estricto, sino un análisis de mera razonabilidad a la nueva redacción del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, porque era una norma que ampliaba, no restringía derechos.²⁷

²⁷ Este razonamiento está sintetizado en la tesis aislada P. XXIV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 873. que dice así:

La segunda opción es mantener la doctrina del escrutinio estricto automático, siempre que una norma o práctica se asiente —directamente o por sus efectos— en la categoría de estado marital, pero en el entendido de que, en el transcurso de su aplicación, muchas veces nos encontraremos con ese “objetivo constitucionalmente imperioso” exigido por la primera grada del *test*, que será la garantía de la autonomía y del derecho a modelar ciertos aspectos importantes de la vida íntima, sin que el Estado nos ponga enfrente insuperables dificultades, objetivo a la luz del cual deberá examinarse la factura y la proporcionalidad de la medida que se apoye en la categoría del estado civil.

Es difícil, *ex ante*, sin haber cosechado las enseñanzas de repetidas instancias de “equilibrio reflexivo”, que pongan en relación las aparentes ventajas e inconvenientes de estas dos opciones analíticas pensadas en abstracto, con nuestras instituciones respecto de la resolución de casos concretos, pensar qué es lo más conveniente para el derecho constitucional mexicano. En favor de no aplicar automáticamente escrutinio estricto, está siempre la idea de que, cuando realmente se aplica, hay pocas normas cuya factura tenga la perfección necesaria para superar las estrictísimas condiciones que el mismo impone a la labor de los poderes públicos. En particular, el requisito de que no exista una alternativa mejor: que se trata del medio menos restrictivo posible de todos los imaginables. No es extraño que la Corte canadiense, en los casos en que declara válidas las diferencias entre parejas de hecho y las formalizadas, se esfuerce por mostrar por qué motivos las categorías del derecho antidiscriminatorio canadiense bloquean la presentación

“Matrimonio entre personas del mismo sexo. Al tratarse de una medida legislativa que redefine una institución civil, su constitucionalidad debe verificarse exclusivamente bajo un parámetro de razonabilidad de la norma (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009. Al redefinir el matrimonio como la ‘unión libre de dos personas’ la citada reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal tuvo como objetivo modificar dicho concepto, a efecto de extenderlo a parejas del mismo sexo, por lo que se trata de una medida legislativa que no restringe o limita un derecho sino que, por el contrario, busca equiparar u homologar las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales, razón por la cual, en el caso, el control constitucional se inscribe no bajo un análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad para determinar la pertinencia de un trato diferenciado y la violación o no a los principios de igualdad y no discriminación, caso en que la medida legislativa debe examinarse bajo un escrutinio estricto, sino sólo en un análisis de razonabilidad que permita verificar: a) Si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente”.

del caso como un verdadero caso de presunta discriminación por estado marital: de quedar establecido eso, sería necesario mostrar bajo el artículo 1o. que se trata de la medida menos restrictiva posible, y la Corte sabe que eso no es fácil.

El escrutinio estricto es un arma poderosísima que permite a los jueces desbaratar con enorme facilidad los desarrollos del legislador. Si no se toma a la ligera, conviene pensar con cuidado para qué tipo de acción estatal y para qué tipo de circunstancias hay que reservarlo. En México, una aplicación automática del escrutinio estricto podría además ahogar los potenciales efectos benéficos de la diversidad legislativa asociada a nuestro sistema federal. Aunque es común pensar que en estos días los jueces nos defienden con los derechos frente a legisladores estatales retrógrados, puede ocurrir que legislaciones innovadoras, globalmente buenas desde la perspectiva de los derechos, no reúnan las condiciones de perfecta factura que permiten superar el escrutinio estricto.

En favor de aplicar, en automático, escrutinio estricto a cualquier caso relacionado con estado marital están, sin embargo, los alarmantes grados de desigualdades de todo tipo que imperan en nuestro país y casi todas las razones que menciona L'Hereux-Dubé, en las discusiones canadienses sobre el tema, cuando señala que pensar el campo como un espacio de patrones de decisiones autónomas es imposible. México es un país con un muy mejorable índice de brecha de género,²⁸ donde el ámbito relacionado con estado marital sigue siendo pasto de todo tipo de estereotipos, y donde la no formalización de vínculos profundiza la expropiación económica de las mujeres. Con el dato adicional de que, según los datos del INEGI (véase el apéndice),²⁹ cada vez hay más uniones de hecho, y hay muchas más mujeres que hombres entre los que declaran estar separados o divorciados —un impacto disparejo siempre relevante—. En el caso de Chiapas, al estar ante una norma sobre estado civil que es a la vez una norma sobre qué ocurre, en ciertas coyunturas, con las personas que trabajan para los demás sin remuneración, en un país que, en ese particular ámbito, como en muchos otros,

²⁸ México ocupa el lugar 71 de 145 países en el Índice de Brecha de Género Global de 2015, con 0.699 (donde 0 significa inequidad y 1 equidad). Países como Nicaragua, Bolivia, Cuba, Argentina, Costa Rica, Colombia, Panamá, Trinidad y Tobago, El Salvador o Guyana tienen más equidad. El Índice mide la equidad sobre la base de cuatro aspectos: participación y oportunidad económica (1), logros de escolaridad (2), salud y esperanza de vida (3), y empoderamiento político (4). El subíndice mexicano en participación y oportunidad económica es 126 (0.545). Véase <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2015/rankings/> [visitado por última vez el 14 de marzo de 2016].

²⁹ Agradezco a Samuel González Cataño su impecable asistencia en la búsqueda de estos datos y la elaboración de los gráficos.

sigue siendo un parque temático del machismo, parece haber elementos suficientes para apoyar la aplicación de un escrutinio que nos obligaría a dar muchísimas vueltas a normas con enorme impacto en la estructura social.

¿Hubiera superado el escrutinio estricto la norma de Chiapas? Quizá sí. Se hubiera podido apelar al libre desarrollo de la personalidad —libertad personal, dignidad y libertad de pensamiento, dice la Corte en la sentencia de Chiapas— como fin constitucionalmente importante servido por una norma que mantiene una diferencia clara y relevante en las expectativas respecto de las repercusiones económicas de vincularnos con otros de uno u otro modo. Se hubiera podido argumentar además, aunque ciertamente no es un argumento que pueda hacerse de modo atropellado, que es una diferenciación *necesaria* para conservar la distintividad de las dos opciones vitales —dado que muchas otras diferencias tradicionales entre las instituciones *no* son legítimas, y dado que no hemos llegado todavía a la conclusión global de que tener más de una opción en este campo ha dejado de ser importante—. Y a la vista de que la norma prevé un derecho a ver reconocida la mitad de ciertos bienes importantes (la vivienda entre ellos), podría argumentarse que se preocupa por la proporcionalidad en sentido estricto, pues se esfuerza por que la incidencia en los intereses o bienes que quedan afectados no vaya más allá de lo necesario, no tenga un efecto disparejo en términos de género (dada la estructura social y el reparto injusto de las tareas no remuneradas en su seno), y no tenga otro tipo de efectos abusivos.³⁰

¿Supone todo esto someterla a dificultades desproporcionadas, dado que es una norma que *amplía* los derechos tradicionales de las concubinas, *i. e.*, dado que hay argumentos para decir que es una norma *benéfica*? La verdad es que la problemática experiencia estadounidense en torno a la aplicación de escrutinio estricto a programas y acciones que intentan combatir las discriminaciones estructurales deja muchas enseñanzas, y como apuntaba anteriormente, está siempre la opción de concentrarnos en ir construyendo del mejor modo posible “conceptos-compuerta” que marcarán la entrada en juego de un aparato analítico *prima facie* más deferente o *prima facie* menos amigable para el legislador. En el caso de Chiapas, es extraño que el análisis constitucional no haga siquiera referencia a que, con todo y lo poco que le gusta a la quejosa la norma del artículo 287 ter, la verdad es que ésta

³⁰ Esto si, como señalé al principio del artículo, se la toma haciendo caso omiso de las condiciones a las que el artículo 397 subordina el nacimiento del derecho a recibir la compensación. Con esa condición, la norma de Chiapas no parece mal equipada para pasar un escrutinio judicial estricto, y asegurarnos de que este tipo de escrutinio se aplica en general, lo cual indudablemente forzará al resto de legisladores con competencia en materia familiar a ser constitucionalmente cuidadosos.

no es una norma “antigua”, sino una norma sensible a los fenómenos de desequilibrio de poderes, que intenta decir algo nuevo en este terreno. En cualquier caso, el debate jurídico en torno a si este tipo de normas son o no benéficas, como paso previo a determinar cómo vamos a encarar el análisis de su factura legal, puede ser tan interesante y dar lugar a tantos puntos finos —o más— que el que se desarrolla dentro de las cuatro paredes de los *test* de escrutinio.

En el caso de Campeche, en cambio, no tenemos dudas. La adopción y otros derechos relacionados con la crianza de los hijos son importantes en cualquier configuración familiar. Son importantes para las personas solteras, casadas, en unión de hecho, en convivencia civil... lo son para cualquier persona. Uno puede argumentar que cualquier norma que toque de modo importante este tema —que es más relevante para las personas que el de la propiedad— debe ser mirado con sospecha, sólo por ese motivo. Si, además, el legislador restringe derechos en la materia, en lugar de regularlos o de ampliarlos, y si además ello se da en el contexto de unidades familiares que el derecho, por así decir, no toma de la realidad pre-existente sino que “fabrica” o “produce” artificialmente, con la idea de que sean distintas al matrimonio, en un contexto en el que el acceso a esa figura ha sido utilizada por el Estado para decantar diferencias de “legitimidad” entre clases de personas y vínculos sociales, las razones que justifican el ejercicio de escrutinio estricto se multiplican.

Y bajo ese parámetro, la norma legislativa de Campeche enfrentará, con toda justicia, muchas dificultades, tanto en el plano de la identificación y justificación de sus objetivos —incluso si el legislador argumenta que la regulación está destinada a cubrir necesidades importantes, tanto de convivientes que son pareja sentimental como de convivientes que no lo son— como desde la perspectiva de la evaluación de los medios, que con toda seguridad se concluirá que son “sobreinclusivos”, pues aunque pueda tener sentido hacer reglas sobre custodia, distintas a las habituales para los casos de convivientes de mucha edad, por ejemplo, asociados con personas que cuidan de ellos, la norma desafortunadamente se aplica también a uniones familiares en cuyo contexto esas reglas deben ser idénticas a las que aplican a personas casadas o unidas en uniones de hecho tradicionales.

VI. CONCLUSIÓN

El objetivo central de este artículo ha sido tomar en serio dos sentencias recientes importantes de la Suprema Corte mexicana, y hacer una contribu-

ción a su análisis y evaluación detallados. El objetivo no era en esta ocasión proponer criterios sustantivos acerca del mejor modo de enfrentar un tipo de discriminación que inunda importantes ámbitos de nuestra vida colectiva —las discriminaciones por estado marital—, sino mostrar con qué tipo de instrumentos nuestra Corte los está enfrentando, explorar sus contornos, señalar algunas de sus ventajas e inconvenientes, para ayudar a pulirlos y a hacerlos más poderosos con el tiempo.

