

LOS CRITERIOS DE LA CORTE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ESTADO MARITAL. LAS PIEZAS QUE FALTAN*

Francisca POU GIMÉNEZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen patrimonial del concubinato en Chiapas*. III. *La adopción por convivientes en Campeche*. IV. *¿Qué tipo de escrutinio despliega en realidad la Corte?* V. *¿Qué tipo de escrutinio debería haber desplegado?* VI. *Conclusión*. VII. *Apéndice*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Algo de lo cual debemos felicitarnos, no obstante enfrentar una coyuntura política, social y económica extremadamente deprimente, coronada por un sistema jurídico disfuncional, es que la Primera Sala de la Corte —ocasionalmente secundada por el pleno— haya desarrollado en los años recientes tantos criterios innovadores, que ponen de cabeza la jurisprudencia histórica y proveen instrumentos valiosos para la transformación social a la luz de la Constitución.

Esto es especialmente patente en el ámbito del derecho antidiscriminatorio. En estos años, la Corte ha construido, por ejemplo, la estructura de los escrutinios de análisis que utiliza para distinguir las diferenciaciones razonables de las arbitrarias; ha establecido qué son las categorías sospechosas; ha desarrollado criterios importantísimos sobre la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares; ha elaborado doctrina sobre discriminaciones indirectas, estructurales, o por impacto disparate; ha reconocido reclamos de discriminación, basada en estigmatizaciones expresivas

* Publicado en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, enero-junio de 2016, pp. 145-194. Agradecemos el permiso otorgado para su reproducción, con revisión y ligeros cambios, en esta nueva obra.

** Profesora asociada en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

que nunca habían sido justiciables, y ha transformado en alguna medida su práctica de confección de resolutivos para asegurar la efectividad de las sentencias.¹

Es cierto, con todo, que se trata de una jurisprudencia todavía dispareja en términos del rango de áreas temáticas que toca, por motivos relacionados con grados muy distintos de acceso a la justicia: hay muchos más casos sobre discriminación por motivos de género, identidad y orientación sexual, por ejemplo, que casos de discriminación por motivos de identidad cultural o salud, porque los reclamos del primer tipo han tenido la suerte de ser elevados a la justicia por estructuras de litigio de interés público que, en los otros ámbitos, todavía no existen. Y es todavía una jurisprudencia incipiente, que debe ser objeto de amplia discusión, crítica y comentario. La construcción de un derecho antidiscriminatorio que no sea inane —que sea capaz de atacar con efectividad las estructuras de privilegio y desventaja propias de cada país— no es una tarea de corto plazo, ni que se alcance al primer intento.

En este artículo voy a analizar dos sentencias recientes, una dictada por la Primera Sala en 2014, y la otra por el pleno en 2015, donde por primera vez se construyen criterios explícitos sobre la discriminación por estado civil —específicamente, por estado marital—.² La primera analiza la regulación del régimen económico de las uniones de hecho en Chiapas. En ella la Corte concluye que las diferencias que la ley hace entre el matrimonio y el

¹ Algunas sentencias de referencia serían las siguientes: sobre escrutinios de análisis en general, ADR 899/2008, AR 581/2012, AR 152/2013 y AR 407/2013; sobre las categorías sospechosas, AR 152/2013; sobre discriminación en las relaciones entre particulares, ADR 992/2014; sobre discriminaciones indirectas, estructurales, o por impacto disparejo, AI 8/2014; sobre discriminación por estigmatizaciones expresivas y estereotipos, ADR 2806/2012, AR 152/2013 y ADR 992/2014; sobre medidas y órdenes para reaccionar a un caso de discriminación, ADR 992/2014.

² Son los dos primeros casos en que la Corte construye criterios explícitos sobre el tratamiento de este tipo de discriminaciones, no los dos primeros que tratan estos temas. Sentencias relacionadas con matrimonio, divorcio, concubinato y temas conexos hay, por supuesto, bastantes en los pasados años, y una evaluación exhaustiva del tratamiento del estado marital en la jurisprudencia reciente de la Corte exigiría cubrirlos todos. Lo que distingue a las dos que abordaremos en este artículo es que la Corte analiza los casos específicamente mediante la construcción analítica de las categorías sospechosas desencadenan escrutinio estricto, en el contexto del artículo 1o. de la Constitución. Existe otro amparo donde encontramos traza de esa misma categorización: el ADR 230/2014, fallado el 19 de noviembre de 2014, el mismo día que el de Chiapas. No lo incluyo en este artículo, sin embargo, porque la Corte no lo falló bajo el encuadre igualdad-no discriminación, sino bajo los encuadres de dignidad humana, derecho a un nivel de vida adecuado, garantía de los derechos de los menores y protección al principio de solidaridad familiar.

concubinato —ése es el término que usa todavía la ley—, cuando regula las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja, son constitucionales. La segunda analiza la regulación de la adopción de menores por parte de “convivientes civiles” en el Estado de Campeche. La analizada, la prohíbe terminantemente, y la Corte determina que esa prohibición es inconstitucional.

Por los temas que plantean, estos dos asuntos entran en contacto, por un lado, con la piscina de casos en los que la Primera Sala ha empezado a derribar el altísimo edificio de leyes civiles que todavía discriminan a las personas por motivo de *orientación sexual* en el disfrute de los derechos y beneficios asociados al matrimonio, la adopción y la identidad. Y, por otro lado, se vinculan con los casos en los que la Corte declara discriminatorias por motivos de *género* regulaciones civiles tradicionales sobre alimentos, custodia, régimen patrimonial, y otras vertientes de las estructuras de convivencia previstas en nuestras leyes.

Con todo, al tiempo que estas dos sentencias “suenan” en gran parte como las mencionadas, tocan temas cuya distintividad debe ser cuidadosamente ponderada. Este es el objetivo de este comentario crítico. Tras dos secciones dedicadas a reconstruir con la precisión necesaria lo que los argumentos de la Corte dicen y hacen, sostendré que un adecuado análisis constitucional de la regulación del estado marital exige refinar la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, basado en categorías sospechosas que desencadenan escrutinio estricto, en el contexto de un análisis que conceda espacio suficiente al libre desarrollo de la personalidad, y consiga reflejar de algún modo el peso de una serie de consideraciones adicionales que son siempre relevantes cuando del combate jurídico a la discriminación se trata.

La argumentación de la Corte en los dos casos pone énfasis en dos grandes puntos: la necesidad de proteger a las personas frente a discriminaciones, en especial por los motivos expresamente mencionados en el artículo 1o. (los “factores sospechosos”), y el imperativo de proteger de igual modo todas las familias, bajo el artículo 4o., en la línea marcada en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, y sostenida consistentemente desde entonces en su jurisprudencia. Las dificultades argumentales de la Corte que identificaremos en este texto, sobre todo en la sentencia de Chiapas, y el hecho de que la Corte afirme que hace escrutinio estricto cuando en realidad hace algo diferente, sugieren, sin embargo, que los reclamos relacionados con el estado marital exigen quizá un aparato analítico más diversificado. Que conceda el peso que tiene al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que abra espacio para calibrar la importancia de varios aspectos de contexto social y cultural, y que, en estos o en futuros casos, no corra el riesgo

de acabar poniendo en aprietos —como ha pasado en Estados Unidos— a los intentos legislativos por aminorar las condiciones estructurales de desigualdad, o “abaratarse” en exceso el escrutinio estricto, quitándole virtualidad para desterrar con autoridad las prácticas más graves. Con todo, como veremos después de echar un vistazo a diferentes maneras de enfrentar este tipo de casos en el derecho comparado, no es claro si es mejor crear “compuertas” de necesaria superación antes de poder aplicar escrutinio intenso, o trabajar por sofisticar la estructura interna de éste, sin cuestionar la premisa de que merece ser proyectado en todos los casos en que exista un trato diferenciado por motivo de estado marital.

