

CONSIDERACIONES SOBRE MATRIMONIO “IGUALITARIO” EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO

Alejandro Márquez Murillo



...la noción de buenas costumbres tiene casi el mismo carácter que la de orden público, sólo que la esfera del último es mucho más extensa, tanto, que comprende aún la de las buenas costumbres. Además, como observa De La Morandiere, en la mayoría de los casos, las reglas de orden moral no constituyen una restricción a la libertad contractual, por ser reglas de moral, sino porque estas reglas están integradas en el orden público.

Georges Lutzesco.
Teoría y Práctica de las Nulidades.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO

Nuevamente es para mí un verdadero privilegio poder contribuir con esta modesta participación en el homenaje que el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, rinde merecidamente al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, con motivo de haber cumplido cincuenta años en el ejercicio de la docencia.

El objetivo del presente artículo es exponer algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico que se le ha dado en Estados Unidos y en México al matrimonio entre personas del mismo género sexual, a través de un breve análisis específico de las principales resoluciones judiciales en dicha materia: en primer lugar la sentencia *Obergefell v. Hodges* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, de fecha 26 de junio de 2015, que consideró inconstitucional el matrimonio previsto únicamente entre hombre y mujer en algunas legislaciones estatales de dicho país (11 de las 50), permi-

tiendo, en consecuencia, el matrimonio entre personas del mismo sexo; y en segundo lugar las jurisprudencias mexicanas 2/2010 y 43/2015, básicamente en el mismo sentido, haciendo especial énfasis en el voto particular que respecto de la primera hizo el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

II. SENTENCIA OBERGEFELL *v.* HODGES. (ESTADOS UNIDOS)

Me basaré en la opinión mayoritaria de la Corte (5 votos contra 4), suscrita por el juez Kennedy y en uno de los votos disidentes o en contra, por parte del recién finado juez de ascendencia italiana Antonin Gregory Scalia.

a) Opinión mayoritaria

Comenzaremos por analizar la opinión mayoritaria, en voz del juez Kennedy. Transcribiré a continuación, y en lo conducente,¹ los argumentos que en mi opinión considero más relevantes (Las cursivas son del autor):

La Constitución promete libertad... una libertad que incluye... definir y expresar su identidad. Los peticionarios... intentan hallar esa libertad casándose con alguien de su mismo sexo y logrando que esos matrimonios sean considerados legales en los mismos términos y condiciones que matrimonios entre personas del sexo opuesto.

Respecto del proceso señala: “los peticionarios presentaron estas demandas en las cortes federales de distrito en sus estados de origen. Cada corte de distrito falló a su favor... los demandados apelaron las decisiones en el sexto circuito de la corte de apelaciones... dicha corte consolidó los casos y revocó las decisiones de las Cortes de distrito... la corte de apelaciones sostuvo que un estado no tiene una obligación constitucional de autorizar matrimonios del mismo sexo ni de reconocer matrimonios del mismo sexo constituidos fuera del estado... los peticionarios solicitaron certiorari. Esta corte concedió la revisión aunque limitada a dos interrogantes: la primera... es si la 14ª enmienda requiere que un estado autorice un matrimonio entre dos personas del mismo sexo. La segunda... es si la 14ª enmienda requiere que un estado reconozca un matrimonio entre personas del mismo sexo autorizado y constituido en un estado que sí concede dicho derecho.”

...Los demandados sostienen...extender el concepto y status legal del matrimonio a dos personas del mismo sexo sería degradar una institución eterna. El matrimonio desde su punto de vista, es por su propia naturaleza una unión

¹ El texto que transcribo se toma de la traducción al español que del voto mayoritario de la Corte realizó la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, revisada por el profesor William Vázquez Irizarry.

diferenciada por razón de género entre un hombre y una mujer. Esta visión se ha sostenido por mucho tiempo —y continúa sosteniéndose— de buena fe por gente razonable y sincera aquí y alrededor del mundo.

En cuanto a los antecedentes del conflicto en dicho país señala:

... en 1993 la corte suprema de Hawai resolvió que una ley de Hawai que limitaba el matrimonio a parejas heterosexuales constituía una clasificación sobre sexo y por ende estaba sujeta a escrutinio estricto... aunque esta decisión no implicó que el matrimonio entre personas del mismo sexo tenía que permitirse algunos estados se mostraron preocupados por sus implicaciones y reafirmaron en sus leyes que el matrimonio es la unión entre parejas del sexo opuesto.... en 1996 el Congreso aprobó la ley en defensa del matrimonio (DOMA por sus siglas en inglés) definiendo el matrimonio, para propósitos del derecho federal... como “sólo la unión legal entre un hombre y una mujer”... en el 2003 la corte de Massachusetts resolvió que su constitución garantizaba a las parejas del mismo sexo el derecho a contraer matrimonio... luego de ese fallo, algunos estados le concedieron derechos matrimoniales a parejas del mismo sexo... hace dos años esta corte invalidó la DOMA en la medida que... le prohibía al gobierno federal tratar a los matrimonios entre personas del mismo sexo como válidos, aun cuando dichos matrimonios eran legales en el estado en el que fueron autorizados. La corte sostuvo que la DOMA menospreció a las parejas del mismo sexo... en años recientes han llegado numerosos casos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo a las Cortes de apelaciones Estados Unidos. De conformidad con el deber judicial de basar sus decisiones en razones de principios y discusiones neutrales... las Cortes han elaborado un importante cuerpo de derecho teniendo en cuenta todo los lados de esta controversia... Luego de años de litigación... y las discusiones sobre estos acontecimientos públicos, los estados están divididos en cuanto al asunto del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En el apartado III señala:

... según la cláusula de debido proceso de ley de la 14ª enmienda ningún estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso la ley. Las libertades fundamentales... incluyen la mayor parte de los derechos enumerados en la Carta de Derechos. Además, estas libertades se extienden a ciertas decisiones personales que son esenciales a la dignidad individual y a la autonomía.