En estos años recientes, era crucial que la Corte se centrara en “decidir bien” —validar o invalidar lo que lo merece— un buen número de casos en materia de derechos, para generar dinámicas de cambio públicamente perceptibles, en consonancia con las reformas en materia de derechos y con la necesidad de empezar a saldar deudas históricas. Y las dos sentencias que comentamos deciden esencialmente bien, en cuanto al “resultado de fondo”. Pero en los años que siguen, será importante ir refinando paulatinamente los argumentos. Y algo que sugiere el análisis que hemos desarrollado hoy es que la judicialización efectiva de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1o. exigirá elaborar más puntos de los que por el momento quedan elaborados en las decisiones de la Corte.

Habrá que pensar, por ejemplo, si vale la pena seguir con la idea de que todos los criterios enumerados en el artículo 1o. —“el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”— son siempre igual, o suficientemente, sospechosos con el fin de escoger la intensidad del escrutinio. Habrá que pensar, por ejemplo, cómo evitar que un abuso del escrutinio estricto acabe banalizándolo e inutilizándolo para la transformación social real —o abra una escabechina judicial excesiva—, o cómo ir construyendo, alternativamente, una teoría que identifique elementos relevantes para decidir cuándo debe entrar en juego y cuándo no. Habrá que pensar también, aunque en este artículo no he profundizado en este punto, si nos gusta la estructura analítica que aquí he llamado “nuestra versión de *test* híbrido”, o si queremos cambiarlo por otro. Y habrá que pensar qué partes del derecho antidiscriminatorio no se trabajarán mediante *test* de proporcionalidad, y en qué momento se trabajarán piezas complementarias tan importantes como los repartos de cargas de la argumentación.

El objetivo debe consistir en ir construyendo un aparato de análisis que sea capaz de dar peso y de insertar dentro de la argumentación de la Corte más elementos de contexto social, político y cultural que los que hasta ahora se han venido tomando en cuenta. Aunque en los dos casos analizados hoy,

su ausencia no crea problemas insuperables, vendrán casos más complejos, y la Corte los enfrentará mejor cuanto más haya avanzado en el camino de completar las piezas que faltan.

VII. APÉNDICE

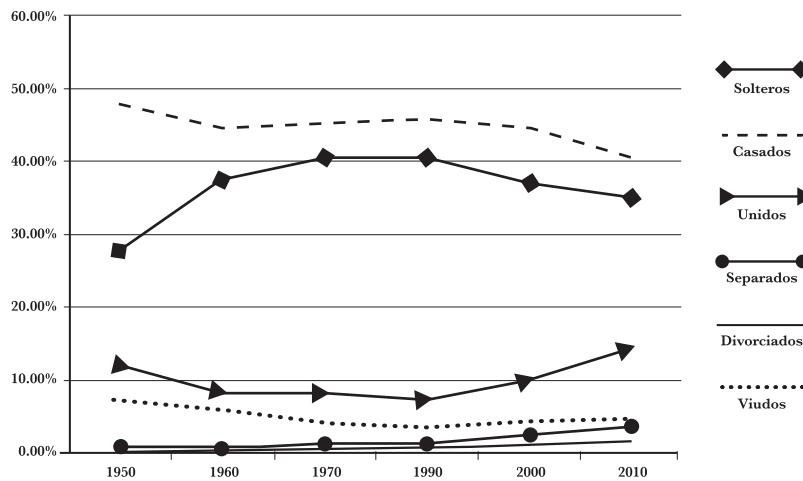
TABLA 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN
POR SEXO Y ESTADO CONYUGAL (1950-2010)

Estado conyugal	1950	1960	1970	1990	2000	2010
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Solteros	27.85%	37.54%	40.45%	40.58%	37.07%	35.15%
Casados	47.76%	44.63%	45.39%	45.76%	44.50%	40.53%
Unidos	11.92%	8.40%	8.17%	7.38%	10.26%	14.40%
Separados	ND	ND	1.37%	1.22%	2.60%	3.75%
Divorciados	0.45%	0.54%	0.46%	0.73%	0.99%	1.47%
Viudos	7.37%	6.00%	4.16%	3.64%	4.32%	4.40%
Hombres	46.21%	49.24%	49.25%	48.44%	48.06%	48.22%
Solteros	13.74%	20.12%	21.77%	21.02%	19.12%	18.20%
Casados	23.40%	22.08%	22.19%	22.32%	21.91%	20.10%
Unidos	5.65%	3.99%	3.91%	3.51%	5.00%	7.12%
Separados	ND	ND	0.35%	0.29%	0.68%	1.14%
Divorciados	0.13%	0.17%	0.15%	0.20%	0.30%	0.51%
Viudos	1.66%	1.45%	0.88%	0.74%	0.91%	0.96%
Mujeres	53.79%	50.76%	50.75%	51.56%	51.94%	51.78%
Solteras	14.11%	17.41%	18.68%	19.56%	17.95%	16.95%
Casadas	24.36%	22.55%	23.20%	23.44%	22.59%	20.43%
Unidas	6.27%	4.41%	4.26%	3.87%	5.26%	7.28%
Separadas	ND	ND	1.02%	0.93%	1.92%	2.60%
Divorciadas	0.32%	0.37%	0.31%	0.53%	0.69%	0.96%
Viudas	5.70%	4.55%	3.28%	2.90%	3.42%	3.43%

ND: Información no disponible.

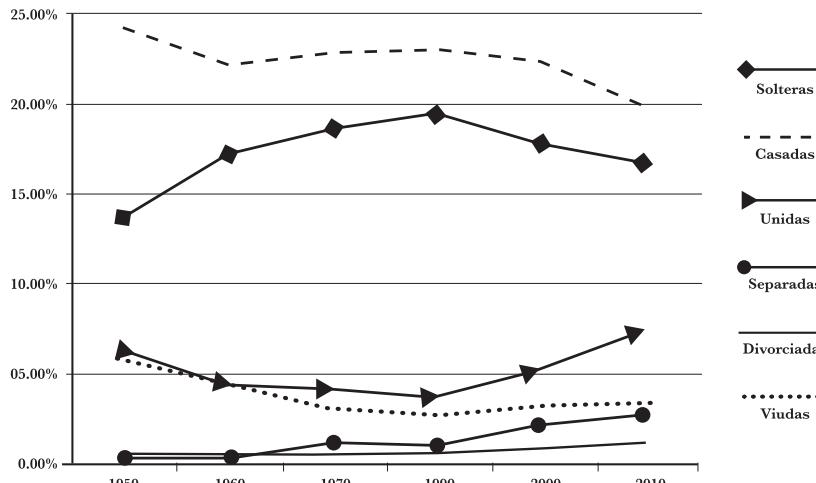
FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 1
ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACIÓN EN MÉXICO (1950-2010)



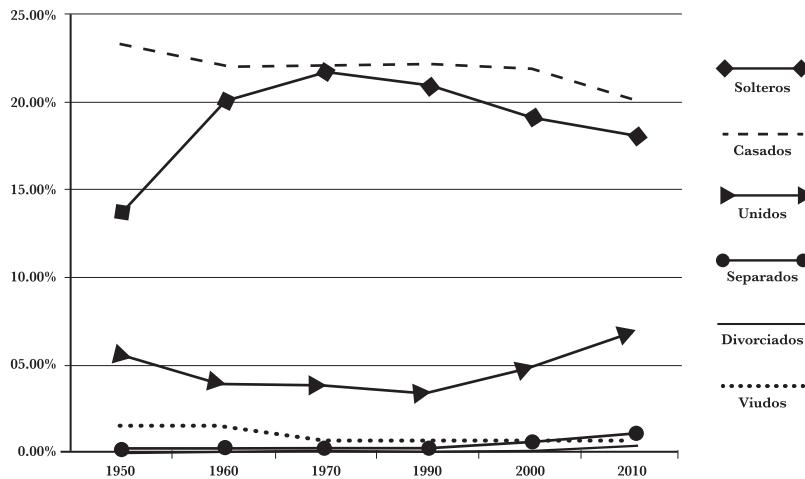
FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 2
ESTADO CONYUGAL DE LAS MUJERES EN MÉXICO (1950-2010)



FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 3
ESTADO CONYUGAL DE LOS HOMBRES EN MÉXICO (1950-2010)



FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

**TABLA 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN
DE 12 Y MÁS AÑOS, SEGÚN ESTADO CONYUGAL PARA CADA SEXO
Y GRUPO DECENAL DE EDAD: 2000 Y 2010**

Grupos decenales de edad	2000						
	Estado conyugal						Viudo
	Total	Soltero	Casado	Unido	Separado	Divorciado	
Población de 12 y más años	69235053	37%	45%	10%	3%	1%	4%
12 a 19 años	16384550	93%	3%	4%	0%	NS	NS
20 a 29 años	17228877	42%	40%	15%	2%	1%	0%
30 a 39 años	13489061	13%	67%	14%	3%	1%	1%
40 a 49 años	9266924	8%	71%	11%	5%	2%	3%
50 a 59 años	5917184	6%	69%	9%	5%	2%	8%
60 y más años	6948457	6%	54%	6%	4%	1%	29%
Hombres	33271132	40%	46%	10%	1%	1%	2%
12 a 19 años	8136956	96%	2%	2%	0%	NS	NS
20 a 29 años	8165082	48%	36%	15%	1%	0%	0%
30 a 39 años	6406684	14%	68%	15%	2%	1%	0%
40 a 49 años	4451948	7%	76%	13%	2%	1%	1%
50 a 59 años	2858105	5%	77%	11%	3%	1%	3%
60 y más años	3252357	5%	69%	8%	3%	1%	14%
Mujeres	35963921	35%	44%	10%	4%	1%	7%
12 a 19 años	8247594	89%	5%	5%	0%	NS	0%
20 a 29 años	9063795	37%	44%	16%	3%	1%	1%
30 a 39 años	7082377	13%	65%	14%	5%	2%	2%
40 a 49 años	4814976	8%	67%	10%	7%	3%	5%
50 a 59 años	3059079	7%	62%	7%	7%	3%	14%
60 y más años	3696100	7%	42%	4%	5%	2%	42%
Grupos decenales de edad	2010						
	Estado conyugal						Viudo
	Total	Soltero	Casado	Unido	Separado	Divorciado	
Población de 12 y más años	84927468	35%	41%	14%	4%	2%	4%
12 a 19 años	17530244	92%	2%	5%	0%	NS	NS
20 a 29 años	18680448	46%	28%	23%	3%	1%	0%
30 a 39 años	16763785	16%	56%	21%	5%	2%	1%
40 a 49 años	12937956	10%	64%	15%	6%	3%	2%
50 a 59 años	8959656	8%	65%	11%	6%	3%	7%
60 y más años	10055379	6%	54%	6%	5%	2%	27%
Hombres	40947872	38%	42%	15%	2%	1%	2%
12 a 19 años	8811712	96%	1%	3%	0%	NS	NS
20 a 29 años	9019179	52%	24%	22%	2%	0%	0%
30 a 39 años	7990769	17%	57%	22%	3%	1%	0%
40 a 49 años	6174686	10%	67%	17%	4%	2%	1%
50 a 59 años	4271988	7%	71%	14%	4%	2%	2%
60 y más años	4679538	5%	67%	9%	4%	2%	14%
Mujeres	43979596	33%	40%	14%	5%	2%	7%
12 a 19 años	8718532	89%	3%	7%	1%	NS	NS
20 a 29 años	9661269	40%	31%	24%	4%	1%	0%
30 a 39 años	8773016	15%	56%	19%	6%	2%	1%
40 a 49 años	6763270	10%	61%	14%	8%	4%	4%
50 a 59 años	4687668	9%	60%	9%	9%	4%	10%
60 y más años	5375841	8%	42%	4%	6%	2%	38%

NOTA: En las distribuciones se excluyó el No especificado del estado conyugal. Cifras correspondientes a las siguientes fechas censales: 14 de febrero (2000) y 12 de junio (2010).