En conclusión, sostendré que, con independencia de lo mucho de bueno que estas dos resoluciones dejan para el derecho antidiscriminatorio, hay aspectos que están infraexaminados en ellas, o tratados de manera subóptima, y apuntaré preliminarmente —pues en esta vertiente nuestro análisis es fundamentalmente exploratorio— modos en que la Corte podría incorporar, técnicamente, las piezas que faltan.

II. EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL CONCUBINATO EN CHIAPAS

El primer caso en el que la Corte se refiere con especificidad a la discriminación por estado civil y al estado civil como categoría sospechosa es el ADR 597/2014.³ En el caso, una mujer chiapaneca había impugnado el artículo 287 ter del Código civil del Estado de Chiapas. Según este precepto, hasta por un plazo de dos años, desde el momento en que se disuelve un concubinato, la concubina —la norma se refiere a las mujeres, usando el femenino— puede “demandar al otro, el cincuenta por ciento del valor de los bienes, consistentes en el inmueble en donde hayan establecido su domicilio, vehículos y menajes de hogar, que hubiere adquirido durante el concubinato”, siempre y cuando concurren una serie de condiciones: que hayan vivido juntos al menos tres años y que la mujer se haya dedicado preponderantemente al desempeño del hogar y al cuidado de los hijos, y a menos —mucho ojo con esta condición, que no es denunciada por la quejosa ni analizada por los jueces, pero que bajo cierta interpretación genera una norma groseramente machista— que “haya demostrado ingratitud, viva en concubinato o contraiga matrimonio con otra persona”.⁴

³ ADR 597/2014, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 19 de noviembre de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla Quintana Osuna.

⁴ En efecto, si la compensación prevista en el artículo 287 ter del Código Civil chiapaneco obedece a la necesidad de compensar el desequilibrio patrimonial injusto (enriquecimien-

La quejosa señalaba que no existía justificación objetiva y razonable para la diferencia que la ley establece entre la regulación aplicable a los matrimonios y la aplicable a los concubinatos. Al no permitirse en el caso del concubinato la repartición de *todos* los bienes, como se hace en la sociedad conyugal, sino sólo los tres mencionados (inmueble, coche, menaje), la norma incurre —subrayaba la quejosa— en un trato inequitativo y permite que se den situaciones de empobrecimiento injusto (§16).⁵ Pero el Tribunal Colegiado le negó el amparo. A su juicio, la norma no otorga un trato indigno y desigual en comparación con el que recibe la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, porque el concubinato implica la expresión del deseo de no someterse a un régimen patrimonial. La norma establece un medio compensatorio, proteccionista, a favor de las concubinas que, por los motivos apuntados —subrayó el colegiado—, no atenta contra su dignidad ni vulnera su derecho a no ser discriminadas (§17).

En vía de recurso, la quejosa replicó que, aunque el matrimonio y el concubinato son dos instituciones distintas cuya regulación puede ser distinta, no existe una justificación objetiva y razonable para que no sean iguales en el particular punto que ella destacaba en sus argumentos: la repartición de los bienes (*todos* los bienes) generados con la contribución de los dos durante el lapso del concubinato. La señora hizo suyos los argumentos del magistrado disidente, quien había denunciado la falta en la sentencia recurrida

to injusto de uno y empobrecimiento injusto del otro) que se genera durante la convivencia, porque el trabajo doméstico no es remunerado en el mercado y no deja traza patrimonial, no es claro por qué la misma deja de entrar en juego cuando la mujer ha demostrado ingratitud, vive en concubinato o contrae matrimonio con otra persona. De entrada, a efectos de la compensación, lo que ocurra *después* de rota la unidad de convivencia debe ser irrelevante, y la norma tiene una redacción que, dado que permite solicitar la compensación en los dos años siguientes a la ruptura, parece condicionar su recepción a que *en ningún momento* la mujer haya demostrado ingratitud o se haya unido en matrimonio o concubinato con otra persona. Bajo esa interpretación, el hombre tiene derecho a condicionar poderosísimamente las opciones vitales de la mujer que un día fue su pareja (pues la norma amenaza a esa mujer con negarle el derecho a la mitad de la vivienda, el coche y el menaje si “se atreve” a juntarse con alguien más). Es crucial, entonces, hacer una interpretación conforme que bloquee esta versión de la norma. ¿Qué ocurre si esas condiciones se cumplen durante la relación de concubinato? La mención a la “ingratitud”, por su falta de taxatividad y el espacio que deja a interpretaciones sesgadas o arbitrarias, plantea problemas insuperables también en esa hipótesis. Pero incluso la penalización de coexistencia de relaciones es problemática, como evidencian los cuidadosos argumentos desarrollados por la Corte en el ADR 230/2014, donde se muestra que la subsistencia formal de un vínculo matrimonial no impide en sí misma la entrada en juego de previsiones protectoras para el tipo de arreglo que, en paralelo, fácticamente, pueda estarse desarrollando.

⁵ Aquí y en el resto del artículo, estos paréntesis en el cuerpo del texto indican los párrafos de la sentencia a la que me esté refiriendo en cada momento.

de un análisis de igualdad más profundo, y había sostenido que la falta de externación expresa de un régimen patrimonial en un concubinato debía interpretarse como se interpreta en un matrimonio: como un reconocimiento de que el patrimonio es de ambos (§18).

La Corte hizo lugar al recurso de revisión por estimar que el tema gozaba de importancia y trascendencia, pero negó el amparo. La argumentación de la parte considerativa de la sentencia ofrece de inicio una conceptualización de la noción de “estado civil” y de “estado marital” como subcategoría dentro la primera, en cuyo contexto la Corte se pregunta si hay que contarla entre las categorías sospechosas —aquellas que “históricamente han sido tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociadas” (§42) —. Y concluye que sí, enfatizando en el camino que el propio artículo 1o. de la Constitución Política federal se refiere a la prohibición de discriminación por estado civil de manera expresa. Para la Corte, el estado marital “se encuentra estrechamente relacionado con la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento, atiende la decisión autónoma de entrar o no en una relación personal permanente —jurídica o de hecho— con otra persona, y de la cual se crean consecuencias —*de jure* o *de facto*— dependiendo de dicho estado” (§46).⁶

La Corte se detiene a continuación en las previsiones del artículo 4o., destaca que impone al Estado la obligación de proteger a la familia como realidad social —con todas sus posibles estructuras y manifestaciones—, y hace memoria de los criterios que han señalado que cónyuges y concubinos forman grupos familiares esencialmente iguales en términos de relaciones de ayuda, cariño y solidaridad, y en términos de goce de ciertos derechos como los alimentos, la pensión de viudez o concubinato, o el reconocimiento de paternidad, que han sido reconocidos por la jurisprudencia, a los dos tipos de arreglo, en términos idénticos (§47-48). Podrá haber diferenciaciones, dice la Corte, pero todo lo que sea análisis de “intereses, beneficios y perjuicios de estar o no casado, y dentro de este último, de vivir en pareja o soltero” (§49) debe ser sometido a escrutinio estricto:

⁶ El estado civil, noción más amplia, se refiere al “conjunto de vínculos jurídicos que se desarrollan del concepto institucional de familia, es decir, el conjunto de situaciones en las que se ubica la persona en la sociedad, respecto de los derechos y obligaciones que tiene y que contribuyen a conformar su identidad. En ese orden de ideas, es necesario destacar que históricamente la doctrina ha incluido en el estado civil, entendido en sentido amplio, a situaciones como el nacimiento, el nombre, la filiación, la adopción, la emancipación, el matrimonio, el divorcio y el fallecimiento. Ahora bien, existe una subcategoría dentro del estado civil, en sentido más estricto, referente al estado marital, entendido, hasta ahora y en términos generales, como la soltería y el matrimonio” (§40).

la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su aplicación de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en aquéllas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta (§54), “[la Corte] ha determinado que los cónyuges y concubinos son parte de un grupo familiar esencialmente igual, por lo que cualquier distinción jurídica entre ellos deberá ser objetiva, razonable, y estar debidamente justificada” (§55).