... las generaciones que escribieron... la carta de derechos y la 14ª enmienda no presumían saber el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que le delegaron a las generaciones futuras una carta que protegía el derecho de todas las personas de disfrutar la libertad mientras descubrimos su significado. Cuando nuevos entendimientos revelan discordancia entre las protecciones centra-

les la constitución y ciertas restricciones legales, los reclamos de libertad tienen que atenderse.

... este análisis obliga a concluir que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho a contraer matrimonio... la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al *concepto de la autonomía individual*...

... los casos de esta corte y las tradiciones de la nación dejan claro que *el matrimonio es una piedra angular de nuestro orden social*...

... en Maynard vs. Gil... *la corte explicó que el matrimonio es la base de la familia de la sociedad sin la cual no habría ni civilización ni progreso... ha sido Durante mucho tiempo una gran institución pública dando carácter a nuestro ordenamiento civil en general*...

... los estados han contribuido al carácter fundamental del derecho al matrimonio al colocar esa institución en el centro de tantas facetas del *orden jurídico social*...

... Limitar el matrimonio a las parejas del sexo opuesto pudo haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio es ahora evidente...

... el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, que es parte de la libertad prometida por la 14ª enmienda, se deriva también de la promesa de igual protección de las leyes de esa enmienda. La cláusula de debido proceso y la cláusula de igual protección están conectadas... a pesar de que establecen principios independientes... *ésta interrelación de los dos principios amplía nuestro entendimiento de qué es la libertad y en qué debe convertirse*...

... está ahora claro que las leyes impugnadas agobien la libertad de parejas del mismo sexo, pero además... coartan preceptos centrales de igualdad. *Las leyes de matrimonio impuestas por los recurridos son, en esencia, desiguales: a las parejas del mismo sexo le son negados todos los beneficios que le son otorgados a pareja del sexo opuesto y les es prohibido ejercitar un derecho fundamental*...

... estas consideraciones llevan a la conclusión de que *el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental inherente a la libertad las personas y, bajo las cláusulas de debido proceso e igual protección de la 14ª enmienda, las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y de esa libertad*...

... la constitución contempla la democracia como el proceso apropiado para el cambio, siempre y cuando ese proceso no limite los derechos fundamentales... los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental... los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; ellos no dependen de ningún resultado electoral... el asunto ante la corte es la interrogante jurídica de si la constitución protege el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse...

... *si la corte sostiene las leyes impugnadas como constitucionales, sería enseñarle a la nación que esas leyes están acorde con nuestro más básico pacto social*...

... la constitución... no le permite al Estado prohibir el matrimonio a las parejas del mismo sexo en los mismos términos que es otorgado a las parejas de sexo opuesto... la corte determina que las parejas del mismo sexo pueden ejercer el derecho fundamental a casarse en todos los estados... No existe base legal para que un estado se niegue a reconocer el matrimonio entre personas del mismo contraído en otro estado...

b) Opinión disidente del juez Scalia

De igual manera transcribo los argumentos que me parecieron más importantes, esta vez en su idioma original inglés (el subrayado es mío):

...It is not of special importance to me what the law says about marriage. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me. Today's decree says that my ruler, and the ruler of 320 million americans coast to coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact —and the furthest extension one can even imagine— of the Court's claimed power to create liberties that the Constitution and its amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the people of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves.

Regulation of domestic relations is an area that has long been regarded as a virtually exclusive province of the States.

But we need not speculate. *When the Fourteenth Amendment was ratified in 1868, every State limited marriage to one man and one woman, and no one doubted the constitutionality of doing so. That resolves these cases.*

The public debate over same-sex marriage must be allowed to continue.

A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy

The five Justices who compose today's majority are entirely comfortable concluding that every State violated the Constitution for all of the 135 years between the Fourteenth Amendment's ratification and Massachusetts' permitting of same-sex marriages in 2003. *They have discovered in the Fourteenth Amendment a "fundamental right" overlooked by every person alive at the time of ratification, and almost everyone else in the time since.*

III. JURISPRUDENCIAS MEXICANAS

a) Acción de inconstitucionalidad 2/2010

El 16 de agosto de 2010, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictó sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en cuyo punto resolutivo segundo se reconoció la validez de los artículos

146 (que define al matrimonio como la unión libre entre dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua) y 391 (que permite a los cónyuges adoptar) del Código Civil para el Distrito Federal, conforme a lo expuesto en los considerandos quinto, sexto y séptimo de dicha ejecutoria.