NS: Porcentaje no significativo.

FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- _____, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.
- BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BEST, Paul et al., *Processes of Constitutional Decision-Making. Cases and Materials*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- _____, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, *Isonomía*, núm. 37, octubre de 2012.
- JOSLIN, Courtney G., “Marital Status Discrimination 2.0”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015.
- KOHM, Lynne Marie, “Does Marriage Make Good Business? Examining the Notion of Employer Endorsement of Marriage”, *Whittier Law Review*, vol. 25, 1994.
- MALDONADO, Solangel, “Illegitimate Harm: Law, Stigma, and Discrimination against Nonmarital Children”, *Florida Law Review*, vol. 63, 2011.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MORESO, José Juan, *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- PORTER, Nicole Bouonocuore, “Marital status Discrimination: A Proposal for Title VII Protection”, *Wayne Law Review*, vol. 46, 2000.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”, *Discusiones*, núm. 16, 1, 2016.

- SIECKMANN, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- SONNE, James A., “Love Doesn’t Pay: The Fiction of Marriage Rights in the Workplace”, *University of Richmond Law Review*, vol. 40, 2006.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

ENTRE EL LIBERALISMO Y EL IGUALITARISMO. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

Roberto NIEMBRO ORTEGA*

SUMARIO: I. Planteamiento II. *La Suprema Corte y la lucha por el reconocimiento.* III. *Posibles enfoques para resolver el planteamiento sobre el matrimonio igualitario.* IV. *Análisis del discurso de la Suprema Corte mexicana en la jurisprudencia sobre el matrimonio igualitario.* V. *Conclusión.*
VI. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

Este trabajo tiene como objetivo analizar el discurso que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en las sentencias a través de las cuales reconoce la constitucionalidad del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Al referirme al discurso, asumo que la Corte habla a través de sus sentencias, y que lo que dice o deja de decir, así como la forma en que lo dice, es relevante para lograr la igual consideración y respeto de todos los individuos. De esta manera, me interesa reflexionar sobre cómo la Suprema Corte, a través de sus sentencias, contribuye o no a la igual consideración y respeto de la comunidad homosexual.¹

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco a Micaela Alterio los comentarios y críticas que hizo a este artículo.

¹ Como explica Dworkin, el derecho a la igual consideración y respeto implica, por un lado, dar un trato igual en la distribución de bienes, oportunidades y libertades, y por el otro, ser tratado como un igual —ser tomado en cuenta— al tomar la decisión política de cómo serán distribuidos esos bienes, oportunidades y libertades. Como veremos más adelante, en el caso del matrimonio igualitario, dar un trato igual significa otorgar los mismos derechos, mientras que tratar como iguales significa reconocer el mismo valor de las relaciones homo-

Asimismo, un análisis pormenorizado del discurso de la Corte nos brinda los siguientes beneficios: por un lado, nos permite vislumbrar importantes diferencias en la concepción que tienen los ministros sobre el tipo de reclamos que presentan la exclusión de las parejas homosexuales del derecho al matrimonio, así como la mejor forma de responderlos,² y por el otro, nos da las bases para criticar y exigir un mejor discurso a nuestra Corte.

El artículo está dividido en cuatro apartados. En el primero, planteo muy brevemente la concepción de la justicia constitucional de la que parto, y el tipo de reclamo que conlleva el litigio sobre el matrimonio igualitario. El tipo de reclamo que se nos presenta nos obliga a reflexionar sobre lo que pueden considerarse como minorías sociales o grupos subordinados para la teoría constitucional, y la trascendencia que tiene para el discurso de las sentencias. En segundo lugar, explico los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo con el que puede abordarse la constitucionalidad de la inclusión o exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio. En tercer lugar, teniendo en cuenta el tipo de reclamo que se nos plantea, el carácter minoritario de la comunidad homosexual basado en prejuicios y los enfoques liberal e igualitario, analizo el discurso que utiliza la Suprema Corte para resolver estos asuntos. Finalmente presento algunas conclusiones.

II. LA SUPREMA CORTE Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO

De acuerdo con una concepción deliberativa de la justicia constitucional,³ dos de las funciones que cumplen las cortes supremas es participar en el diálogo constitucional, proveyendo de nuevos argumentos o criticar otros ya tenidos en cuenta en sede parlamentaria, así como garantizar la deliberación y participación igualitaria en la esfera pública, para lo cual debe, entre otras cosas, igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público. En nuestros tiempos, la participación igualitaria en la esfera pública tiene como fin influir a los otros ciudadanos y conformar la opinión pública o comunicar algo a los representantes.

sexuales y heterosexuales. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 273.

² Lo que se refleja en las sentencias en las que son ponentes.

³ Por razones de espacio no puedo detenerme a explicar esta concepción de la justicia constitucional, por lo que remito a mi trabajo *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016, tesis doctoral.

Es cierto que la justicia constitucional no puede asegurarnos que todos tengamos el mismo nivel de influencia en los demás o en la conformación de la opinión pública,⁴ pero sí puede reducir la desigualdad de oportunidades en atención al derecho de igualdad política, “según el cual todos los ciudadanos deben poder participar en condiciones de igualdad en el autogobierno de su comunidad”.⁵ En otras palabras, debe preservar la igualdad de oportunidades de participación, más no igualar la eficacia de sus distintos tipos.⁶

Uno de los obstáculos para esta participación social igualitaria es la existencia de prejuicios en contra de individuos o grupos que se reproducen a través de los mensajes que transmiten, entre otros, ciertas leyes. De acuerdo con esta concepción, las leyes cumplen una función simbólica y expresiva muy poderosa de la cultura dominante, y son objeto de disputas culturales. Así, cuando se impugna una ley que está basada en prejuicios y conlleva este tipo de mensajes estigmatizantes, las cortes están obligadas a reconocer esta vertiente del reclamo. En efecto, cuando una Corte Suprema se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a un individuo o grupo con base en un prejuicio que reproduce, no sólo toma una decisión legal de compatibilidad o no de la ley con la Constitución, sino que puede tomar partido en la disputa cultural y defender nuevos significados que combaten la subordinación. Incluso, puede ser un motor de cambio y de inclusión.⁷

En esta tesitura, el discurso que utiliza la Corte para reconocer la constitucionalidad del matrimonio igualitario no es un tema baladí. Qué es lo que dice y lo que deja de decir es sumamente relevante para la lucha del reconocimiento de la comunidad homosexual, es decir, para lograr su participación social como iguales.⁸ Como se sabe, es posible distinguir entre reclamos de justicia redistributivos y de reconocimiento. Los primeros se refieren a la redistribución de recursos económicos, mientras que los segun-

⁴ Sobre el tema de influencia política, véase Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, 4a. ed., Harvard University Press, 2002, pp. 194-198.

⁵ Martí, José Luis, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 262.

⁶ Urbinati, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, pp. 136, 137, 139. Sobre el tema, también Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, MIT Press, 1991, p. 227.

⁷ Karst, Kenneth L., *Law’s Promise, Law’s Expression Visions of Power in the Politics of Race, Gender and Religion*, Yale University Press, 1993, pp. 3, 7, 8, 9, 202.

⁸ Sobre la importancia del reclamo de reconocimiento en el litigio del matrimonio igualitario, véase Clérigo, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérigo, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 139-164.

dos buscan una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual. Los reclamos de reconocimiento se enfrentan a injusticias culturales derivadas de patrones de representación, interpretación y comunicación que impiden la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social. En la mayoría de los casos, ambos reclamos interactúan y requieren de respuestas que atiendan las dos vertientes.⁹ Como veremos enseguida, los reclamos de reconocimiento están vinculados con el aspecto social que define a una minoría social o a un grupo subordinado.

La definición clásica de minorías sociales deriva de la nota al pie número cuatro, párrafo tercero, del caso *Carolene Products*¹⁰ de la Corte Suprema norteamericana, que establece la posibilidad de una exigencia especial de justificación de las decisiones que afecta a minorías discretas e insulares contra las que hay un prejuicio que no les permite utilizar el proceso político para defender sus intereses. Esta nota al pie ha sido interpretada por Ely, quien señala que si bien estas minorías pueden estar técnicamente representadas, se hallan en una situación funcional de impotencia, al encontrarse durante largos períodos de tiempo en un estado permanente de incapacidad para protegerse políticamente (por bloqueos oficiales o extraoficiales a sus argumentos) de tratos menos favorables, comparados con los que se dan a la mayoría, la que se los niega por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses.¹¹

Ely llama la atención sobre los dos componentes que tiene la fórmula de *Carolene*: el político y el social. Según Ely, si bien el acceso político es importante, mientras un grupo minoritario no tenga la mayoría no puede prote-

⁹ Fraser, Nancy, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en Fraser, Nancy y Honneth, Alex, *¿Redistribución o reconocimiento?*, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata-Paideia, 2006, pp. 17, 20, 22.

¹⁰ 304 U.S. 144 (1938). La nota al pie dice lo siguiente: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when *legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...] Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or national [...] or racial minorities [...]: whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry".

¹¹ Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 109, 127, 130, 186, 202.

gerse contra la hostilidad declarada o corregir los prejuicios. De ahí que sea importante que las interrelaciones sociales aumenten, pues pueden ayudar a disminuir la hostilidad o los estereotipos, y como consecuencia permitir la cooperación política.¹²

Por su parte, en 1985, Bruce Ackerman propuso dejar atrás las características discretas e insulares, entendiendo por discretas aquellas minorías que pueden ser identificadas por un rasgo visible, e insulares a aquellas que conviven recurrentemente y han generado una comunidad: ya que dichas características les permitirían actuar organizadamente en su beneficio.¹³ En lugar de proteger minorías discretas e insulares como las personas de color, sugiere que los estándares de revisión más exigentes se apliquen para proteger minorías anónimas y/o difusas. El carácter anónimo se refiere a la posibilidad que tienen sus integrantes de mantener en privado la característica que los hace una minoría, por ejemplo, la homosexualidad, pues tienen un incentivo para no organizarse y pasar inadvertidos. Por su parte, el carácter difuso se refiere al nivel de interacción entre sus miembros, por ejemplo, las mujeres, que si bien son una minoría discreta son difusas.¹⁴ Para Ackerman, no es que el prejuicio en contra de las minorías discretas e insulares sea algo del pasado, sino que éstas tienen mayores posibilidades de protegerse políticamente si se les compara con las minorías anónimas y difusas.¹⁵

Una tercera propuesta vino de la pluma de Kenji Yoshino, quien en 2010 puso en cuestión que el carácter difuso y anónimo de la comunidad gay les haya impedido obtener poder político.¹⁶ Asimismo, critica la consideración hecha en el *caso Frontiero*¹⁷ en el que una pluralidad de jueces dijo

¹² *Ibidem*, p. 195.