¿Qué es lo que la Corte examina en aplicación de ese escrutinio estricto? La sentencia desgrana en esta parte (§50 y ss.) un razonamiento menos estructurado que en los apartados que anteceden. De inicio, a la sala le parece necesario efectuar una comparación entre el tratamiento que la legislación chiapaneca otorga a las dos figuras en liza, y nota que, a diferencia del matrimonio —al que se dota de naturaleza jurídica contractual y cuyos efectos explicita—, el código no regula expresamente el concubinato, sino que hace referencias específicas al mismo, cuando va tratando las diferentes instituciones de derecho de familia (alimentos, filiación, etcétera). Es, por lo tanto, señala, una unión fáctica que, cuando se dan ciertas circunstancias, genera una serie de consecuencias jurídicas, necesarias para proteger a los concubinos y a su familia (§58). La Corte señala que una de las diferencias claras entre las dos instituciones es que el matrimonio implica la entrada en juego de un particular régimen patrimonial, sea el de separación de bienes o el de sociedad conyugal (§59). Y apunta, entonces, que “lo pertinente es dilucidar si alguno de estos regímenes es aplicable al concubinato para regular la situación económica de los concubinos una vez terminada su relación” (§61), y en particular si resulta discriminatorio —como alegaba la quejosa— que a las concubinas que permanecen en silencio no se les aplique este régimen al finiquitar su relación, cuando, a las mujeres casadas que tampoco dicen nada, sí se les aplica el régimen de sociedad conyugal.

La Corte responde que no: a su juicio, la entrada en juego de un régimen patrimonial exige una declaración de voluntad de las partes. En el matrimonio, esta declaración de voluntad existe, aunque no se diga nada expreso sobre el régimen patrimonial, porque las personas saben que la ley otorga esas consecuencias a su silencio (§63). Proyectar esa misma presunción al caso de concubinato, señala la Corte, no tiene sentido:

si se sostiene que al mantener un concubinato lo que se tiene es la unión personal sin mayores formalidades, el sistema jurídico no puede presumir que las personas quieran voluntariamente adquirir mayores obligaciones más allá de lo personal y ayuda mutua que se propicien durante su relación, pero sin que al término de ésta se necesite definir su situación económica como

pareja, pues ello podría implicar una mayor carga para finalizar su relación que como empezó —de manera fáctica—. Considerar lo contrario atentaría contra la propia naturaleza del concubinato como relación de hecho, pues se le estaría considerando como una figura creadora de consecuencias jurídicas complejas que las partes no quisieron manifestar (§64).

En este punto, el razonamiento da un salto, aborda la segunda de las preguntas de fondo planteadas en los agravios —a la que en breve nos referiremos— y retoma posteriormente el tema (§§74-78), reafirmando que el hecho de que la ley no prevea expresamente un régimen patrimonial para el caso de los concubinatos no es discriminatorio. La Corte se hace eco de las distintas regulaciones que existen al respecto en los Estados (algunos no regulan la situación económica de los concubinos, unos pocos prevén expresamente que no tienen nada que reclamarse cuando termina su relación, mientras que otros regulan de algún modo las consecuencias económicas de la terminación) (§75), y concluye insistiendo en que una de las razones por las cuales la gente opta por el concubinato es precisamente por las consecuencias que *no crea*, y que, por consiguiente, “en atención a la naturaleza misma del concubinato (ausencia de formalidades y manifestación expresa de la voluntad) es razonable la distinción realizada en materia económica respecto del matrimonio” (§77). “No es posible [sentencia la Corte] —por las diferencias mismas en su creación y la naturaleza misma de ambos estados— equiparar al concubinato con el matrimonio en todos los derechos y obligaciones”; existen distinciones diferencias claras entre ambas instituciones en muchas leyes federales, y será caso por caso que se analice cuáles de ellas son razonables y cuáles no (§78).

Queda así completada la respuesta a la primera pregunta, planteada por los argumentos de la quejosa, y se abre naturalmente el espacio para la segunda: aunque el hecho de que la ley no prevea para los concubinatos la formación de una sociedad patrimonial no sea *en sí mismo* discriminatorio ¿lo es, con todo, la particular diferencia patrimonial que el artículo 287 ter introduce entre los dos regímenes? En el caso de autos, la legislación de Chiapas, en atención a la desventaja económica en que puede quedar la mujer que vive en concubinato, al romperse éste, prevé la medida patrimonial que protagoniza la controversia. ¿Es esta normativa, analizada bajo la mirada del escrutinio estricto, acaso discriminatoria, por sus características y por las diferencias que la separan del régimen de sociedad conyugal que se aplica a los casados? (§68). Aunque la Corte haya dejado anteriormente sentado que no hay motivo para exigir la equiparación de regulaciones en este punto ¿es discriminatorio que una concubina tenga derecho solamente

a una participación del 50% sobre tres bienes, en lugar de sobre todos los que se han generado durante la convivencia?

La Corte también contesta negativamente esta segunda pregunta. Se analizan los detalles de la regulación legal y se concluye que no, y que la compensación descansa en la innegable razonabilidad de conceder participación en ciertos bienes a la persona que ha hecho una aportación al hogar que no se suele dimensionar justamente, y que le impide un desarrollo patrimonial propio (§73). Se trata, en definitiva, afirma la Corte, de una medida “objetiva y razonada, por lo que es constitucional” (§73). La razonabilidad no se pierde, añade, por el hecho de que la norma se refiera sólo a las concubinas mujeres, y no a los concubinos: la sala estima que el 287 ter debe ser objeto de interpretación conforme y leída como prevención de una compensación extensible al concubino varón que cumpla los requisitos consignados. De modo que tampoco por ese motivo —por la posible generación de estereotipos— la legislación puede ser objeto de recriminación (§80).

III. LA ADOPCIÓN POR CONVIVIENTES EN CAMPECHE

Hasta aquí el caso de Chiapas: un amparo directo en revisión, fallado por la Primera Sala, que por primera vez da relieve al estado marital como categoría sospechosa que genera la necesidad de someter la legislación a escrutinio estricto, que se salda con un pronunciamiento que considera razonable que la regulación del concubinato y la del matrimonio contengan distintas consecuencias patrimoniales, y que estima no discriminatoria la previsión de una compensación económica consistente en el derecho a reclamar —la persona que aportó a la unión de hecho por vías no remuneradas en el mercado— la mitad de ciertos bienes.

El segundo caso reciente, con criterios sobre el mismo tema, es una acción de inconstitucionalidad, no un amparo, y por tanto fue resuelta por el pleno, bajo la ponencia del ministro de la Primera Sala que había sido en su día responsable de redactar el amparo de Chiapas. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 8/2014, interpuesta por la Comisionada de Derechos Humanos del Estado de Campeche, contra un artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de ese Estado.⁷ Dicho precepto legal dispone literalmente lo siguiente: “Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar

⁷ AI 8/2014, fallada por el pleno de la Suprema Corte el 11 de agosto de 2015. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contradiga esta disposición”.

La comisionada señalaba esencialmente que este artículo, al negar todos esos derechos a las personas unidas en sociedad de convivencia, vulnera el principio de igualdad y no discriminación (en especial por orientación sexual), y el derecho al desarrollo y la protección de la familia (artículos 1o. y 4o.).

En términos de la regulación de Campeche, la sociedad civil de convivencia es un contrato civil que celebran dos personas de igual o distinto sexo, estableciendo un domicilio en común, para organizar una vida en común, con fines de ayuda mutua y voluntad de permanencia (artículo 2, LSCC). Dicho contrato genera derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y algunos efectos patrimoniales acotados que la ley especifica. En lo no previsto, se rige por las reglas aplicables al concubinato (artículo 5, LSCC). No pueden acceder a la sociedad quienes estén unidos en concubinato, matrimonio u otra sociedad de convivencia (artículo 4, LSCC). Por este motivo, y porque genera derechos y obligaciones que tampoco se tienen cuando se está soltero, la Corte destaca que la sociedad civil de convivencia crea un “estado civil” para los convivientes. Como en la sentencia anterior, la Corte destaca que el estado civil está estrechamente relacionado con la libertad personal, la dignidad y la igualdad de pensamiento, y que es una de las posibles génesis de los grupos familiares constitucionalmente protegidos (§§28, 29, 30).