b) Voto disidente del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano

A continuación transcribo en lo conducente el texto del voto particular del ministro Aguirre Anguiano, en contra de la sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010:

...El Tribunal Pleno de la Suprema Corte... sostuvo que son constitucionales los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal... No comparto la anterior determinación plenaria, que se refleja en el punto resolutivo segundo de la sentencia, por las siguientes razones:

L...se desestiman los conceptos de invalidez hechos valer en contra del artículo 146 en cuanto redefine el concepto de matrimonio para entenderlo entre dos personas, sin importar su sexo. La constitucionalidad de la medida legislativa se sustenta... en los razonamientos siguientes:

- No hay violación a la garantía de motivación contenida en el artículo 16 constitucional porque la Suprema Corte ha sostenido... que el legislador no está obligado a justificar dentro del procedimiento legislativo, que la creación de normas jurídicas obedece a determinados objetivos que se correspondan con la realidad social.
- Los planteamientos de invalidez se dirigen a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa... pero no a impugnar el acto legislativo por violación al principio de igualdad o no discriminación.
- ...La Asamblea Legislativa... está facultada... para legislar en materia civil y , por tanto, para redefinir el concepto de matrimonio permitiendo que se celebre entre dos personas y no sólo entre un hombre y una mujer.
- La Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio... En su artículo 4º obliga a proteger a la familia... pero tampoco nos refiere que ese concepto... tenga que constituirse necesariamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer.
- ...La dinámica social ha dado lugar a diversas formas familiares... la familia nuclear... familias monoparentales... familias extensas o consanguíneas... uniones homosexuales, con o sin hijos... Todas estas formas familiares deben ser protegidas por mandato constitucional.
- Si bien históricamente el matrimonio se ha considerado como la unión entre un hombre y una mujer y la procreación ha tenido un papel importante... la evolución de esta institución y de su concepción lleva a sostener que la relación jurídica matrimonial no se vincula ya al fin de la

procreación sino que se sostiene... en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos...

- La Asamblea... justifica la reforma legal impugnada, esencialmente, en la igualdad y la no discriminación... por orientación sexual, lo que satisface el principio de razonabilidad...
- ...no es sostenible una interpretación constitucional que lleve a concluir que la Asamblea... en ejercicio de su competencia... no pueda extenderlo a las uniones entre personas del mismo sexo.

A) ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. MOTIVACIÓN DE LA REFORMA IMPUGNADA...

...las relaciones homosexuales han sido ya objeto de regulación jurídica en el ámbito del Distrito Federal en la Ley de Sociedades de Convivencia, por lo que no puede justificarse la reforma... en la necesidad de normarlas... la equiparación de las parejas del mismo y de diferente sexo al permitirse el matrimonio a ambas y la... adopción para las dos, trastoca el principio de igualdad, la garantía... relativa a la protección de la familia y... al interés superior de la infancia...

...un precepto... contrario al orden constitucional del que dimana.

Esto ocurre con el artículo 146 impugnado en la acción de inconstitucionalidad... prevé la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en franco olvido del contenido y sentido de las normas constitucionales atinentes al tema, además de la interpretación equivocada de dos instituciones jurídicas y humanas fundamentales en el tema a estudio... el matrimonio y la familia.

B) ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL

No comparto la afirmación... plenaria mayoritaria respecto a que el artículo 4º constitucional contiene una serie de principios y de derechos que no tienen una relación directa entre sí...

Al establecerse lo anterior en el mismo párrafo, es claro que el tipo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución es el formado por el hombre, la mujer y los hijos que lleguen a procrear.

En los siguientes párrafos la disposición suprema refiere los principios que aseguran el sano desenvolvimiento de la familia y de sus miembros...

No hay duda respecto a que el modelo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución al ordenar su protección es la familia nuclear formada por el hombre, la mujer y los hijos. Sólo a través del reconocimiento de la institución matrimonial entre parejas de distinto sexo puede el Estado dar cumplimiento a ese deber.

Existe una tendencia generalizada a creer que el matrimonio heterosexual es un producto de la moral religiosa; sin embargo, existen fuentes que sostienen que en las comunidades antiguas de Grecia y Roma el matrimonio nació dentro de las primeras formas de organización doméstica y constituía no un acto vinculado con la moral, sino con el paso de un sistema de culto privado a otro

culto privado; del paso que una joven realizaba del culto al hogar y a los dioses domésticos de su padre al de su marido...

De aquí derivó la definición de matrimonio que el Digesto enumera... una comunicación del derecho divino y el humano... un acto humano donde participan tanto las leyes nacionales como las divinas.

El matrimonio estaba ligado a la familia pues a través de aquél se aseguraba la procreación y la descendencia. El matrimonio en la Grecia y en la Roma antiguas era obligatorio y su fin no era el placer ni en la unión de dos seres que se correspondían sentimentalmente, sino para unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuera apto para continuar ese culto...

Lo anterior permite sostener que matrimonio y familia surgen de una realidad antropológica y social anterior a lo que puede considerarse como un matrimonio... religioso, su estima está vinculada con el valor que la sociedad otorga a la familia y a los hijos...