¹³ Ackerman, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, p. 724.

¹⁴ *Ibidem*, p. 729.

¹⁵ *Ibidem*, p. 737. Cabe destacar que Ackerman apunta muy bien a la inevitabilidad de hacer consideraciones sustantivas —en contraposición a procedimentales— al proteger minorías, pues determinar si algo es un prejuicio o no involucra ese tipo de argumentos. *Ibidem*, pp. 739 y 740. Además, llama la atención sobre cómo la fórmula de Carolene Products se refiere a dos problemas distintos: el primero, las desventajas sistemáticas que sufren ciertos grupos para defenderse en el proceso político, y el segundo, el prejuicio como cuestión sustantiva. *Ibidem*, pp. 740 y 741.

¹⁶ Yoshino, Kenji, “The Gay Tipping Point”, *UCLA Law Review*, vol. 57, p. 1542. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, 1998, vol. 108, pp. 565 y 566. En un trabajo anterior, Yoshino distingue entre una parte de la comunidad gay, que es anónima y difusa, y otra que es discreta e insular: “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96, p. 1809.

¹⁷ 411 U.S. 677 (1973).

que las mujeres podían ser consideradas como sin poder a pesar de su número, al estar infrarrepresentadas en los *councils*. Para Yoshino, éste es un estándar muy indulgente, pues casi cualquier grupo puede aducir o formular este argumento. También critica el estándar del caso *Cleburne*,¹⁸ según el cual las personas con retraso mental no podían considerarse como sin poder, porque habían podido atraer la atención de los legisladores, pues sólo los que fueran desatendidos sistemáticamente serían considerados como sin poder, lo que es un estándar muy exigente.¹⁹ Por tanto, propone una aproximación flexible para fijar quiénes no tienen poder político, para lo cual deben atenderse diversos factores: 1) el ingreso y riqueza del grupo, 2) salud y longevidad, 3) protección frente a la violencia pública y privada, 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos, 5) nivel de educación, 6) posición social, y 7) existencia de prejuicios en su contra.²⁰

Por su parte, para Owen Fiss los grupos son aquellos que tienen una identidad y existencia separada del resto, y la identidad de los integrantes se define por la pertenencia al grupo, su estatus social está vinculado al mismo, y la manera de actuar de los demás está basada en esta perspectiva. Además, hay una interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo. Ahora bien, el carácter subordinado del grupo deriva de una posición social muy mala y de carecer de poder político (por razones económicas, numéricas y derivadas del prejuicio), aunado al tiempo que llevan ocupando dicho lugar. Para Fiss, el caso es el de la comunidad negra.²¹ Los grupos se distinguen de las clases derivadas de una clasificación legislativa, como podría ser los que resultan de una categorización impositiva. En un análisis de igualdad, lo relevante no es que la clasificación se haga con base a una categoría sospechosa, sino el efecto que tiene en dañar el estatus del grupo.²²

A este tipo de aproximación, Roberto Saba la denomina “desigualdad estructural”, para la cual el ideal de no arbitrariedad es insuficiente o in-

¹⁸ 473 U.S. 432 (1985).

¹⁹ *Ibidem*, pp. 1542 y 1543. El indicio de que un grupo ha podido llamar la atención de los legisladores es la cantidad de legislación aprobada que le favorece, “Suspect Symbols...”, *cit.*, p. 1805.

²⁰ *Ibidem*, p. 1543. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection...”, *cit.*, pp. 565 y 566.

²¹ Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 5, 1976, pp. 107-117. En este trabajo, citaré la traducción al español “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 138-141.

²² *Ibidem*, pp. 142, 143, 146.

completo. En esta lógica, para tratar realmente igual a las personas, es necesario atender al contexto y al grupo al que pertenecen, pues dependiendo del contexto, medidas que parecen neutrales pueden no serlo. Por el hecho de que la persona pertenezca a un grupo puede ser objeto de una exclusión sistemática y, por tanto, requerir de un trato distinto.²³

En mi opinión, la idea de minorías, sean discretas y/o insulares, anónimas y/o difusas, etcétera, o de grupos subordinados, nos llama la atención sobre el trato sistemático²⁴ menos favorable que se da a un grupo de personas. Este trato se debe a que no tienen derecho al voto, tienen dificultades para organizarse, la existencia de prejuicios o por alguna otra causa que les impide hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, etcétera, o combatir los prejuicios.

Lo perverso de la situación de las minorías y de los grupos desaventajados es que para revertir el trato discriminatorio al que se ven sujetas tendrían que poder cambiar o combatir las condiciones que les impiden participar en condiciones de igualdad y, eventualmente, ganar votaciones en el parlamento. Sin embargo, no pueden hacerlo, ya que esas condiciones están más allá de su alcance. Así, al ser minorías que no tienen derecho al voto, no pueden participar en el parlamento y, lógicamente, no pueden dotarse del derecho al voto; al ser minorías anónimas y difusas, tienen dificultades para organizarse políticamente y ser escuchadas, derivadas de condiciones que no pueden modificar sus integrantes, o siendo minorías que, si bien están organizadas políticamente, no son escuchadas por las mayorías que tienen prejuicios en su contra, lo que no pueden cambiar por sí solos.

Por tanto, debemos distinguir entre los diferentes problemas que aquejan las minorías. Algunas no tienen voz, otras tienen serias dificultades intrínsecas para organizarse, y otras más, aunque organizadas, no son escuchadas por la mayoría al ser objeto de prejuicios.²⁵ El rasgo común es que, por distintas razones, no pueden participar en condiciones de igualdad, y las condiciones que se lo impiden no pueden cambiarlas por sí solas.

²³ Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 185, 191.

²⁴ Como señala Fraser, cuando los arreglos sociales benefician sistemáticamente a unos y perjudican a otros, hay razones *prima facie* para pensar que el “bien común” es una mistificación, por lo que cualquier consenso en este contexto social debe ser visto con sospecha. Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992, p. 131.

²⁵ No descarto la posibilidad de que una minoría sufra de los tres problemas.

Tratándose de la comunidad homosexual, estimo que el aspecto social que la hace una minoría social son los prejuicios que existen sobre su incapacidad para tener parejas estables o para criar hijos en un ambiente sano.²⁶ De esa manera, al abordar el litigio sobre el matrimonio igualitario, los jueces deben responder tanto al reclamo de reconocimiento como al de distribución de derechos, y para abordar el reclamo de reconocimiento es necesario hacer frente a los prejuicios que existen en su contra, atender al contexto en que se expide la legislación y optar por un análisis que considere igualmente sus capacidades. Este último tema nos lleva a plantearnos los posibles enfoques para resolver el litigio sobre el matrimonio igualitario.

III. POSIBLES ENFOQUES PARA RESOLVER EL PLANTEAMIENTO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

El reconocimiento del derecho al matrimonio de los homosexuales puede ser enfocado, por lo menos, de dos maneras distintas: a) liberal-no comparativo, b) igualitario-comparativo. En la práctica jurisdiccional, estos dos enfoques pueden mezclarse, sin embargo, en teoría es posible diferenciarlos. De hecho, en los casos en que una sentencia utiliza más de un enfoque suele darse preponderancia a alguno de ellos.

No hay que perder de vista que si estos dos enfoques se analizan desde el resultado de (in)constitucionalidad de las disposiciones que excluyen a las parejas homosexuales, no hay una diferencia relevante, pues ambos concluyen con la declaración de inconstitucionalidad y el otorgamiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, es decir, dan un trato igual en la distribución de libertades, lo que ya de por sí es una forma de inclusión.²⁷ Ahora bien, si se analizan desde el discurso que se utiliza para declarar la inconstitucionalidad, entonces sí hay diferencias relevantes. En efecto, desde el punto de vista del discurso no tienen los mismos méritos, particularmente por lo que se dice o deja de decir en relación con el aspecto

²⁶ De acuerdo con la encuesta de BGC, Beltrán Juárez y Asociados, publicada el 23 de mayo de 2016 en el periódico *Excélsior*, en mayo de ese mismo año el 65% de los entrevistados están de acuerdo con el matrimonio homosexual a nivel nacional, mientras que un 34% está en desacuerdo. Por su parte, hay un 43% a favor de reconocerles el derecho de adopción y un 58% en contra.

²⁷ Aunque también hay quien piensa que la inclusión de los homosexuales en el matrimonio refuerza la discriminación hacia las parejas que no están casadas. Warner, Michael, “Beyond Gay Marriage”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism-Left Critique*, Duke University Press, 2002, pp. 81-147.

cultural o social que excluye a los miembros de la comunidad homosexual del matrimonio, es decir, con los prejuicios que existen sobre sus relaciones y su capacidad para criar hijos, lo que contribuye o no a tratarlos como iguales.

La diferencia entre los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo tiene como base la distinta concepción del mal que genera la discriminación. Mientras el enfoque liberal-no comparativo estima que el mal de la discriminación es la privación de una libertad,²⁸ el enfoque igualitario-comparativo estima que el mal de la discriminación consiste en no tratar a las personas como iguales.²⁹

1. *Liberal-no comparativo*

En primer término, lo que caracteriza a este enfoque es la falta de referencia al aspecto social que define a una minoría social y la indiferencia al contexto en que se hacen las distinciones legislativas. Así, se considera innecesario combatir el prejuicio que existe en contra de las personas homosexuales, y se omiten consideraciones relativas al carácter subordinado o no del grupo.

En segundo lugar, desde un punto de vista metodológico, se conceptualiza el matrimonio a luz de la moral social vigente y de la concepción de familia. Posteriormente, se analiza si el acceso al matrimonio (como uno de los medios para conformar una familia) está o no protegido por un derecho fundamental como el libre desarrollo de la personalidad. Si el matrimonio está protegido *prima facie* por el libre desarrollo de la personalidad, entonces la pregunta subseciente es si la restricción a dicha libertad —exclusión de los homosexuales del acceso al matrimonio— está basada en un criterio razonable. Para ello, se analiza si la orientación sexual es un criterio constitucionalmente permisible para excluir a los homosexuales de esa libertad (se analiza con especial rigor al tratarse de una categoría sospechosa).³⁰

²⁸ Una de las principales defensoras de esta aproximación es Moreau, Sophia, “What is Discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2, pp. 143-179; e “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, 2013.

²⁹ Una de las defensoras de esta perspectiva es Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical... cit.*; y su libro *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, 2011.

³⁰ Hellman, Deborah, “Equality and...”, *cit.*, pp. 52, 57.

En otras palabras, la pregunta es si en atención a la naturaleza o definición del matrimonio las parejas homosexuales se adecuan a sus fines.