La Corte examina la constitucionalidad de este régimen societario desde tres perspectivas distintas: la protección de los derechos de los menores y de la familia en términos del artículo 4o.; la perspectiva de la no discriminación por estado civil, y la perspectiva de la no discriminación por orientación sexual. La Corte suplementa, por consiguiente, los argumentos de la comisionada —que se centraban solamente en la protección de la familia y los derechos de los niños y en la protección frente a discriminaciones por orientación sexual— con la perspectiva que había protagonizado el amparo anteriormente analizado: las discriminaciones por estado marital.

Desde la primera perspectiva —protección igualitaria de los niños y de todas las unidades familiares—, las conclusiones son rápidas y claras: la sociedad civil de convivencia, como señalaba la demanda, vulnera tanto el interés superior de los menores como la protección constitucional de la familia (§32-47). La Corte reitera la protección igualitaria a la familia en todas sus formas (§38, 41) y subraya que “el tipo de familia no es un criterio a determinar, sino únicamente la idoneidad del adoptante o adoptantes para proporcionarle afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su

desarrollo” (§37). La prohibición *ex ante* y total de que los convivientes puedan siquiera ser considerados adoptantes, operada por el artículo 19, LSCC, “implica, por un lado, una vulneración al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al impedirles formar parte de una familia de convivientes que cumplieran con el requisito de idoneidad, y por otro, una vulneración al derecho de estos últimos a completar su familia, a través de la adopción si es su decisión y mientras cumplan con el requisito referido” (§47).

Cuando entra al estudio sobre discriminación, la Corte recuerda las bases de su análisis general para casos de discriminación —el escrutinio por “gradas”—, y señala que cuando están en juego las categorías mencionadas en el artículo 1o. procede aplicar escrutinio estricto: “la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada [...] El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo será constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta” (§56). Por consiguiente, señala la Corte, cuando se usen tales categorías se impone revisar tres extremos: primero, si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa: “no debe exigirse simplemente [...] que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible [...] debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante, es decir, proteger un mandato de rango constitucional” (§58); segundo, si la distinción legislativa está estrechamente vinculada a esa finalidad constitucionalmente imperiosa (“totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos”) (§59); y “en tercer y último lugar [...] la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional” (§60). Finalmente, la Corte destaca que, a pesar de que los congresos estatales tienen libertad de configuración legislativa en el ámbito civil, la misma encuentra su límite en los mandatos constitucionales sobre reconocimiento y protección de derechos (§61).

Para determinar si en el caso existe discriminación por *estado civil*, la Corte recuerda que, conforme a los criterios sentados, *inter alia*, en el amparo sobre legislación de Chiapas sintetizado con anterioridad, cualquier distinción jurídica en las regulaciones de los distintos tipos de familia “debe ser objetiva y razonable, y estar debidamente justificada” (§67). En contraste con ello, destaca el Tribunal, en un razonamiento breve y escueto:

la distinción realizada por el artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche con apoyo en la categoría sospechosa de estado civil no está directamente conectada con el mandato constitucional de protec-

ción de la familia, ni con la protección de interés superior del menor de edad. La distinción hecha por la norma impugnada no sólo discrimina igual a las parejas del mismo o distinto sexo que entren en una sociedad de convivencia en función de su estado civil, sino que también las discrimina al no proteger de igual manera a la familia formada por esa pareja (§68).

La Corte añade justo a continuación que:

al partirse de situaciones de una relación de pareja —en este caso en específico por un estado civil y aplicando escrutinio estricto— sea tal pareja de diferente o del mismo sexo, cuyos efectos son el establecimiento de vínculos familiares, la diferencia de trato introducida en la ley y no argumentada constitucionalmente debe ser expulsada del orden jurídico nacional por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación, pues no supera la primera grada del escrutinio estricto de la medida (*supra* párr. 58) (*ibidem*, §68).

La Corte aborda finalmente la tercera de las perspectivas relevantes de análisis: la discriminación por *orientación sexual*. Y lo hace tras recordar algunas de las ganancias más importantes de sus criterios recientes: que el mandato del artículo 1o. protege a las personas contra las discriminaciones por resultado o impacto desproporcionado, derivadas del efecto de normas aparentemente neutras sobre grupos en situación de desventaja histórica; que este tipo de discriminación no puede detectarse si no se introducen factores contextuales o estructurales en el análisis; y que la discriminación puede resentirse tanto por lo que la norma hace directamente como por el significado social degradante que objetivamente transmite, sean cuales fueren las intenciones del legislador (§72-77).

Sobre estas bases, la Corte destaca que, aunque las sociedades de convivencia campechanas no se limitan a parejas del mismo sexo, son el único régimen de convivencia accesible para ellas, “lo cual encierra en sí mismo una carga axiológica para ese tipo de uniones” (§78). La argumentación señala que, con independencia de que la exposición de motivos de la ley las presente como una figura apta para regular relaciones entre “personas jóvenes, adultos mayores o incapacitados, que por alguna causa mayor, ingratitud o desapego familiar, se encuentran solas y desamparadas”, lo cierto es que todos los otros posibles sujetos pueden entrar también a relaciones de concubinato o matrimonio, y que la única disponible para las parejas del mismo sexo, según la legislación civil estatal, es la sociedad de convivencia.

La Corte concluye que el legislador crea indefectiblemente un régimen de “separados pero iguales”, que sería incompatible con la garantía de igualdad, incluso si las distintas figuras de la legislación civil implicaran los mismos derechos —cosa que no ocurre en este caso, pues prohíbe de modo absoluto las adopciones y la compartición de responsabilidades de patria potestad y custodia— (§91, 92). Por ello, por no pasar, de nuevo, “la primera grada del escrutinio estricto” (§94) —como en el argumento anterior, centrado en la discriminación por estado civil— la Corte declara la expulsión de la norma del orden jurídico.

En el apartado de efectos, la Corte señala al congreso local que, de considerarlo pertinente, puede emitir una nueva disposición en sustitución de la que ha quedado invalidada. Y que el vacío que pudiera existir se puede cubrir supletoriamente con las disposiciones del 407 del Código Civil del Estado de Campeche (que se refiere a la adopción de niños por parte de personas casadas o por convivientes de hecho, y establece alguna previsión sobre qué ocurre con los menores si hay ruptura).

IV. ¿QUÉ TIPO DE ESCRUTINIO DESPLIEGA EN REALIDAD LA CORTE?

Como quizá se habrá advertido ya, un rasgo notorio de la argumentación de estas dos sentencias —en la vertiente dedicada a la evaluación de distinciones por estado marital, que es la que nos ocupa hoy— es que anuncian escrutinio estricto, pero no lo aplican.

Aplicar o hacer escrutinio estricto implica asegurarse de que existe una especial perfección en la teleología de la norma y una especial perfección en su manufactura. Como recuerda la sentencia, los factores sospechosos pueden ser usados por el derecho para repartir oportunidades y cargas, pero para garantizar que su uso no responde a prejuicios, a representaciones falsas sobre la valía de la gente asociada a ciertos grupos, como nos enseña la experiencia histórica que ha ocurrido tantísimas veces, deben presentarse argumentos muy convincentes sobre una serie de extremos o aspectos que los distintos pasos —“gradas”, dice la Corte— del escrutinio nos obligan a abordar y a analizar con cuidado.

La Corte enuncia en estas dos sentencias un esquema de escrutinio estricto, cuyos pasos analíticos, sin embargo, son especificados de distinto modo en cada uno de ellos, y de un modo que, desde una mirada informada por el derecho comparado, exige algún comentario.