...esta unión entre matrimonio y familia encuentra sus raíces más allá de la concepciones religiosas y morales, ya que su origen se pierde en épocas anteriores a la propia formación de los sistemas religiosos... el modelo de matrimonio que ha imperado en la cultura occidental, (es decir, el heterosexual, monógamo, con consentimiento de las partes y con fines de procreación... ha perdurado por más de veinticinco siglos, en tanto ya era reconocido por las leyes griegas y romanas...

Desde el punto de vista etimológico la palabra matrimonio hace referencia a la procreación... Mater que significa madre y un verbo: monio... que quiere decir recordar... es lo que recuerda a la madre... al origen, a la procreación... en el griego... se designaba al matrimonio con la palabra Himeneo... existe una clara alusión al cuerpo femenino.

...el matrimonio heterosexual no es un producto de la moral religiosa, sino un elemento de nuestra cultura, donde matrimonio heterosexual y familia constituyen las instituciones propias de la perpetuación de la especie...

...el adjetivo heterosexual no debe considerarse... un elemento accidental del sustantivo matrimonio, sino como un predicable esencial, pues en nuestra cultura, un matrimonio... entre dos personas del mismo sexo no puede ser llamado con propiedad matrimonio, dado que... etimológicamente la palabra matrimonio involucra al ser femenino y la posibilidad de generación de vida...

La unión entre dos personas del mismo sexo no puede comprenderse, dentro del concepto histórico, social y jurídico del matrimonio. Debe buscarse un neologismo que refiera ese tipo de unión y regularse jurídicamente aparte de la institución matrimonial...

...un neologismo es una "palabra nueva"; su campo semántico abarca también la idea de lo insólito, lo inesperado, propio de juventud, irreflexivo, inexperto...

Los instrumentos internacionales... refieren la importancia de la protección de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y reconocen la institución del matrimonio formado por un hombre y una mujer... Declaración Universal de Derechos Humanos... Convención Americana sobre Derechos Humanos... Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

16.

1. Los hombres y las mujeres... tienen derecho... a casarse y fundar una familia...

3. La familia... debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia... 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...

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 23

1. La familia... tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 10

1. ...conceder a la familia... la más amplia protección y asistencia posibles...

Esos instrumentos internacionales... aluden a los seres humanos titulares de esos derechos con el término de 'personas'; en cambio, al referirse al matrimonio señalan el derecho que asisten al hombre y a la mujer para contraer matrimonio y formar una familia.

...en el artículo 16, punto 3, de la Declaración Universal... se alude expresamente al derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia... dentro de las restricciones previstas no se comprende la orientación sexual, precisamente porque se parte de que la institución matrimonial es heterosexual, lo que significa que en el caso del matrimonio no puede operar la prohibición de discriminación por razón de tal orientación al conformar parte de su esencia la heterosexualidad...

Es derecho de todo ser humano decidir de manera libre a la pareja con quien... convivir... constitucionalmente sólo tienen derecho a que tal unión se formalice a través del matrimonio las parejas heterosexuales, como institución fundamental base de la familia y de la sociedad y cuya protección constituye una garantía institucional...

...sostengo que no existe un derecho humano fundamental al matrimonio, sino un derecho de libertad en la decisión de unión de convivencia...

C) DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN...

A diferencia de lo que sostiene la mayoría, considero que el análisis de los derechos de igualdad y no discriminación requiere... de un análisis de constitucionalidad reforzado...

El análisis de constitucionalidad de la reforma... exige considerar, en virtud de la posibilidad de adopción que implica la incorporación de las parejas del mismo sexo en la institución del matrimonio, el interés superior del menor, el cual constituye indudablemente un bien que el Estado tiene la obligación de proteger y un derecho de la niñez mexicana... por lo que por este solo hecho procede realizar un test de constitucionalidad exhaustivo y reforzado...

...la igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que en ocasiones "hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras, estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido", por lo que se requiere de un examen reforzado cuando se introduce una distinción.

...la norma que redefine el matrimonio no hace distinción, pero... cuando se establece un trato igual a una situación concreta que históricamente ha recibido un trato diferente, como ocurre con el matrimonio, el test reforzado se requiere... pues el principio de igualdad se violenta al no consagrarse el trato diferente cuando éste resulta constitucionalmente exigible...

Al permitirse contraer matrimonio a personas del mismo sexo se violenta el principio de igualdad pues... las parejas homosexuales no se encuentran en la misma situación que las... heterosexuales en tanto sólo estas... están en posibilidad biológica y natural para concebir y procrear. Esta diferente realidad exige que no se equiparen en cuanto al tratamiento jurídico que se dé al reconocimiento de unas y otras, además que el modelo de familia a que atendió el Poder Reformador de la Constitución... es la formada por un hombre, una mujer y los hijos...

...que parejas del mismo sexo pretendan eliminar la imposibilidad biológica en que se encuentran para poder concebir recurriendo a otros medios... no los equipara a las parejas heterosexuales que naturalmente puedan convertirse en padre y madre...

Igualar la diferente situación en que se encuentran las parejas heterosexuales y homosexuales no resulta objetivo y razonable y, por tanto, se traduce en infracción al principio de igualdad...