Conforme a esta perspectiva, no es necesario hacer un análisis comparativo entre las relaciones que están incluidas y las que están excluidas, sino en atención a las características de la institución se analiza si los homosexuales deben estar o no incluidos en el ámbito de protección de la libertad. Es un análisis primordialmente abstracto de la restricción *prima facie* de una libertad, aunque eso no impide que se haga un análisis comparativo, pero éste es secundario.³¹

³¹ Un ejemplo de esta aproximación puede verse en la Tesis 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75., de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

El inconveniente de este enfoque es que no se combate discursivamente los prejuicios en contra de los homosexuales y pasa por el alto la importancia del contexto en que opera la ley.³² Además, el estudio basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede guardar silencio sobre cosas que es importante decir. Por ejemplo, un análisis puro desde el libre desarrollo de la personalidad no tiene por qué hacer como punto de partida una comparación entre las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales, pues basta con decir que la orientación sexual no es una razón para restringir el acceso al matrimonio.³³

Finalmente, no debe perderse de vista que conforme a este enfoque es posible concluir que la privación del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales conlleva también una violación refleja al derecho a la igualdad, al constatarse que existen injustificadamente dos *regímenes* distintos para las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales, que priva a los primeros de una libertad. Sin embargo, para concluir que se viola el derecho a la igualdad como efecto reflejo, no se hace una comparación *fáctico-valorativa* entre las parejas homosexuales y heterosexuales, pues basta con constatar que no tienen los mismos derechos. De esta manera, si bien se constata la violación al derecho a la igualdad, la similitud entre las capacidades de las parejas homosexuales y heterosexuales para constituir relaciones afectivas estables juega un papel secundario para sustentar la conclusión, además no se combaten las bases culturales que la sostienen.

2. *Igualitario-comparativo*

A diferencia del enfoque liberal-no comparativo, en el enfoque igualitario-comparativo sí se hace referencia al prejuicio que sostiene la discriminación de las parejas homosexuales, el carácter histórico de esos prejuicios y presta atención al contexto en que se hacen las distinciones legislativas,

³² Karst, Kenneth L., *op. cit.*, pp. 182, 186.

³³ Piénsese, por ejemplo, en el amparo en revisión 237/2014 conocido como el caso “mariguana”, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, con base en un análisis de proporcionalidad de la restricción que suponen del libre desarrollo de la personalidad. En ese caso, es muy claro que el libre desarrollo de la personalidad protege la autonomía de las personas para tomar la decisión de consumir marihuana para fines lúdicos y, en consecuencia, también a todas las *acciones* necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera), sin que la Corte haga una valoración positiva o negativa de la decisión.

pues considera que las distinciones que hace la ley adquieran un significado según el contexto y la cultura, lo que es relevante para su evaluación constitucional.³⁴

Por otro lado, desde un punto de vista metodológico, el *punto de partida no es* definir la institución y valorar si la orientación sexual es una razón para excluir a personas del matrimonio, sino comparar si las parejas heterosexuales y las homosexuales son similares en la propiedad de comparación relevante para efectos de acceso al matrimonio.³⁵ Para ello, se fija un punto de comparación fáctico-valorativo (la capacidad de establecer relaciones estables o la orientación sexual) y se dice si los sujetos, hechos, situaciones, etcétera, comparados son o no similares en el punto de comparación.

Fijar cuál es el punto de comparación (*v. gr.* capacidad para establecer relaciones estables o la orientación sexual), y si los sujetos comparados están en una situación similar, conlleva un juicio de valor. Es decir, no es una mera elección de una propiedad fáctica, sino de la propiedad fáctica que se considera relevante, según la valoración del operador jurídico.³⁶ Y una vez que establecemos que las relaciones son similares en la propiedad relevante, en principio, deben ser tratadas de igual manera, salvo que exista una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.³⁷

Lo que es notable, desde el punto de vista discursivo, es que hay que definir el término de comparación fáctico-valorativo, y si los sujetos, hechos, situaciones, etcétera, son similares desde ese punto de vista.³⁸ De esta mane-

³⁴ Hellman, Deborah, *When is Discrimination...?*, cit., p. 25.

³⁵ Hellman, Deborah “Equality and...”, cit., p. 53.

³⁶ Alexy, Robert, “El derecho general de igualdad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 352 y 353.

³⁷ La carga de la argumentación está en quien argumenta en contra de la igualdad, una vez que se ha considerado que están en una situación de hecho equivalente. *Ibidem*, p. 360.

³⁸ Un ejemplo de este tipo de aproximación comparativa puede verse en la tesis 2a./J. 42/2010 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, abril de 2010, p. 427, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. *Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si*

ra, se toma una postura sobre si existe un término de comparación entre las parejas, y cuál debe ser, por ejemplo, la capacidad de constituir relaciones estables o la orientación sexual.

Eso no significa que el análisis comparativo prescinda de una conceptualización del matrimonio, sino que esta conceptualización es concomitante y está modulada por el análisis comparativo. Así, la forma de concebir el matrimonio está determinada por el punto de partida que encuentra una similitud entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la propiedad relevante. En otras palabras, el propósito y la definición del matrimonio se adecuan a las capacidades e intereses similares de las parejas homosexuales y heterosexuales, pues el derecho a la igualdad así lo requiere.

Alguien puede pensar que no es necesario fijar ese término de comparación, pues se puede presumir que las parejas homosexuales y heterosexuales deben ser tratadas de igual manera. Sin embargo, lo cierto es que la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no implica una presunción en abstracto a favor del trato igual o del trato desigual.³⁹ La presun-

el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.

³⁹ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, pp. 571-575.

ción a favor del trato igual sólo puede establecerse una vez que se establece la similitud en la propiedad que se considere relevante.⁴⁰ Además, desde un punto de vista discursivo, no hacer la comparación explícita es una falencia grave, pues implicaría dejar de decir que las parejas homosexuales tienen la misma capacidad para establecer relaciones estables, lo que desde el reclamo del reconocimiento es importante decir.

Una vez que se define la propiedad fáctico-valorativa y se estima que existe similitud, entonces debe tratarse de igual manera a los sujetos comparados. La pregunta subsecuente es si el criterio de clasificación justifica que no tengan el mismo régimen (justifique un trato desigual), para lo cual pueden aplicarse los mismos pasos que en el *test* de proporcionalidad. Así, la diferencia con el enfoque liberal-no comparativo radica en el punto de partida, pues el enfoque igualitario-comparativo obliga a fijar un punto de comparación —excluyendo otros— y a pronunciarse sobre si hay similitud o no entre los sujetos comparados. Y en caso de darse la similitud, entonces debe darse el mismo trato. Eso no sucede en el enfoque liberal. En el enfoque liberal, basta con afirmar que en atención a las características de la institución del matrimonio no se justifica que la orientación sexual sea un criterio para excluir a los homosexuales de esa institución. Es decir, no se dice necesariamente que las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales son comparables y similares por su capacidad de constituirse en relaciones estables y, por tanto, que debe tratárseles igual.

El hecho de que el punto de partida sea tomar postura sobre cuál es el término de comparación fáctico-valorativo adecuado y sobre la similitud o no de las relaciones homosexuales y heterosexuales no es baladí para el reclamo de reconocimiento, ya que posiciona culturalmente a las parejas homosexuales como parejas merecedoras del mismo respeto y consideración social. Además, una vez establecido que las relaciones son similares en la característica relevante, la pregunta se invierte, pues ya no se trata de verificar que las parejas homosexuales se adecuen a la definición de matrimonio, sino si el matrimonio se adecua a las capacidades de las parejas homosexuales.

En términos discursivos, el punto de partida es trascedente, pues lo que la Suprema Corte les dice a las parejas homosexuales es distinto y afecta el establecimiento, legitimación y reproducción del *statu quo*.⁴¹ En efecto,

⁴⁰ Sobre este punto, Sadurski reprocha a Alexy que la carga de la argumentación en contra de la igualdad no puede ser en abstracto, pues para determinar la carga hay que definir si las personas son similares o diferentes en relación con el propósito de la regla. Sadruski, Wohciech, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2008, p. 105.

⁴¹ Dijk, T. A. van, “Discourse and Inequality”, *Lenguas Modernas*, núm. 21, 1994, p. 20.

cuando se aborda desde el enfoque igualitario-comparativo, se combate con mayor fuerza la creencia social que concibe a las relaciones homosexuales como desviadas, lo que ayuda a contrarrestar la distinción entre *ellos* y *nosotros*.⁴²

Finalmente, de acuerdo con este enfoque, la exclusión de los homosexuales del derecho al matrimonio es una violación del derecho a la igualdad y, como efecto reflejo, del libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, la violación del derecho a la igualdad no sólo se debe al trato *legal* desigual que se da a las parejas homosexuales, al privarlos injustificadamente de una libertad, sino porque en atención a la similitud de sus capacidades debió haberseles tratado de manera igual. Además, porque el trato legal desigual conlleva una falta de reconocimiento de su capacidad para tener relaciones estables, basada en prejuicios.

IV. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE MEXICANA EN LA JURISPRUDENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En este apartado analizaré si el discurso de la Corte, plasmado en sus sentencias, es de carácter liberal-no comparativo o igualitario-comparativo. Para ello, hay que prestar atención a si hace o no referencia al prejuicio en contra de los homosexuales, el maltrato sistemático del que son objeto o al carácter de grupo subordinado de la comunidad homosexual. Es decir, si toma en cuenta el aspecto social que hace a la comunidad homosexual una minoría y si tiene presente el contexto. Por otro lado, hay que analizar si aborda la exclusión del matrimonio como la restricción de un derecho de libertad, o si su punto de partida es comparar las relaciones homosexuales y heterosexuales. Al hacer un análisis del discurso de las sentencias es necesario poner mucha atención en el peso que cada argumento tiene en su construcción argumentativa, pues si bien pueden estar presentes tanto argumentos liberales como igualitarios, el discurso pone énfasis en ciertos argumentos y relega otros.

Debo aclarar que mi objetivo no es una descripción detallada de lo que dice cada una de las sentencias, por lo que sólo me detendré en las que considero más relevantes, y enfatizaré la parte de estas que significan un pronunciamiento novedoso o la reiteración de un aspecto importante. La pregunta sobre el matrimonio igualitario se puede presentar mediante dos posibles escenarios: 1) que los homosexuales ya estén incluidos en el régimen y la autoridad quiera justificar su exclusión, y 2) que los homosexuales estén excluidos en el régimen y la autoridad busque justificar esa exclusión.

⁴² *Ibidem*, p. 25.

1. Acción de inconstitucionalidad 2/2010 (Distrito Federal)⁴³

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Procuraduría General de la República impugnó el reconocimiento del derecho a las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, previsto mediante reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.⁴⁴ La relevancia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010 se debe a varias razones: es el primer asunto en el que la Corte estudia la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar, se fijan pautas que serán retomadas en los asuntos posteriores, y tiene la peculiaridad de tratarse de un caso de inclusión y no de exclusión de las parejas homosexuales, por la asamblea legislativa.

Para la Corte, al tratarse de un caso de ampliación de derechos y no de restricción, y que el núcleo de los argumentos de invalidez se dirige a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal, y no a impugnar un acto legislativo por violación al principio de igualdad y no discriminación, debía aplicar un *test* de razonabilidad y no de proporcionalidad reforzado. De acuerdo con la Corte, al estudiar la razonabilidad debe verificar que 1) la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, 2) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual.

En su argumentación, la Corte dice que en tanto el artículo 4o. constitucional no define al matrimonio,⁴⁵ la definición queda en manos del legis-

⁴³ Resuelta el 16 de agosto de 2010 por el Tribunal Pleno, ponencia del ministro Valls Hernández.