1. *La evaluación judicial del legislador en el caso de Chiapas*

Empecemos por el caso de Chiapas. Como vimos, en los §§54 y 55 del amparo de Chiapas, la Corte sostiene que el escrutinio estricto implica que sólo aquella diferenciación por estado civil que tenga una justificación muy robusta será constitucional, y que ello exige comprobar que es “objetiva, razonable, y está debidamente justificada” (§55).⁸ Como puede observarse, hay una clara equivocidad aquí: la Corte sostiene primero que el escrutinio estricto exige “una justificación muy robusta”, pero en el párrafo que sigue afirma que exige una justificación “objetiva, razonable, y debidamente justificada”; se trata de una expresión sujeta a interpretación, por supuesto, pero que, *prima facie*, no parece apelar a la idea de justificación especialmente calificada a la que remite la idea de escrutinio estricto. Como es sabido, lo que distingue la intensidad del escrutinio es, precisamente, si se exige que la distinción legal tenga una justificación objetiva y razonable, respaldada por razones —hipótesis que relacionamos con el escrutinio suave— o por el contrario una justificación tal que demuestre que esa diferenciación es imprescindible, inescapable, al servicio de un objetivo imperioso —nociones que asociamos al escrutinio estricto—.

¿Pero afecta todo esto al análisis de fondo? ¿O se trata simplemente de una equivocidad en la articulación escrita del estándar de análisis? ¿Cuál es la intensidad del análisis que la Suprema Corte *de hecho* proyecta en realidad sobre la norma chiapaneca?

La intensidad no es la propia del escrutinio estricto. En el caso, la pregunta que el escrutinio estricto hubiera obligado a hacer es la siguiente: ¿cuál es el objetivo, constitucionalmente inescapable e imperioso, al servicio del cual está la existencia de una regulación patrimonial distinta para los matrimonios y para las parejas de hecho?, ¿cuál es, más en particular, el objetivo supremamente importante al servicio del cual la legislación de Chiapas se permite regular de manera distinta las consecuencias patrimoniales de la ruptura de los concubinatos y la de los matrimonios?, ¿cuál es el objetivo *imperioso* en servicio del cual la legislación civil contempla la concesión de una compensación económica en ciertas circunstancias, y no la existencia de una presunción de formación de régimen de comunidad de bienes, o la previsión explícita del reparto de todos los bienes? Como hemos visto, éstas eran, además, las preguntas precisas que la quejosa elevaba en sus agravios. La quejosa no controvertía que se tratara de dos instituciones

⁸ Véase *supra*, p. 238, 3er. pfo., y los §§54 y 55 del ADR 597/2014.

que podían tener sus diferencias: lo que controvertía es que exista esa particular diferencia consistente en que, cuando la convivencia de hecho se rompe, la persona que se ha dedicado preponderantemente a realizar trabajo no remunerado en beneficio de la unidad de convivencia no reciba la mitad de los bienes (sino sólo una compensación que se concreta en un derecho a solicitar la mitad de la vivienda, los enseres de hogar y el coche, exclusión hecha de cualesquiera otros).

La Corte provee, como vimos, una especie de doble respuesta, una de cuyas vertientes es más valiosa que la otra. Así, dice por un lado que es legítimo que existan diferencias regulatorias, destaca que las legislaciones estatales tratan la cuestión de modo muy distinto, y que no ve nada globalmente ofensivo en que sea así. Es evidente que lo que está afirmando la Corte ahí es que *es razonable* —que no es irrazonable en sí mismo, que es *ade-cuado*— que la regulación sea distinta. Lo cual no equivale, nótese, a dar un argumento que señale qué importantísimo imperativo constitucional queda honrado por el hecho de que esas regulaciones sean distintas —que es lo que exigiría la aplicación del escrutinio estricto—.

Después, con un argumento específico mucho más esclarecedor, afirma que sería irrazonable que la ley presumiera comunidad de bienes en el contexto del concubinato, porque ello representaría otorgarle consecuencias jurídicas sofisticadas que las personas que no se casan, por ese mismo hecho, expresan que no desean. Por su propia naturaleza —recordemos que la Corte apela a la “naturaleza del concubinato” como relación sin formalidades en varias ocasiones—, el concubinato es una relación a la que se entra sin formalidades, de manera que es razonable que igualmente se pueda salir de él sin muchas formalidades (lo cual, aclara correctamente la Corte, no equivale de todos modos a un derecho a salir sin que nada ocurra: no es un derecho a salirse sin ninguna consecuencia en absoluto).

Es claro que esta consideración se acerca más al tipo de razón que el escrutinio estricto reclama. Parece, en efecto, que algo se frustra cuando el derecho decide que pasarán cosas análogas a las que ocurren en un régimen marital en el que *una* no quiere estar —o al menos *sabe* que no está (con independencia de lo que realmente desee) —. Pero entonces, eso es justamente lo que la sentencia debería argumentar, y en los términos más densos posibles. En lugar de apelar a “la naturaleza del concubinato”, la sentencia debería haber afirmado con todas sus letras que las diferencias en el régimen patrimonial están al servicio de la expectativa de poder modelar autónomamente nuestra vida, dentro de ciertos límites. Algo no muy lejano, yo diría, a lo que invocamos cuando hablamos del derecho al libre

desarrollo de la personalidad, que es un derecho que la jurisprudencia de la Corte, como es sabido, ha reconocido en distintas ocasiones.⁹ Al no existir en la sentencia una identificación directa de este interés o derecho —sino una especie de alusión perifrástica, mediante una referencia a la “naturaleza del concubinato” que no dice mucho, pues lo que la quejosa discute es qué naturaleza y qué consecuencias jurídicas deben adscribirse, y si son compatibles con la Constitución—, su peso constitucional no queda debidamente destacado, como debería ocurrir en aplicación de un esquema de escrutinio estricto, en cuyo contexto se exige que la diferenciación legal pueda relacionarse con la necesidad de proteger un objetivo constitucional imperioso. Es cierto, como vimos, que en los preliminares del argumento, al referirse a la noción de estado civil, en el §46, la Corte habla de libertad personal, de libertad de conciencia y de autonomía, pero no recupera estas consideraciones en el momento en que hacen más falta: al iniciar el análisis de escrutinio estricto sobre la norma impugnada.

¿Es el no reconocimiento de la comunidad de bienes entre concubinos un medio *adecuado, necesario y estrictamente proporcional*, para preservar o alcanzar el objetivo de que el concubinato no se desnaturalice, para que no pierda el sentido general de mantener como opciones diferenciadas jurídicamente a las uniones de hecho y de derecho? Cuando se aplica a una norma o acción el escrutinio estricto, esos son puntos de análisis que deben ser abordados, una vez se ha superado la grada centrada en la identificación y evaluación del objetivo de la norma y su relevancia constitucional. Y en el caso de Chiapas, la Corte no les da una respuesta específica. Sólo señala, recordemos, que la no previsión de ciertas consecuencias económicas no es irrazonable; que es comprensible, que no se le puede reprochar al legislador. Que es, en otras palabras, *adecuado*. Hace un análisis medio-fin, si nos damos cuenta, propio del escrutinio simple. Lo que queda mostrado en la sentencia es que la no previsión de comunidad de bienes (y la previsión de una compensación acotada) tiene clara relación con el fin de (supongamos, porque, como hemos visto, la Corte no lo dice o identifica así con total claridad) permitirnos modelar con autonomía los grandes trazos de nuestra vida personal y familiar. Pero no queda argumentado que esa medida sea un medio *necesario* —i. e., que no haya una alternativa menos gravosa en términos de derechos, igualmente capaz de preservar la distintividad de las uniones de hecho frente a las de derecho— y *estrictamente proporcional* —i. e., que lo que se gana, no reconociendo a los concubinos, al finalizar la relación, un derecho

⁹ Véase el AD 6/2008, el ADR 917/2009, la CT 73/2013, el ADR 1819/2014, y por supuesto, el AR 237/2014.

al 50% de todos los bienes, supera claramente lo que se pierde, en términos de una serie de consideraciones de relevancia normativo-constitucional que la Corte hubiera debido identificar cuidadosamente—.