La garantía institucional que modela humanamente a la familia, impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no hay impedimento para adecuarla al espíritu de los tiempos pero no puede hacerse en términos que resulten irreconciliables por la conciencia social de cada tiempo y lugar, lo que impone al legislador la obligación de respaldar en un amplio consenso político y social las innovaciones que introduzca...

No se comparten las anteriores consideraciones...

...el concepto de invalidez debió declararse fundado y, consecuentemente declararse la invalidez de las normas controvertidas...

La noción de orden público adquiere relevancia trascendental en el presente asunto...

Muchas entidades... en nuestro país definen al matrimonio... entre un hombre y una mujer... Este concepto de la institución matrimonial adecuadamente atiende a lo que el Pacto Federal entiende por matrimonio... cabe cuestionar ¿no se rompe u ofende el orden público en aquellas entidades federativas que regulan la figura del matrimonio como aquel celebrado entre un hombre y una mujer? ¿no se afecta con ello el orden público de cada Entidad al obligarlas a reconocer actos del estado civil que difieren de lo que su propia legislación prevé?...

...¿en ese tipo de casos no habría violación al orden público en las entidades federativas mencionadas y a una de las instituciones que principalmente defienden como lo es la familia?...

...considero que debió declararse fundado el planteamiento de transgresión a los artículos 14, 16, y 121 constitucionales por las siguientes razones:

a) Las normas impugnadas violan el artículo 121 Constitucional por dos razones...

a.1 La Asamblea... del Distrito Federal no tiene facultades para modificar el contenido esencial de una institución que se regula con base en un estándar histórico constitucional, pues los estándares que presupone la Constitución Federal sólo pueden ser modificados por el Constituyente Permanente y no por las Legislaturas Locales...

a.2 La reforma impugnada al separarse del estándar constitucional rompe con la armonía propia del sistema federal y con el orden público que de ahí deriva...

...a fin de esclarecer si... se atiende o no al... interés superior del menor es necesario considerar dos circunstancias... de no afectación al sano desarrollo del niño...

- Que en México no existe rechazo social a este tipo de parejas o bien que existiéndolo ello no perjudica al menor...
- Que no se produce una confusión de las figuras paterna y materna o que tal confusión no afecta a su desarrollo.

Es necesario determinar si en nuestro país se siguen estigmatizando y desaprobandando las uniones entre parejas del mismo sexo, pues tal rechazo social... puede afectar el sano desarrollo del menor...

Es por ello que considero improcedente acudir a las decisiones que los otros países hayan adoptado al respecto. La posibilidad... de que parejas homosexuales tengan acceso a la adopción... debe atender a nuestra realidad social y a nuestra idiosincrasia y no a la de otros países...

...en virtud de las diferentes socioculturales que guardamos con las poblaciones de... Estados Unidos..., Suecia, Reino Unido, Bélgica, España, Holanda, entre otros países...

...las investigaciones tienen deficiencias metodológicas...

El mismo estudio reconoce que la American Psychological Association... informa que la población homosexual sufre en una mayor proporción de desajustes psicológicos relacionados con el estrés... como consecuencia del prejuicio y la discriminación generalizados... debió tenerse presente pues esos desajustes... podrían tener influencia en el desarrollo de los menores...

...los “especialistas” de la Universidad Nacional Autónoma de México emitieron dos opiniones... en la segunda... se indica que las personas homosexuales son uno de los grupos más estresados de la sociedad... estos niños pueden considerarse en riesgo porque tienen que afrontar burlas, acoso escolar, presión... y aislamiento que pueden dañar su autoestima y su confianza...

La opinión rendida por el DIF Nacional adquiere importancia especial por tratarse del organismo público que debe intervenir en los procedimientos relacionados con la adopción...

En esa opinión se señala que no existen estudios referidos a la sociedad mexicana en el tema de la adopción por parte de parejas homosexuales pues no se ha recibido ninguna solicitud... los estudios existen en otros países y no pueden avalarse porque se desconoce la metodología empleada, las investigaciones de campo realizadas y responden a entornos socioculturales muy distintos al mexicano...

... la adopción no es un derecho que pueda ser reclamado que el bien jurídico tutelado es el derecho de los menores a vivir en familiar y la adopción es sólo un instrumento jurídico para hacerlo efectivo...

...la integración del niño a la nueva estructura familiar no debe suponer enfrentarlo a una nueva dificultad de integración en el medio social. Vivimos en una sociedad que, injustamente, rechaza y discrimina a los homosexuales...

...destaca que los estudios llevados a cabo en Holanda, Noruega, Inglaterra, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Francia y Australia...

...concluye que existe información sólida y representativa para estimar que las personas homosexuales configuran un patrón de conducta de riesgo notoriamente mayor respecto de los heterosexuales en perjuicio de la protección del bien superior del niño...

...la Asociación Mexicana de Pediatría considera que... no existen estudios que refieran qué sucedería en el corto, mediano y largo plazo con la personalidad de los niños adoptados por personas homosexuales... debe existir algún tipo de alteración bio-psicosocial ya que la raza humana se ha venido desempeñado dentro de la cultura de dos sexos o géneros predominantes; que el grado de culturización en algunas sociedades, les permite tener un panorama más amplio...