⁴⁴ Reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 29 de diciembre de 2009. Artículo 146. “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

⁴⁵ El texto vigente, al momento de la resolución el 16 de agosto de 2010, era el siguiente: “Constitución General./ Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia./ Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos./ Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución./ Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar./ Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin

lador ordinario. Es decir, la Constitución no exige el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo, pero es una opción permitida por la misma. La inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio no trastoca su núcleo esencial, pues la diversidad sexual no es un elemento definitorio de la institución ni la finalidad del matrimonio es la procreación, además es compatible con la protección y desarrollo de la familia entendida como realidad social.

Con apoyo en el precedente amparo directo civil 6/2008, reconoce que la “decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”.⁴⁶ Así, las decisiones de casarse o no casarse, y tener o no hijos y el número, están protegidas por el libre desarrollo de la personalidad.

Asimismo, reconoce que las personas homosexuales han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil y han sido históricamente discriminadas y

no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1o. constitucional, que el legislador ordinario *esté impedido* para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que por igual son estables y permanentes, sólo por esa distinción.⁴⁷

Por su parte, en el apartado del derecho a adoptar, previsto en el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal,⁴⁸ dice que “pensar que la

de alcanzar tal objetivo./ Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral./ Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos./ El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez./ Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural”.

⁴⁶ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, fojas 95, 102, 105.

⁴⁷ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, foja 104.

⁴⁸ “Código Civil para el Distrito Federal./ Artículo 391. Podrán adoptar:/ I. Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados;/ II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años;/ III.

Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implicar caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente”,⁴⁹ y añade que concluir que las familias conformadas por personas del mismo sexo no satisface las garantías de cuidado resulta insostenible dentro de la Constitución, y es contrario al derecho a no ser discriminados, pues parte de prejuicios que la Corte no debe convalidar.

2. Lo que nos dice y no nos dice la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010

De esta sentencia hay que destacar el tipo de discurso preponderantemente liberal y tangencialmente igualitario que utiliza la Corte, así como criticar la conclusión de reconocer libertad de configuración al legislador ordinario de incluir a las personas del mismo sexo en la institución del matrimonio.

Por lo que toca al discurso, la Corte fundamenta su decisión en el análisis de la institución del matrimonio y de la familia a la luz de la moral positiva y la compatibilidad de la orientación homosexual con el mismo, la refuerza con el argumento de la protección del matrimonio por el libre desarrollo de la personalidad, y utiliza el argumento de la similitud de las relaciones homosexuales y heterosexuales para confirmar que su conclusión es correcta. De esta manera, la Corte se mueve entre los enfoques liberal e igualitario que expliqué *ut supra*, dándole una marcada preferencia al liberal, según el cual se define la institución matrimonio y, en atención a sus características, se cuestiona si la orientación sexual es una razón para excluir a las personas homosexuales de la institución. Debe destacarse la conceptualización plural del matrimonio y de la familia, pues se trata de una visión no tradicional del matrimonio que permite incluir realidades que antes estaban excluidas. En efecto, la definición del matrimonio y de la familia como instituciones desti-

Las personas físicas solteras mayores de 25 años;/ IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y/ V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años./ Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos./ En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción”.

⁴⁹ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, foja 132.

nadas a proteger realidades sociales distintas es un paso fundamental en lo que vendrá después en la línea jurisprudencial de la Corte.

Por otro lado, hace un análisis comparativo como argumento de reforzamiento y afirma que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son iguales en los aspectos relevantes, es decir, son estables, afectivas, etcétera, *por lo que no hay razón para tratarlos de manera desigual*. De esta manera, el análisis comparativo entre las relaciones homosexuales y heterosexuales no es su punto de partida, lo que hubiera obligado a la PGR a justificar el trato desigual. Además, para la Corte parece ser un argumento de poco peso, pues no sirve para exigir el trato igual, sino sólo para descartar que sea una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.

Una posible explicación del carácter preponderantemente liberal de su discurso es que, en el caso, la medida impugnada amplía el acceso al matrimonio para los homosexuales y lo que busca la PGR es justificar un trato desigual.⁵⁰ En un principio, la Corte nos dice que la argumentación de la PGR no está destinada a hacer valer una violación al derecho a la igualdad (aunque posteriormente señala que la razonabilidad exige analizar si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual).

A este supuesto, doctrinalmente se le conoce como discriminación por indiferenciación, en el que la inconstitucionalidad alegada radica en tratar de manera igual a los desiguales. En efecto, el principio aristotélico de igualdad contiene dos partes: 1) tratar igual a los iguales y 2) tratar desigual a los desiguales. En el caso, la Procuraduría General de la República hace este último argumento.

La pregunta es si la discriminación por indiferenciación puede ser abordada desde el principio de igualdad. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su doctrina que el principio de igualdad no es base para impugnar la discriminación por indiferenciación, y ésta parece ser la postura sostenida en sentencias posteriores de la línea jurisprudencial mexicana que estudiamos.⁵¹

⁵⁰ Entre sus argumentos, la PGR señala que requerir que el matrimonio se celebre entre personas de distinto sexo no implica, de modo alguno, discriminación. Foja 21.

⁵¹ Amparo en revisión 581/2012; amparo en revisión 152/2013; amparo en revisión 263/2014, en los que se distinguen los supuestos en el que se amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, y se dice que el problema es si la regulación es legítima desde el punto de vista constitucional, mientras que si lo que se hace es no permitir el acceso al matrimonio, el problema se analiza en clave de igualdad. Como he tratado de argumentar, ambos supuestos pueden analizarse desde el derecho a la igualdad.

Si nos remontamos al origen de esta negativa del Tribunal Constitucional, en la STC 86/1985 encontramos que tiene como fundamento el cauce procesal en el que se hizo valer por primera vez, en el caso por vía de amparo, y no por medio de un control abstracto de constitucionalidad (FJ 3). Así, la doctrina parece surgir del impedimento procesal que existe en el amparo de plantear una discriminación por indiferenciación que no afecte al promovente, pues en el caso, el Ministerio Fiscal impugnó la afectación que las órdenes ministeriales generaban en centros docentes que no era parte del proceso. Ahora bien, por alguna razón que desconozco, esta doctrina se ha reiterado por el Tribunal, cuando por la vía abstracta del control se ha reclamado una discriminación por indiferenciación,⁵² lo que parece ser sólo una reiteración de su doctrina, sin atender a la razón que le dio origen. Así, algún comentarista ha enfatizado —aunque por otras razones— la débil argumentación del Tribunal para fundamentar su restrictiva postura.⁵³

En mi opinión, no hay razón para no abordar la discriminación por indiferenciación desde el derecho a la igualdad, pues como señala Cobreros, la discriminación también puede darse por no tomar en cuenta una condición o circunstancia que obligue a dar una solución diferenciada a la genérica. Lo que sucede es que quien busca un trato desigual, una vez justificada la similitud en la propiedad fáctica-valorativa relevante, tiene la carga de la argumentación.⁵⁴ En el caso de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la PGR busca un trato desigual basado en la orientación sexual, por lo que tenía la carga de la argumentación y la obligación de dar razones robustas al buscar un trato desigual basado en una categoría sospechosa.⁵⁵ Eso no

⁵² Un caso relevante es la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 3, relativa al matrimonio homosexual.

⁵³ Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007, núm. 81, p. 74. De acuerdo con Cobreros, el Tribunal sólo ha dado dos razones para no admitir la discriminación por indiferenciación: 1) Interpreta literalmente el artículo 14 de la Constitución española que dice que los españoles son iguales ante la ley, por lo que la diferencia normativa no está incluida en su ámbito, 2) El requisito de generalidad de la ley es contrario a la diferenciación obligada de todo lo diverso.

⁵⁴ Alexy, *op. cit.*, p. 360; en el mismo sentido, Cobreros, *op. cit.*, pp. 89, 97.

⁵⁵ La Suprema Corte mexicana identifica las categorías sospechosas, por lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución, en cuyo caso aplica un *test* de escrutinio estricto./ “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece./ Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo

significa que, para reconocer la constitucionalidad del trato igual, la Corte deba dar razones igualmente robustas, pues quien debe demostrar la inconstitucionalidad es la PGR. En otras palabras, quien argumenta a favor del trato desigual y lo hace con base en un criterio sospechoso (la PGR), debe dar argumentos robustos, mientras que a la Corte le basta con reconocer la razonabilidad de la medida. En el caso, la Corte parece contestar este argumento aplicando un *test* de razonabilidad, diciendo que las relaciones homosexuales y heterosexuales son similares en cuanto a la afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera.

Por otro lado, en relación con la permisión y no obligación de las legislaturas estatales de ampliar el acceso al matrimonio, la Corte no nos explica por qué la inclusión de las personas del mismo sexo a la institución del matrimonio quedan en manos del legislador ordinario, es decir, está *permitido* que los incluyan pero no los están *obligando* a hacerlo. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la conclusión correcta sobre el carácter deóntrico (permitido u obligado) era que las legislaturas de los estados estaban obligadas a incluir a las personas del mismo sexo al matrimonio, y no sólo que fuera una opción constitucionalmente posible.⁵⁶ En efecto, si la Corte señala que no hay razón para tratar de manera desigual, en principio el trato igual es obligatorio, salvo que haya una razón de peso que justifique que sea sólo permitido. La Corte pudo haber fundado que no era obligatorio sino permitido, en tanto se trata de una cuestión profundamente controvertida

tiempo a las personas la protección más amplia./ Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley./ Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes./ Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”./ Véanse las tesis: 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175; 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; 1a. CII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 185, y 1a. XCIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, abril de 2013, p. 961.

⁵⁶ Como señala Alexy (*op. cit.*, p. 360): “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”.

y con el fin de que el debate social continuara.⁵⁷ Sin embargo, la Corte en este aspecto guarda silencio.

Finalmente, es criticable que al analizar la inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio, la Corte no se refiere a la idea de prejuicio como causa de exclusión, pues sólo nos dice que han sido objeto de una discriminación histórica.⁵⁸ Al no abordarse la existencia del prejuicio, desconoce el aspecto social que hace de la comunidad homosexual una minoría social.

3. *Amparos Oaxaca*⁵⁹

En estos casos, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, lo que se impugnó fue la exclusión del régimen matrimonial de las personas del mismo sexo, previsto en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca.⁶⁰ La Corte considera que la medida legislativa examinada —el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca— distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, pues a las primeras les permite el acceso al matrimonio, mientras que a las segundas no.

En estos asuntos es posible diferenciar, por un lado, las sentencias que abordan por separado las porciones normativas relativas a la perpetuación

⁵⁷ Alexy explica que la “libertad de configuración legislativa, como tal, no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. Al principio formal de la libertad de configuración legislativa tiene que añadirse siempre una razón que pueda apoyarse en un principio material”. *Ibidem*, p. 380 (nota 91).

⁵⁸ Aun cuando al analizar el derecho a adoptar de las parejas homosexuales sí se refiere a los prejuicios que existen sobre su incapacidad para criar hijos o el supuesto efecto dañino que tiene sobre los mismos, foja 131.