La Corte nos dice solamente, en conclusión, por qué no predicar o proyectar *ex lege* que la regla de la compartición de los bienes generados durante la convivencia *tiene sentido*. Pero no alcanza a dar argumentos que nos convenzan de que es *obligado* —necesario, imprescindible, cuidadosamente pensado y decidido— para mantener al concubinato como opción vital distinta, con todo y el costo de estar regulando el mundo mediante el uso de una categoría que, en principio, no debería ser relevante de cara al trato jurídico de las personas: el estado marital. Y no hay manera técnica, bajo el sistema de escrutinios, de declarar constitucional la norma, como lo hace la Corte, sin agotar antes todos los elementos de análisis que ellos obligan a recorrer, y sin embargo la Corte lo hace. La Corte nos muestra que existe una relación razonable entre las disposiciones del artículo impugnado y el objetivo de mantener como “menús” vitales distintos al matrimonio y al concubinato, pero, para fundamentar la declaración de validez que contiene la sentencia, hubiera sido necesario mostrar además que tales previsiones son estrictamente necesarias para ello, y cuidadosamente proporcionales.

2. *La evaluación judicial del legislador en el caso de Campeche*

En el caso de Campeche ocurre algo similar. En la sentencia (§§57-60, AI 8/2014), la Corte enuncia en abstracto, como vimos, una versión de lo que parece ser un esquema de escrutinio estricto de cuatro pasos, pero le sustrae una de las gradas (la de proporcionalidad en sentido estricto) y hace una yuxtaposición *sui generis* de lo que, en la versión alexyana del principio de proporcionalidad, serían los requisitos de “idoneidad” y “necesidad”. Así, recordemos que, según la Corte, el escrutinio estricto exige comprobar que la medida examinada tiene una finalidad con “un apoyo constitucional claro” —*i. e.*, que persigue el objetivo de “proteger un mandato constitucional” (§58)—, que la distinción legislativa esté “estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa” —sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada” (§59)—, y en tercer y último lugar, que “sea la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional” (§60).

La Corte se decanta entonces, en el caso de Campeche, por reconocer como paso analítico diferenciado la evaluación del *objetivo* al servicio del cual estaría la medida examinada y su grado de relevancia o importancia a

la luz de la Constitución, lo cual resulta característico de la tradición estadounidense de los escrutinios de intensidad diferenciada. Como es sabido, los *test* que hacen operativos los escrutinios en los Estados Unidos, donde se usan tanto para examinar si las limitaciones de los derechos fundamentales son legítimas, como, más específicamente, para determinar si una norma o acción es discriminatoria, no sólo examinan la fortaleza de la relación entre medios y fines, sino también la importancia relativa del fin o fines, a la luz de la Constitución. Así, el escrutinio estricto exige una finalidad imperiosa, y medios estrictamente diseñados para alcanzarla; el escrutinio intermedio exige un objetivo importante y medios sustancialmente relacionados con su consecución; y el escrutinio suave o *rational-basis* exige un objetivo constitucionalmente permitido, admisible, y medios de algún modo relacionados con su consecución.¹⁰

En cambio, el desarrollo teórico en torno al principio de proporcionalidad, popularizado inicialmente en Europa gracias a las cuidadosas teorizaciones de Robert Alexy y su escuela, y a la práctica de los tribunales constitucionales y de derechos humanos, no se detiene tanto en la importancia comparativa del objetivo de la norma o acción examinada, sino que se centra en la exploración cuidadosa de la relación que esa norma o acción guarda con ese objetivo, exigiendo adecuación (conexión instrumental entre ambos), necesidad (que no haya una alternativa menos gravosa que igualmente permite alcanzar ese fin), y proporcionalidad en sentido estricto (que la intensidad de la afectación en los derechos que quedan afectados quede compensada por la importancia de satisfacer o proteger los objetivos que se persiguen, lo cual requiere la entrada en juego de las herramientas analíticas de la ponderación).¹¹

¹⁰ Sobre la tradición americana de escrutinios véase, por ejemplo, Best, Paul *et al.*, *Processes of Constitutional Decision-Making. Cases and Materials*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, caps. 6 y 7.

¹¹ La literatura especializada sobre el principio de proporcionalidad es inabarcable. Algunas referencias útiles serían: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-19; Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Clérico, Laura, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, *Isonomía*, núm. 37, octubre de 2012, pp. 113-145; Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010; Moreso, José Juan, *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, o Sieckmann, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis*

Es claro entonces que la sentencia de Campeche usa un *test* híbrido: considera necesario calibrar expresamente la importancia del *objetivo* de la norma como primer paso, como en la tradición estadounidense, y después exige *idoneidad* en los términos del escrutinio intermedio en la misma tradición americana (medios sustancialmente relacionados), y *necesidad* al estilo alexiano o canadiense (que no existan alternativas mejores, que sea el medio menos restrictivo posible, *the least restrictive means*).¹² Y no incorpora, nótese, el paso de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Valga decir que este *test* usado en Campeche es el *test* que la Corte enunció, en términos idénticos —exigencia de objetivo constitucionalmente importante, medios estrechamente vinculados con su consecución, medida menos restrictiva posible para su consecución— en el importante AR 152/2013 (§§155-157), el caso donde se declaró inconstitucional la definición del matrimonio en la legislación de Oaxaca a instancias de personas que, sin querer necesariamente casarse, se sentían indignadas y violentadas por ella. Y en el AR 152/2013, para el caso de los dos primeros requisitos o gradas, se cita como apoyo un precedente de 2004 donde la Corte por primera vez ensayó una formulación del escrutinio estricto.¹³ En el precedente del 2004, sin embargo, la Corte incluía, además del objetivo constitucionalmente importante y de los medios sustancialmente relacionados, una tercera grada de proporcionalidad en sentido estricto, que en estas dos sentencias recientes se abandona y se sustituye por el requisito de la medida menos restrictiva posible (*the least restrictive means*).¹⁴ Habrá que estar atentos a los casos que vengan,

y crítica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014. Sobre la expansión mundial de la proporcionalidad como categoría analítica y argumental, más allá incluso del derecho constitucional de los derechos, véase Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, así como Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹² El *test* híbrido que esta sentencia mexicana presenta es entonces distinto, por ejemplo, al “*test* integrado de proporcionalidad” que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló famosamente en la sentencia C-093 del 2001, pues éste no prescinde de la “proporcionalidad en sentido estricto” en ninguna de las versiones del mismo, aunque gradúa la exigencia de lo que debe evaluarse en ese paso —el paso de la ponderación— para concluir si existe equilibrio entre lo que se gana y lo que se pierde.

¹³ Por un error, sin duda involuntario, en la sentencia se cita el AD 988/2004, bajo ponencia del ministro Díaz Romero, pero en realidad se trata del ADR 988/2004, bajo la ponencia del ministro Cossío Díaz.

¹⁴ La enunciación de la proporcionalidad en sentido estricto, como parte del *test* de igualdad, la encontramos en la p. 20 del ADR 988/2004. Sobre la necesidad de calibrar con especial cuidado el equilibrio entre los distintos elementos que la proporcionalidad garantiza cuando se aplica escrutinio estricto, véanse las pp. 21-24 de esa misma sentencia.

para ver si el *test* híbrido se consolida, o si el requisito de proporcionalidad en sentido estricto hace una reaparición.

Pero de nuevo, más allá de las palabras y el modo en que la Corte enuncia las estructuras de análisis que considera preceptivas —lo cual es, en cualquier caso, de gran importancia para evaluar la consistencia de la jurisprudencia de la Corte— ¿qué se hace en el caso concreto?, ¿qué tipo de análisis despliega la Corte en el caso del artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia de Campeche?, ¿estricto o suave?