Concluyo... que atendiendo al interés superior de la infancia... se está ante una duda razonable en cuanto al impacto que puede tener en un menor la circunstancia de formar parte de una familia conformada por personas del mismo sexo...

...considero pertinente advertir que de los países que han legalizado la unión civil de parejas del mismo sexo, son muchos los que no han establecido... que tales uniones accedan a la adopción... como... Francia... Austria... Suiza... Uruguay, Colombia y Ecuador...

Es claro que... debió declararse la inconstitucionalidad de la reforma... en atención al interés superior del menor.

Las anteriores inquietudes se basan en una duda razonable de afectación al sano desarrollo del menor al no existir prueba alguna que acredite la previa aceptación de ese modelo de parejas por la sociedad mexicana...

La garantía de igualdad exige diferenciar lo que por naturaleza es desigual...

En torno a las garantías de igualdad y no discriminación... se hizo referencia a las "categorías sospechosas"...

Estas causas concretas de prohibición de discriminación se basan en supuestos que históricamente han dado lugar a ella y son conocidas... como "categorías sospechosas de discriminación", en las cuales para justificar un trato desigual basado en alguna de estas causas se exige una motivación objetiva y razonable reforzada. Esto significa que no puede partirse, como lo hace la sentencia... de que la sola distinción por alguna de estas causas resulta discriminatoria per se y conculcatoria del artículo 1º constitucional, pues es necesario determinar si no existen razones que justifiquen o... exijan un trato diferenciado...

...no comparto la denominación de "categorías sospechosas" a la que algunos Ministros aludieron durante la discusión del asunto, con base en doctrina extranjera... tal terminología es peyorativa e innecesaria porque ya la Suprema Corte ha determinado la necesidad de someter a un juicio... exhaustivo y reforzado cualquier distinción, por motivo de alguna de las causas que enumera el artículo 1º... en general, cuando el criterio diferenciador importe un trato desigual...

...sí es constitucionalmente válido establecer distinciones tratándose de las llamadas "categorías sospechosas"... con la condición de que estén apoyadas en razones que soporten un test de proporcionalidad reforzado, como ocurre en el caso de existir otro principio constitucional que prevalezca sobre la afectación a los derechos y libertades que el trato diferenciado pudiera ocasionar, como es el interés superior del menor...

No existe un derecho fundamental al matrimonio... existe... un derecho... de elegir con quién vivir... que no significa que tal unión deba ser reconocida bajo la institución civil del matrimonio. Tampoco existe un derecho fundamental a la adopción de menores; lo que existe es el derecho de los niños a ser

adoptados en... una familia, el compromiso del Estado de procurarles... protección y del ambiente que garantice su sano y pleno desenvolvimiento.

Por tanto, no puede sostenerse que las normas impugnadas tienden a tutelar derechos que constitucionalmente no son tales, como el casarse entre personas del mismo sexo y adoptar menores... mucho menos, que el criterio contrario al sostenido en la resolución plenaria, esto es, la inconstitucionalidad de la posibilidad de adopción... implica la afectación o privación de derechos fundamentales... en atención a su preferencia sexual.

Suponiendo que con la posibilidad para las parejas... del mismo sexo de contraer matrimonio y adoptar menores se pretendiera el fin legítimo de eliminar la discriminación a los homosexuales, los medios utilizados no resultan constitucionalmente válidos para lograrlo pues se desconoce el interés superior del niño. No puede utilizarse al menor como un instrumento para abatir una realidad social... como lo es la discriminación por razón de orientación sexual.

La duda razonable de la afectación al menor con la adopción por matrimonios del mismo sexo, que la sentencia plenaria desconoce sin apoyo probatorio alguno, impide la utilización de los menores como punta de lanza para abatir el problema de la discriminación...

...no puede prevalecer el fin legítimo de combate a la discriminación por razones de orientación sexual sobre el interés superior del menor...

La imposibilidad constitucional de adopción... no parte de un discriminación per se... sino de una realidad natural y social...

...del proceso legislativo que dio lugar a las normas impugnadas se advierte que la Asamblea... incurrió en una falta de análisis de la repercusión que... del matrimonio de parejas homosexuales ocasiona en cuanto a la adopción... La sentencia del Tribunal Pleno convalida este vicio al declarar constitucional la posibilidad de adopción por tales parejas...

...al otorgar... acceso a la pareja homosexual a la institución civil de la adopción resultan contraria al interés superior del menor...

...si bien se comparte... que el Tribunal Constitucional debe ser parte de la tendencia que evite la discriminación estableciendo criterios que no discriminen, se disiente de que la determinación adoptada sea de avance social en tal sentido, puesto que el principio de igualdad exige no equiparar lo que es diferente... es la asimilación al concepto tradicional del matrimonio de todo tipo de uniones de personas lo que ocasiona una violación a dicho principio, haciendo prevalecer el interés de grupos minoritarios sobre el interés de la sociedad y el interés superior de los niños...

...la aplicación... del matrimonio a las parejas del mismo sexo requiere... de un examen particularizado que refleje la voluntad del legislador expresa y consiente sobre los efectos de la equiparación, específicamente en materia de adopción... apoyada en prueba plena de no afectación al interés superior del niño... conforme a nuestra realidad social, aunque ello fuera la tendencia de avance

social mundial – que no lo es al ser mínimo el porcentaje de países que permiten la adopción...