⁵⁹ Amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; amparo en revisión 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; amparo en revisión 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; amparo en revisión 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶⁰ “Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida./ El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio./ (Adicionado, P. O. 21 de febrero de 1998). El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento./ (Adicionado, P. O. 21 de febrero de 1998). Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, como si estuvieren casados. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este precepto”.

de la especie como una de las finalidades del matrimonio, y la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, en las que se continúa con la línea argumentativa *liberal* de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, basada en el libre desarrollo de la personalidad,⁶¹ y que constatan como efecto reflejo la violación al derecho a la igualdad; y, por otro lado, las sentencias *igualitarias* que estudian ambas porciones normativas en conjunto, dejan de lado el libre desarrollo de la personalidad, y utilizan al derecho a la igualdad y a la no discriminación como eje de su línea argumentativa.⁶²

En las sentencias *basadas en el libre desarrollo de la personalidad* se estudia por separado el fin de la procreación y el requisito de que el matrimonio se celebre entre un solo hombre y una sola mujer. Se estima que establecer como fin del matrimonio la procreación vulnera el libre desarrollo de la personalidad e implícitamente el principio de igualdad. Por su parte, al analizar la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer a través del principio de proporcionalidad, se determina que la medida no cumple con la segunda grada del escrutinio estricto —aplicable en tanto la clasificación se hace con base en una categoría sospechosa—, es decir, la relación estrecha entre el medio (unión entre un hombre y una mujer) y el fin (ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y protección de la familia), por lo que se vulnera el derecho a la igualdad.

Ahora bien, en estas sentencias no se hace referencia al prejuicio que existe en contra de la comunidad homosexual ni al carácter subordinado del grupo. Simplemente se dice que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

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 incursos en tal situación [y] de la experiencia en derecho comparado se advierte que, en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las

⁶¹ Amparo en revisión 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; amparo en revisión 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebollo

⁶² Amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; amparo en revisión 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido.⁶³

Incluso, cuando se afirma que tanto las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo, se utiliza como un argumento para decir que no hay razón para dar un trato desigual en relación con el derecho a contraer matrimonio, protegido por el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, en las sentencias *basadas en el derecho a la igualdad* se estudia la constitucionalidad del artículo 147 como un todo, tanto el fin de la procreación como la unión de un hombre y una mujer. Se aplica un *test* de escrutinio estricto al tratarse de una clasificación basada en una categoría sospechosa, y se determina que la medida es inconstitucional al no superar la segunda grada del escrutinio, es decir, la relación estrecha entre el fin de la medida (proteger la organización y el desarrollo de la familia) y el medio (establecer la procreación como fin del matrimonio y definirlo como la unión entre un hombre y una mujer). Así, concluyen que la medida es sobreinclusiva —aunque no discriminatoria— pues comprende en la definición de matrimonio a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Por otro lado, la medida es subinclusiva, y por tanto discriminatoria, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, en tanto son capaces de desarrollar una vida familiar con relaciones comprometidas y estables.

Además, se reconoce que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo se debe a una decisión basada en un prejuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales. No se trata de un descuido, sino de un legado de severos prejuicios en contra de las parejas del mismo sexo. Se afirma que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las personas heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Entre los casos de Oaxaca enfocados en la igualdad, una de las sentencias que más enfatiza el reclamo de reconocimiento es el amparo en revisión

⁶³ Amparo en revisión 567/2012, foja 41.

152/2013.⁶⁴ En esta sentencia, la Corte conceptualiza el interés legítimo para dar cabida a una afectación por la parte valorativa de una ley, es decir, por el mensaje estigmatizante que transmite, asume expresamente un papel activo en el cambio cultural y utiliza marcadamente el carácter de grupo vulnerable de la comunidad homosexual.⁶⁵

Ahora bien, en *todas* las sentencias se reconoce que el derecho a casarse implica el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio y a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución: 1) beneficios fiscales, 2) beneficios de solidaridad, 3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges, 4) beneficios de propiedad, 5) beneficios en la norma subrogada de decisiones médicas, y 6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros.

Finalmente, la Corte de un paso más y afirma que la “amplia libertad de configuración que poseen los congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales. En ese sentido, los derechos fundamentales condicionan materialmente dicha regulación”.⁶⁶ Es decir, la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio es un imperativo constitucional.

4. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte en los amparos de Oaxaca*

Es loable que en ambos grupos de sentencias se reconozcan los efectos expresivos del matrimonio, pues hace patente la vertiente expresiva de la ley, que hace aún más reprochable la discriminación. Como ya se vio, los reclamos de reconocimiento involucrados en el litigio sobre el matrimonio igualitario se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio, etcétera. Por ello es que se busca combatir los *patrones institucionalizados*

⁶⁴ Sobre esta sentencia, véase el trabajo de Alterio, Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio, Micaela y Niembro, Roberto (coords.), *La Suprema Corte de Justicia y el matrimonio igualitario en México* (en la presente obra).

⁶⁵ Sobre el carácter de grupo vulnerable, véanse las tesis: P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 24; 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; 1a. XLIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 644; 1a. XLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 645; 1a. XLI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 647.

⁶⁶ Amparo en revisión 581/2012, foja 50.

de valor cultural que subordinan a un grupo, como los homosexuales, que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad.⁶⁷

Ahora bien, si atendemos al reclamo de reconocimiento de la comunidad homosexual, es una falencia que en las sentencias *enfocadas en la libertad* no se haga referencia al prejuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales, ni a la idea de que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento.⁶⁸ Desde mi punto de vista, esta es una carencia grave de ese grupo de sentencias, ya que invisibiliza el aspecto social que define a la comunidad homosexual como minoría social y, por tanto, no son igualmente fuertes al combatir la subordinación.

Por otro lado, si bien en ambos grupos de sentencias la Corte nos dice que las relaciones homosexuales son similares a las heterosexuales para los efectos de acceso al matrimonio, es muy relevante para qué efectos se utiliza el argumento. Mientras que las sentencias liberales retoman lo dicho en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y dicen que las relaciones son similares y, por tanto, no existe un razón fundada para dar un trato desigual, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan el argumento de la similitud para concluir que hay subinclusión y, por tanto, una violación al principio de igualdad. En otras palabras, las sentencias liberales lo utilizan para descartar que debiera darse un trato desigual, más no para exigir el trato igual.⁶⁹ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan la similitud como argumento para sostener la subinclusión de la medida, lo que implica que la situación similar es el parámetro para decidir la inconstitucionalidad de definir el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.⁷⁰ De esta manera, la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en la propiedad relevante, es decir, la capacidad para establecer

⁶⁷ Fraser, Nancy, “La justicia social...”, cit., pp. 19-24, 37, 42.

⁶⁸ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad sí reconocen la existencia del prejuicio en contra de los homosexuales. Sin embargo, no nos dicen en qué consiste ese prejuicio.

⁶⁹ Eso no impide a las sentencias basadas en la libertad concluir que la inclusión de las parejas homosexuales al matrimonio es un imperativo constitucional. El punto aquí es el peso que tiene la comparación y la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales para la conclusión.

⁷⁰ Acerca del carácter sobre y subincluyente derivado de un análisis comparativo, véase Tussman, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949, pp. 347 y ss.

relaciones afectivas estables, exige que la definición del matrimonio se ade-
cue a sus capacidades.⁷¹

Finalmente, en todos los asuntos de Oaxaca se da un paso fundamental en favor de la igualdad, pues cambia el carácter deontico —de permitido a obligatorio— de la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio, es decir, no es una posibilidad más para el legislador ordinario, sino una obligación constitucional. Ahora bien, nótese que este cambio del carácter deontico tiene una base distinta en las sentencias basadas en el libre desarro-
llo de la personalidad y en las sentencias basadas en la igualdad. Mientras que en las sentencias basadas en la libertad la inclusión de los homosexuales es compatible con la concepción vigente del matrimonio y el respeto de su autonomía, en las sentencias basadas en la igualdad la inclusión la exige el derecho a la igualdad.

5. *Amparos Colima*⁷²

Los asuntos de Colima resultan interesantes en los siguientes aspectos. La Corte hace un pronunciamiento sobre el carácter discriminatorio de la figura de enlace conyugal, que es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo, a diferencia del matrimonio que se celebra entre personas de diferente sexo.⁷³ Sobre este punto, la Corte —reiterando su doctrina—⁷⁴

⁷¹ Sobre este punto, las sentencias basadas en la igualdad señalan que la medida es sobre-
inclusiva al establecer como fin la procreación, por incluir a las parejas heterosexuales que no
acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. En mi opinión, también podrían haber
dicho que el fin de la procreación es discriminatorio, pues no es una razón para excluir a las
parejas homosexuales del matrimonio.

⁷² Amparo en revisión 615/2013, resuelto por la Primera Sala el 4 de junio de 2014, po-
nencia del ministro Pardo Rebolledo; amparo en revisión 704/2014, resuelto por la Primera
Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena; amparo en revi-
sión 735/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro
Zaldívar Lelo de Larrea.

⁷³ El artículo 147, reformado durante la tramitación del juicio, conserva la definición de
matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, e incluye la figura de enlace conyu-
gal para las personas del mismo sexo./ “Artículo 147. Las relaciones conyugales se establecen
por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una
familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayu-
darse mutuamente en su vida./ En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales:/ I.
Matrimonio: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y/ II. Enlace
Conyugal: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo./ A quienes celebren
una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o
casados./ La ley reglamentará las relaciones conyugales”.

⁷⁴ Amparo en revisión 581/2014, foja 49. Amparo en revisión 152/2013, foja 68.

considera que aun cuando la distinción entre el matrimonio y el enlace conyugal radica en la denominación, la distinción es discriminatoria por constituir un régimen de “separados pero iguales”. La Corte retoma el reclamo de reconocimiento y señala que la creación del enlace conyugal

perpetúa la noción prejuiciosa de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras del reconocimiento que se les da a los heterosexuales, lo que necesariamente lleva un mensaje implícito de discriminación que constituye una ofensa a la dignidad de las personas en tanto que a través de él se permea la idea de que no existe igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.⁷⁵

Además, afirma que las parejas del mismo sexo han sufrido una discriminación histórica, y que su exclusión está basada en prejuicios y estereotipos, por lo que el sistema judicial debe impulsar un cambio cultural.

Por su parte, en el amparo en revisión 615/2013, al analizar la definición del matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer, la Corte retoma el discurso liberal:

si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no, de manera que, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), *es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas* con personas del mismo sexo, relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo; *de ahí que no exista razón fundada para dar un trato desigual a ambos tipos de parejas.*⁷⁶

6. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte*

A diferencia de los amparos de Oaxaca, los tres asuntos de Colima coinciden en darle un peso decisivo al reclamo del reconocimiento, para declarar la inconstitucionalidad de la figura de enlace conyugal, y en la existencia de una discriminación histórica basada en prejuicios y estereotipos. Ahora

⁷⁵ Amparo en revisión 615/2013, foja 101.

⁷⁶ Amparo en revisión 615/2013, fojas 137 y 138.

bien, sólo en dos de ellas (AR 704/2014 y 735/2014) hay un asunción expresa del rol que juega la Corte en el cambio cultural, y únicamente en el amparo en revisión 615/2014 se utiliza el discurso liberal-no comparativo que ya ha sido criticado.

7. Acción de inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche)⁷⁷

En esta acción de inconstitucionalidad, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche impugnó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia que establece que los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual.⁷⁸ La Corte analiza este artículo como una medida que clasifica con base en el estado civil y en las preferencias sexuales, esto último en tanto la medida tiene un impacto desproporcionado sobre los convivientes del mismo sexo. Y siendo que tanto el estado civil como las preferencias sexuales están previstos en el artículo 1o. constitucional, aplica un escrutinio estricto.