En el caso de Campeche, la primera pregunta a elevar, bajo un esquema de escrutinio estricto, hubiera sido la siguiente: ¿cuál es el objetivo de relevancia constitucional imperiosa, al servicio del cual podría estar la negación a los convivientes civiles de la posibilidad de adoptar, y de otros importantes derechos relacionados con la crianza de los hijos? Y en ese extremo, la Corte no profundiza realmente. La Corte, como vimos, se limita a decir que no existe ningún tipo de relación entre las prohibiciones del artículo 19, y los objetivos de proteger el interés superior del menor y el mandato de protección igualitaria de todas las familias (§69), y que “la diferencia de trato introducida por la ley y no argumentada constitucionalmente debe ser expulsada del orden jurídico nacional por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación pues no supera la primera grada del escrutinio estricto” (§69).

Que no existe ningún tipo de relación entre las prohibiciones del artículo 19, LSCC, la protección de las familias y la protección del interés superior de los menores de edad es, en efecto, incontrovertible. El punto aquí es que, como ocurría en el amparo de Chiapas, la Corte tampoco elabora o desarrolla en esta ocasión la totalidad de puntos argumentales que el escrutinio estricto —según ella misma lo conceptualiza— obliga a considerar.

Así, la identificación de los posibles objetivos de una norma, como el artículo 19, LSCC, es demasiado rápida. La Corte toma como objetivos de la norma, sin mayor problematización, dos puntos que, curiosamente, coinciden con previsiones constitucionales que la Comisionada actora en el juicio estimaba aplicables: la protección del interés de los menores y la protección de la familia. Y es verdad que estos dos objetivos parecen contarse entre los objetivos que tiene la norma, y que son de los pocos que uno puede pensar que son compatibles con la Constitución. El punto es que la Corte no efectúa una verdadera reconstrucción argumental independiente de los fines u objetivos de la ley, ni un análisis de su compatibilidad —en realidad, de su importancia capital, como exige el escrutinio estricto— con la Constitución.

La reconstrucción del objetivo de una norma puede hacerse a varios niveles de generalidad: en este caso, por ejemplo, se puede intentar una

reconstrucción de la aparente finalidad de las prohibiciones del artículo 19 tomadas aisladamente, o en el contexto más amplio de una ley que el legislador presenta como aplicable a un abanico supuestamente más amplio que el de dos adultos que quieren vivir juntos porque se quieren (adultos mayores y personas que los atienden, etcétera). Que se expliciten cuidadosamente los objetivos del legislador es interesante también, porque permite identificar las fuentes de que se vale una Corte: qué es lo que revisa, qué peso concede a los factores ligados a los procesos parlamentarios (“intención”) frente al significado socialmente asignado a los términos, con independencia de las intenciones, etcétera. Además, como a lo largo de todo análisis de discriminación, es relevante registrar si una Corte traslada al legislador la carga de la argumentación —la carga de producir un argumento respecto de su finalidad y la compatibilidad de ésta con la Constitución— o si reconstruye de oficio los distintos elementos —como la Corte mexicana ha venido haciendo en los casos de discriminación hasta ahora—. ¹⁵ Aunque es poco probable que se encontraran muchos fines legítimos distintos a los propósitos que la Corte, de modo esencialmente correcto, toma en cuenta en su análisis, se echa en falta una verdadera consideración explícita y pausada de estos extremos.

A diferencia de lo que ocurría en el amparo de Chiapas, sin embargo, en este caso la Corte sí puede interrumpir la argumentación una vez constatada la falta de relación instrumental detectable entre el fin de las normas y las prohibiciones del 19, pues si la norma no pasa el filtro de la adecuación, seguro no pasará el resto de las gradas de un escrutinio estricto, sobre las cuales, en efecto, puede parecer innecesario tener que profundizar. ¹⁶

¹⁵ Véase en Pou Giménez, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”, *Discusiones*, núm. 16, 1, 2016, pp. 147-188; un análisis del ADR 992/2014, sobre un caso de discriminación por género y edad en el mercado laboral en el que la Corte —siguiendo pautas habituales en ella, pero no habituales en el derecho comparado— no invierte la carga de la prueba, en contraste por ejemplo con el proceder de la Corte Suprema argentina en el caso *Sisnero*.

¹⁶ Desde la perspectiva de la discriminación por orientación sexual, dicho sea de paso —pues en este comentario nos centramos en los criterios sobre discriminación por estado marital—, la argumentación de la Corte también parece algo rápida. La Corte enfatiza el impacto disparejo de la norma, pero una norma no es inconstitucional por el impacto disparejo: una norma con impacto disparejo monumental puede ser perfectamente constitucional. Así ocurre con muchas medidas de acción afirmativa, y en particular que se vehiculan mediante programas o políticas públicas que no utilizan expresamente una categoría asociada a un grupo tradicionalmente desaventajado, pero que están diseñadas para tener un impacto disparejo benévolo sobre ese grupo, a los efectos de ir construyendo paulatinamente un mundo con menos desigualdades estructurales. De modo que el impacto disparejo del artículo 17, LSCC, sobre las personas que tienen determinada orientación sexual no prueba que sea

No hay modo, a mi juicio —hay que ser muy claros— de que las prohibiciones del artículo 17 de la Ley de Sociedades de Convivencia del Estado de Campeche superen un escrutinio de constitucionalidad, con la intensidad que le queramos dar. El punto a destacar aquí es que la argumentación de la Corte no se detiene a elaborar todos los elementos que exigen los estándares argumentativos que ella declara oficiales para el análisis del caso.

V. ¿QUÉ TIPO DE ESCRUTINIO DEBERÍA HABER DESPLEGADO?

Recapitemos. Las sentencias que comentamos no desarrollan el escrutinio estricto que declaran preceptivo. En el caso de Chiapas, sobre las consecuencias económicas de romper una convivencia de hecho, se hace un escrutinio simple, con una identificación lacónica del “fin” sin el cual el análisis de la relación “medio-fin” no puede avanzar (preservar la naturaleza del concubinato como relación más informal que el matrimonio), y un somero examen de la adecuación de la norma a la luz de ese fin. Como este examen de adecuación queda superado, la Corte habría tenido que avanzar al análisis de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero que no se despliega. En el caso de Campeche, sobre el régimen de adopción aplicable a una determinada modalidad de convivencia de hecho, la Corte enuncia un *test* híbrido de escrutinio estricto que pide objetivo imperioso, medios sustancialmente relacionados y necesarios, pero la identificación del objetivo del artículo 19, LSCC, por parte suya no deriva de una genuina “investigación independiente”, y el análisis se reduce a afirmar, de modo conciso, que no existe ninguna relación entre las dos previsiones constitucionales, que la actora identificaba como relevantes, y las prohibiciones del artículo impugnado, lo cual genera su invalidez. La Corte no desarrolla el análisis bajo los parámetros explícitos que esperamos en un escrutinio estricto, aunque da, brevemente, suficientes elementos para mostrar que no supera el más simple examen de adecuación medio-fin, lo cual permite deducir que, lógicamente, tampoco pasaría un escrutinio más estricto.

Se abren entonces, para nosotros, las siguientes preguntas: ¿el problema de estas sentencias es que no hacen (Chiapas), o no completan y explicitan (Campeche) el escrutinio estricto que anuncian?, ¿o el problema es que ese

discriminatoria: sólo da el punto de partida que hace necesario analizarla bajo el más estricto de los escrutinios. Y claro, desde la perspectiva de cualquier fin legítimo, la sobreinclusión de la norma, su innecesariedad y su inmensa desproporcionalidad en sentido estricto son todavía más profundas y graves que lo que lo eran desde la perspectiva del estado marital.

análisis estricto no es apropiado en los casos que la Corte aborda, protagonizados por normas que pivotan en torno a la categoría del estado marital? Para aportar elementos que ayuden a pensar estas interrogantes, es necesario explorar qué es lo que nos interesa que quede reflejado —que no sea soslayado— en el análisis constitucional en torno a casos que tienen que ver con estado marital.