...debió declararse la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal...

c) Jurisprudencias del año 2015

1. Jurisprudencia 1a./J. 85/2015 (10a.)

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Las definiciones legales de matrimonio que contengan la procreación como finalidad de éste, vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, al excluir injustificadamente a las parejas del mismo sexo de dicha institución, toda vez que no está directamente conectada con dicha finalidad. Como lo ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Constitución protege a la familia como realidad social, es decir, todas las formas y manifestaciones de familia que existen en la sociedad, entre las que se encuentran las homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos. En este sentido, la distinción resulta claramente sobreinclusiva porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden a esta institución con la finalidad de procrear, lo que muestra la falta de idoneidad de la medida para cumplir con la protección de la familia como realidad social, y que se contrapone a lo sostenido por este alto tribunal en el sentido de que ha desvinculado el matrimonio de la función procreativa. Por otro lado, resulta subinclusiva porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales, lo que ocasiona que se les prive de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar.

2. Jurisprudencia 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 condi-

ciones 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.

IV. COMENTARIOS Y CONSIDERACIONES

1. Tenemos que recordar que los Estados Unidos de América están organizados políticamente como un estado de tipo federal, en donde las facultades que no están previstas en la propia Constitución como competencia del gobierno federal, se entienden reservadas a las entidades federativas, tal como lo señala la décima enmienda de dicha constitución, que por cierto es considerada la más antigua del mundo. Esta décima enmienda, desde mi punto de vista, constituye uno de los puntos centrales de crítica de la sentencia estadounidense analizada, desde el punto de vista positivo, es decir, tomando en cuenta el texto de la legislación, que es bastante claro.

2. Respecto de la sentencia OBERFEGELL, desde mi punto de vista, la opinión más convincente y sólida jurídicamente es la disidente del juez Scalia por las siguientes razones:

A) Desde el punto de vista positivo, es decir, atendiendo a las disposiciones de la propia constitución estadounidense, la materia civil (que incluye la legislación sobre matrimonio), pertenece al ámbito de competencia de los Estados (como claramente lo señala Scalia), según lo dispone expresamente la décima enmienda, toda vez que el ámbito de competencia federal debe estar previsto expresamente en la propia Constitución (en otras palabras: todas las facultades no previstas en la Constitución para el gobierno federal, se entienden reservadas a los estados). Luego entonces, es contundente el hecho de que la regulación sobre matrimonio pertenece a cada uno de los Estados, por ello en mi opinión es improcedente que la Corte declare “inconstitucionales” las legislaciones estatales en materia de matrimonio, independientemente de si permitan o no el matrimonio homosexual.

B) Por las mismas razones del punto anterior, me parece que la Corte está invadiendo una esfera de competencia que no le corresponde: la del poder legislativo estatal, que es al único que compete la regulación sobre matrimonio.

C) Lo que es claro, según la cláusula conocida como de "entera fe y crédito", prevista también en la propia Constitución, es que los Estados están obligados a reconocer los matrimonios celebrados válidamente en otro Estado, independientemente de si es heterosexual u homosexual.

D) Tiene razón Scalia cuando afirma que un tema de importancia capital para el Estado y los ciudadanos (pues en la mayor parte del mundo es reconocido el matrimonio como la base de la sociedad, y por tanto una institución de orden público), que ha suscitado tanta polémica y controversia, sea resuelto por una mayoría de nueve abogados, que además carecen de una proporcional representación respecto de los diversos grupos sociales en dicho país.

E) Por lo que se refiere a los derechos humanos, los principales argumentos de la Corte, se basan en dos derechos fundamentales: la libertad y la igualdad, pero en mi concepto, la primera extralimitada y la segunda mal entendida, por lo siguiente:

La opinión mayoritaria "descubre" (como bien señala Scalia) un derecho fundamental que nadie había percibido: una libertad extendida o ampliada, consistente en que el individuo pueda cumplir sus deseos por más nobles que sean, sin respetar el statu quo o las restricciones legales impuestas, lo cual en mi opinión es más subjetivismo que un derecho humano. Parece más libertinaje que libertad. Independientemente de cualquier postura religiosa, me parece que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son *contra natura*; luego no me queda tan claro que las personas involucradas ejerzan cabalmente su "libertad".

Por lo que se refiere a la igualdad, es decir al mismo trato que deben tener las parejas homosexuales que las heterosexuales, recuerdo que Aristóteles al hablar de justicia (en una de sus tantas acepciones) señalaba que ésta consistía en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Luego, tampoco me queda tan claro que exista una violación al principio de igualdad.

3. Me parece riesgoso que los jueces tengan el poder de interpretar hasta dónde llegan los derechos fundamentales, sobre todo por las repercusiones sociales que sus sentencias pueden tener. Precisamente por ser los derechos humanos principios ("mandatos de optimización") y no reglas de conducta, en ciertos casos, como el analizado en el presente trabajo, puede ser discutible la interpretación y el alcance que un determinado juez haga de los mismos.