De esta forma, por un lado, al estudiar la medida como una distinción basada en el estado civil, la Corte concluye que la medida no cumple con un fin imperioso como son la protección de la familia o del interés superior del menor, pero no identifica a un grupo subordinado al que hay que proteger a través del derecho a no ser discriminado. Por otro lado, cuando estudia el artículo como una medida que clasifica con base en la orientación sexual, la Corte identifica la discriminación analizando el contexto, ya que las sociedades de convivencia son las únicas a las que pueden acceder las parejas del mismo sexo en la legislación civil local y las que no otorgan derecho a la adopción. Además, considera que las minorías sexuales son grupos vulnerables y subordinados, discriminados históricamente, que están en una situación sistemática de desventaja y en contra de los cuales existe un prejuicio, cuya exclusión del régimen de adopción perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento. Finalmente, se refiere al mensaje que transmiten las leyes, las que tienen una carga axiológica sobre las uniones que se dan a través de las sociedades de convivencia.

⁷⁷ Resuelta por el Tribunal Pleno el 29 de enero de 2015, ponencia de la ministra Luna Ramos, y encargado del engrose el ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁷⁸ “Artículo 19. Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición”.

8. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte*

En esta sentencia la Corte se acerca a las clasificaciones por estado civil y por preferencias sexuales desde dos paradigmas del derecho a la no discriminación: la anticlassificación y la antisubordinación. De acuerdo con el primero, lo que obliga a aplicar un escrutinio estricto es la sola clasificación basada en una categoría sospechosa. De acuerdo con el segundo, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto es la clasificación basada en una categoría sospechosa que *perjudica* a individuos o grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural).⁷⁹ Así, la mera clasificación basada en una categoría sospechosa no conlleva la aplicación del escrutinio estricto, sino que debe determinarse si la medida perjudica o no a un grupo vulnerable, para lo cual hay que definir si se trata o no de ese tipo de grupo. En algunos precedentes, la Corte ha adoptado este tipo de paradigma de la antisubordinación,⁸⁰ y resulta relevante para los casos en que se analizan acciones afirmativas o discriminaciones indirectas, como sucede en este supuesto.⁸¹

Ahora bien, con independencia de estas dos aproximaciones a las categorías sospechosas y al derecho a no ser discriminado, la mayoría de la Corte hace bien en considerar que la medida implica una discriminación indirecta en contra de las parejas homosexuales.⁸² Es importante recalcar

⁷⁹ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Anti subordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34; disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.ffm?abstract_id=380800.

⁸⁰ Tesis 1a. XCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, marzo de 2014, p. 524; tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 24; tesis 1a. XLIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 644.

⁸¹ En efecto, desde una perspectiva de anticlassificación, una acción afirmativa es sospechosa porque clasifica con base en una categoría sospechosa, aunque sea en beneficio de un grupo vulnerable. En cambio, desde la antisubordinación, una acción afirmativa no resulta sospechosa. Por su parte, una discriminación indirecta que no utiliza una categoría sospechosa para clasificar (es neutral), pero tiene un impacto desproporcionado sobre un grupo vulnerable, de acuerdo con la concepción de anticlassificación es constitucional, no así desde una concepción de antisubordinación.

⁸² Contrario a lo que sostiene el ministro Cossío Díaz en su voto concurrente: “Si bien comparto buena parte de lo sostenido por la mayoría, no así lo tocante a la discriminación por razón de orientación sexual, por escapar al planteamiento del asunto, que tiene que ver con los mecanismos de formación de familia. Tales consideraciones, además de ser meramente declarativas, resultan innecesarias, en tanto argumento adicional, para resolver el

que sobre este punto hubo una fuerte discusión en las sesiones del Tribunal Pleno, entre la minoría de ministros que consideraba innecesario pronunciarse sobre la discriminación por orientación sexual y pretendía basarse sólo en la discriminación por razón del estado civil (en tanto, el artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia incluye a las parejas homosexuales como heterosexuales),⁸³ y la mayoría que estimó necesario hacer ambos estudios. Así, este caso nos hace patente las implicaciones que tienen las lógicas liberales e igualitarias que se pueden advertir en los precedentes, y que hasta el momento habían sido integradas en las sentencias. Por un lado, el enfoque liberal plantea el problema como si se tratara de una regulación neutral distinta de las instituciones matrimonio, concubinato y sociedad de convivencia, sin considerar que la sociedad de convivencia es la única institución a la que pueden acceder los homosexuales y que no tiene el derecho para adoptar. Por su parte, el enfoque igualitario sí hace ese análisis contextual del que se desprende que la sociedad de convivencia, única institución a la que pueden acceder los homosexuales, no por coincidencia es la única que no tiene derecho de adoptar.

Es posible pensar que para declarar la invalidez era suficiente que la Corte se limitara a estudiar la discriminación basada en el estado civil —al aplicarse un escrutinio estricto—, sin embargo, eso equivale a ser ciego a la discriminación indirecta y al uso de la ley para expresar y legitimar posiciones de dominación. En efecto, ya que en Campeche la única institución prevista para las parejas del mismo sexo es la sociedad de convivencia, y ésta no tiene el derecho de adopción, es evidente que la medida busca perjudicar a la comunidad homosexual. Además, el enfoque liberal implicaría no tener en cuenta el reclamo de reconocimiento que existe en este tipo de litigios, pues como se ha explicado, desde un punto de vista discursivo es sumamente relevante lo que se dice en una sentencia. De ahí que la Corte cumple su papel en el cambio cultural diciendo que se trata de una clasificación basada en las preferencias sexuales y combatiendo el prejuicio en que se basa.

problema de constitucionalidad planteado, y considero que con las mismas además no se soluciona el problema específico de discriminación estructural al grupo en cuestión como se señala en la sentencia”.

⁸³ “Artículo 2. La Sociedad Civil de Convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los convivientes que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles”.

9. *Acción de inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco)⁸⁴*

En esta acción, la Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnó el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco que prevé que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer.⁸⁵ La decisión resulta relevante, pues el Tribunal Pleno estaba integrado por dos nuevos ministros, y la votación fue unánime en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer”. En esta sentencia se hace un breve recuento de parte de la doctrina de la Suprema Corte, se reitera que, según los datos sociológicos, las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo y, por tanto, no hay razón para excluirlos del matrimonio protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Se dice que en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, justificándose en la eliminación de la discriminación histórica que han sufrido. Se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer” por atentar contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita, generar una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

10. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte*

De nueva cuenta, en esta ocasión el discurso de la Corte es preponderantemente liberal-no comparativo, pues si bien dice que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son similares, no lo toma como un punto de partida para hacer un análisis de igualdad, sino que lo utiliza como dato sociológico para señalar que no hay razón para excluirlos del derecho a casarse protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Incluso, cuando habla de la discriminación histórica, la relaciona con lo que sucede en di-

⁸⁴ Resuelta por el Tribunal Pleno el 26 de enero de 2016, ponencia del ministro Cossío Díaz.

⁸⁵ “Artículo 260. Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan contar con cuando menos dieciocho años de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

versos países y no en México, no precisa cuál es el prejuicio que existe en su contra, y considera la violación al principio de igualdad como “implícita”. Así, el énfasis está puesto en la restricción al libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIÓN

De un análisis de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte sobre matrimonio igualitario se puede concluir que la Corte ha abordado el tema tanto desde el enfoque liberal-no comparativo como desde el igualitario-comparativo. Si analizamos las sentencias por su conclusión sobre la (in)constitucionalidad de la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo, ambos enfoques concluyen que es inconstitucional (dan un trato igual en la distribución de libertades). Ahora bien, si las analizamos desde el discurso, el enfoque igualitario-comparativo es más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento (para tratarlos como iguales). No sólo eso, el enfoque comparativo atiende al contexto de las distinciones legislativas, lo que en casos de discriminación indirecta, como el de Campeche, resulta fundamental.

Finalmente, aun cuando el discurso igualitario-comparativo sea más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento, eso no significa desconocer la importancia que tiene la violación al libre desarrollo de la personalidad que implica la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y, por tanto, la necesidad de incorporar en la sentencia la reflexión correspondiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4.
- ALEXY, Robert, “El derecho general de igualdad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALTERIO, Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en ALTERIO, Micaela y NIEMBRO, Roberto (coords.), *La Suprema Corte de Justicia y el matrimonio igualitario en México* (obra presente).
- BALKIN, Jack M. y SIEGEL, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34; disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800.

- CLÉRICO, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en CLÉRICO, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007, núm. 81.
- DIJK, T. A. van, “Discourse and Inequality”, *Lenguas Modernas*, núm. 21, 1994.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue*, 4a. ed., Harvard University Press, 2002.
- FISS, Owen, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en GARGARELLA, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en FRASER, Nancy y HONNETH, Alex, *¿Redistribución o reconocimiento?*, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata-Paideia, 2006.
- , “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en CALHOUN, Craig, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992.
- HABERMAS, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, MIT Press, 1991.
- HART ELY, John, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- HELLMAN, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en HELLMAN, Deborah y MOREAU, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, 2013.
- , *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, 2011.
- KARST, Kenneth L., *Law's Promise, Law's Expression Visions of Power in the Politics of Race, Gender and Religion*, Yale University Press, 1993.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MOREAU, Sophia, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en HELLMAN, Deborah y MOREAU, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, 2013.
- , “What is Discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2.
- SABA, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

- SADRUSKI, Wohciech, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2008.
- TUSSMAN, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949.
- URBINATI, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.
- WARNER, Michael, “Beyond Gay Marriage”, en BROWN, Wendy y HALLEY, Janet (eds.), *Left Legalism-Left Critique*, Duke University Press, 2002.
- WESTEN, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3.
- YOSHINO, Kenji, “Assimilationist Bias in the Equal Protection. The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998.
- _____, “The Gay Tipping Point”, *UCLA Law Review*, vol. 57.
- _____, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96.

La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 de julio de 2017 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

e

l alcance de la regulación del matrimonio es uno de los temas más controvertidos del derecho civil en América desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días. La regulación del matrimonio ha previsto históricamente —y continúa haciéndolo en la mayoría de las naciones del continente americano— que éste sólo pueda celebrarse entre un hombre y una mujer. En los últimos años, algunos Estados han modificado su normativa al establecer que la unión matrimonial es entre dos personas, haciendo posible que parejas de un mismo sexo contraigan el vínculo. Otros países, en cambio, entre los que se encuentra México, han dado este debate —y han avanzado— principalmente en los tribunales, siendo éstos los que han adquirido protagonismo al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del requisito que impide que dos varones o dos mujeres se unan bajo las normas que rigen el matrimonio civil.

El objetivo de esta obra es reflexionar acerca de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sobre el matrimonio igualitario, y su papel desempeñado a partir de las reformas constitucionales en las materias de amparo y derechos humanos de 2011.

Once investigadores, con vasta experiencia académica, profesional y judicial, se unen en este libro y analizan diferentes aspectos del debate jurídico y jurisprudencial sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México.



www.juridicas.unam.mx



9 786070 293351 >