

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

* Secretaria 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 (LGBTTI, 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 redefinió 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 antep pleno 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 matrimo-

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 cuento 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 hermafroditismo, el pseudohermafroditismo, 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.scjn.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 autodeterminación 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 quizá 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 sustancial”.

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 sostenemos “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, garantizara 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.