4. Desde la perspectiva del derecho mexicano, me parecen aplicables, en esencia, las anteriores consideraciones vertidas, toda vez que nuestra constitución está copiada de la estadounidense (y toda vez que también la Suprema Corte de Justicia declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México es constitucional).²

5. Coincido plenamente con la postura del ministro Aguirre Anguiano cuando afirma que no existe un derecho fundamental al matrimonio, sino un derecho de libertad para unirse en convivencia. Asimismo coincido con sus argumentos para demostrar que los derechos de igualdad y no discriminación no pueden ser aplicados al caso que nos ocupa, por las razones que ya han quedado transcritas.

6. Adicionalmente a los argumentos del ministro Aguirre Anguiano, hay uno que en mi opinión es bastante claro para considerar el matrimonio entre personas del mismo género sexual así como la posibilidad de que puedan adoptar, un hecho ilícito: el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres” cuyo contenido debe estar redactado más o menos en el mismo sentido en la mayor parte de los códigos civiles del resto de las entidades federativas, así como de los europeos y latinoamericanos. El Código Civil italiano en su artículo 1343, entre algún otro, señala: “La causa é illecita quando é contraria a norme imperative, all’ordine público o al buon costume”.

Resulta sumamente ilustrativo y claro y todavía vigente en mi concepto, lo que acerca de las buenas costumbres nos enseña el maestro don Manuel Borja Soriano en su reconocido libro “Teoría General de las Obligaciones”:

...IV. ACTOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES. 184. Ofensa a la moral. La ley niega su protección al contrato cuyo objeto tiene un contenido inmoral. Esta norma, que puede decirse existe en todos los códigos de los países civilizados, “está inspirada en un sentido de profundo respeto a la conciencia de la sociedad, que no debe ser turbada y trastornada por especulaciones torpes y por contratos escandalosos, y en un sentimiento de dignidad que la ley tiene por sí misma, porque no quiere convertirse en instrumento de la maldad de otros y hacer servir la forma del contrato y la fuerza obligatoria que le es anexa para constreñir a otros a una acción o prestación inmoral. Por otra parte esta norma, haciendo servir al derecho de medio para el perfeccionamiento de

² Previa reforma en 2009 al Código Civil de la Ciudad de México, que cambió la definición de matrimonio: de la unión entre un hombre y una mujer, por la unión de dos “personas”.

la vida humana, lo eleva así a una altura ideal, si debe creerse que el desarrollo y progreso del derecho consiste precisamente en la elevación de la ley moral a ley jurídica" (Ferrara, núm. 3, pag. 4). "el principio de la nulidad de los actos inmorales y contrarios al orden público se presenta como una norma subsidiaria a las provisiones legales, en cuanto interviene en todos aquellos vacíos dejados por la ley para mayor protección del ordenamiento... Agrega Ferrara lo siguiente: "A la norma que declara ilícitos los actos inmorales se han dirigido graves censuras, lamentando que constituya una intromisión arbitraria de la moral en el derecho, y que señala un retroceso en la legislación, o al menos, un resto de aquella confusión de principios morales y jurídicos, cuya distinción clara es una conquista de la ciencia moderna. Pero reflexionando sobre esta acusación, queda uno persuadido de que carece de fundamento... tanto las reglas morales como las jurídicas tienen por objeto la conducta humana y quieren dirigir y guiar las acciones individuales en ciertas direcciones y según cierta medida a fin de alcanzar los fines de la convivencia social...184 bis. Ripert y Renard. Ripert,... enseña que entre la regla moral y la regla jurídica no hay diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin, y Renard, a su vez proclama la identidad fundamental de la moral y del derecho...185. Concepto de las buenas costumbres. El contrato inmoral es nulo como el contrato contrario al orden público y el respeto de la moral entra, a decir verdad, en el del orden público... En Francia, como en los países de Europa y de América, es el cristianismo el que ha impuesto cierta moral. Las reglas de esta moral se siguen por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez comprueba su existencia y no tiene que fallar sobre su fundamento. Cuando comprueba que el contrato... quiere crear un vínculo jurídico, que sería contrario a las reglas de la moral, o permitiría infringir una de esas reglas, debe anular el contrato como contrario a las buenas costumbres...186. Necesidad de un ideal moral...¿qué es pues la regla moral, sino la regla de conducta dictada por la consideración de un ideal divino o humano? La repetición del acto inmoral no lo hace lícito porque la inmoralidad se convierta en costumbre. El asentimiento general no es muchas veces sino el hábito en el vicio. La piadosa consagración de una práctica por una opinión extraviada, no la legitima... los tribunales...tienen el deber de mantener la regla que largos siglos de moral cristiana han impuesto la sociedad y que están encargados de defender...

7. Me parece razonable y justo otorgar protección jurídica a las minorías, en lo que no coincido fue en la forma en que se hizo. Me parece difícil que en la sociedad mexicana en que vivimos hoy día, alguien pueda considerar que el matrimonio entre personas del mismo género sexual es una "buena costumbre".

8. Me parecen cuesta arriba los argumentos de las opiniones mayoritarias de los máximos tribunales estadounidense y mexicano para justificar en el caso concreto que nos ocupa, que su decisión estuvo basada en los derechos humanos, máxime cuando las tendencias actuales jurídicas a nivel mundial en esta materia, le dan una importancia crucial al contenido y valores éticos y de justicia que debe tener el derecho como ciencia.