1. *Conceder peso a todos los elementos que lo tienen*

No hay modo de construir una opinión sobre los interrogantes enunciados, sin partir, en primer lugar, de una evaluación de los patrones, prácticas y significados históricos asociados en México a estar casado, soltero, en unión de hecho, ligado por cierto tipo de matrimonio, separado, divorciado, etcétera. Y un primer extremo a ponderar es si estos significados y prácticas son o no, a grandes rasgos, asimilables en todos los ámbitos o si hay patrones diferenciados relevantes. Existen prácticas discriminatorias asociadas a rasgos, como la orientación sexual o el color de piel, que generan efectos del mismo signo —desventajas, exclusiones, estereotipos dañinos— en todos los ámbitos, y respecto de los cuales, por tanto, la actitud de sospecha asociada al escrutinio estricto sería siempre apropiada. Entonces, una pregunta que vale la pena formular, es si los patrones sociales asociados al estado marital de las personas tienden a ser así de homogéneos.

En el ámbito laboral, por ejemplo, ser casado, soltero, divorciado, conviviente de hecho, madre soltera, etcétera, parece, en efecto, haber sido bastante relevante, y haber estado en el centro de una amplia panoplia de prácticas sesgadas, a veces en favor de unos, a veces a favor de otros, y casi siempre distintas según el género del protagonista (*i. e.*, hombre casado *vs.* mujer casada, madre soltera *vs.* padre soltero, mujer divorciada *vs.* hombre divorciado). Lo mismo parece haber ocurrido en el ámbito educativo, donde, como es sabido, muchas escuelas privadas tenían/tienen la rutina de solicitar una partida de matrimonio en las entrevistas de ingreso, asumiéndose, en términos generales, que las madres (o padres) solteros y las parejas no casadas tienen menos chances de hacerse con alguna de las muy solicitadas plazas disponibles. En otros ámbitos, en cambio —pensemos, no sé, en el ámbito de la protección al consumidor o la atención sanitaria— quizá no hay traza histórica de patrones suficientemente diferenciados por estado civil, que ameriten encarar estos casos con sospechas *prima facie*.

En los Estados Unidos, la protección que la legislación ofrece frente a discriminaciones por estado civil varía mucho según el ámbito de relaciones

humanas en que nos encontremos. Las diferenciaciones entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio es el único rasgo relacionado con el estado civil reconocido como protegido bajo la cláusula federal de igual protección, y sólo mediante escrutinio intermedio —es claro que en muchos otros lados la protección es mayor—. ¹⁷ Del estado marital, se ocupan normas de jerarquía legal. Pero a nivel de legislación federal, como han señalado varias autoras, la protección es muy limitada; la *Civil Rights Act* no incluye al estado marital entre las bases prohibidas de discriminación, aunque existe legislación que prohíbe la discriminación en el acceso a la vivienda y en la concesión de créditos. ¹⁸ Estos análisis denuncian que la discriminación a las parejas que conviven sin casarse tiene una dimensión o gravedad social que no se compadece con el escaso nivel de protección legal y constitucional de que gozan, ni con la marginación del tema del debate público, que se ha acentuado a medida que se ha ampliado el reconocimiento del matrimonio igualitario, pues dado que parte de las personas que antes denunciaban el déficit de protección legal a la convivencia de hecho, ahora tienen, afortunadamente, la oportunidad de casarse; las instancias de protesta por trato inequitativo a relaciones no maritales —que persiste en prácticamente los mismos términos— han tendido a disminuir. ¹⁹

A nivel estatal, cuenta Courtney Joslin, casi la mitad de los Estados dan alguna protección frente discriminaciones por estado marital, pero exclusivamente en el ámbito laboral y en el acceso a la vivienda. ²⁰ Además, típicamente estas cláusulas han sido interpretadas por los tribunales de manera restrictivísima. Por ejemplo, en el sentido de entender que la ley prohíbe que las personas en lo individual sufran maltrato exclusivamente por su estatus

¹⁷ *Lalli vs. Lalli*, 439 U. S. 259 (1978), p. 265; *Pickett vs. Brown*, 462 U. S. 1 (1983), p. 8. Véase en Maldonado, Solangel, “Illegitimate Harm: Law, Stigma, and Discrimination against Non-marital Children”, *Florida Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 345-394, un recuento detallado de toda la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense sobre el tema, y un argumento que señala que, contra la extendida opinión de que las diferencias de trato legal entre hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio han desaparecido, los segundos continúan enfrentando desventajas en el ámbito de la sucesión *ab intestato*, la adquisición de nacionalidad y el apoyo financiero.

¹⁸ Joslin, Courtney G., “Marital Status Discrimination 2.0”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015, pp. 810-812.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 819-820.

²⁰ *Ibidem*, p. 808, con citas internas a Porter, Nicole Bouonocuore, “Marital status discrimination: A Proposal for Title VII Protection”, *Wayne Law Review*, vol. 46, 2000, pp. 1-48; Kohm, Lynne Marie, “Does Marriage Make Good Business? Examining the Notion of Employer Endorsement of Marriage”, *Whittier Law Review*, vol. 25, 1994, p. 563, y Sonne, James A., “Love Doesn’t Pay: The Fiction of Marriage Rights in the Workplace”, *University of Richmond Law Review*, vol. 40, 2006, pp. 867-947.

marital, pero no por sus *relaciones* maritales, lo cual ha llevado a estos tribunales a no objetar el comportamiento de quienes se niegan a alquilar sus inmuebles a parejas de hecho, o a no poner obstáculos a las muy frecuentes normas antinepotismo que aplican las empresas y algunas oficinas públicas, a pesar de que suelen tener un impacto tremendamente disparado en términos de género.²¹

En Canadá, en cambio, la Suprema Corte reconoció en *Miron vs. Trudel* (1995) al estado marital como un “criterio análogo de discriminación” en el contexto del artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, lo cual establece una sólida base general de protección en cualquier ámbito. En esta importante sentencia, la Corte declaró discriminatorio que los seguros de vehículos automotores no protegieran por igual a las parejas de hecho y a las casadas. La Corte sostuvo que el estado marital debe considerarse un “criterio análogo” (categoría sospechosa), porque las diferenciaciones sobre esa base afectan la valía y dignidad esencial de las personas, del mismo modo que lo hacen las basadas en los criterios mencionados por la Constitución; porque el estado marital posee características que están presentes en esos criterios enumerados, como el constituir un grupo históricamente desaventajado, aunque la desventaja haya disminuido en alguna medida en los años recientes, o como la inmutabilidad, aunque sea en forma algo atenuada, porque, aunque en teoría las personas son libres de casarse o no hacerlo, la realidad puede ir por otro lado; y porque los riesgos de regulación basada en estereotipos de grupo está igualmente presente (§§150-156). Establecida una discriminación *prima facie* en el caso, la Corte estimó que el gobierno no había satisfecho la carga de probar que la norma no afectaba el derecho más de lo estrictamente necesario para preservar el objetivo funcional de la regulación de los seguros en ese punto, que es proteger a las familias cuando alguno de sus miembros tiene un accidente de coche (§§167-171). Y en su voto concurrente, Claire L’Hereux-Dubé pone énfasis en la desaprobación y marginalización social que las parejas de hecho han sufrido, señala el error de ver al matrimonio como una simple cuestión “contractual”, y apunta que en un número significativo de parejas un miembro quiere estar en una relación de permanencia e interdependencia públicamente recono-

²¹ *Ibidem*, pp. 810-812. Como señala esta autora, la ley de Connecticut contra discriminaciones por estado marital en el acceso a la vivienda dice, por ejemplo, que la prohibición “no debe ser entendida como una prohibición de negar vivienda a un hombre o una mujer que no están vinculados por vínculos de sangre ni casados el uno con el otro”. Sobre el impacto disparado por género de las reglas antinepotismo (la que acaba renunciando a trabajar en la empresa o universidad, en la que no pueden trabajar los dos, es prácticamente siempre la mujer), véase Porter, *op. cit.*, pp. 9-15.

cida y el otro no, y que es en atención a estos desbalances de poder que los jueces y los legisladores están dando un grado creciente de reconocimiento a los vínculos no maritales, sobre todo cuando ciertos tipos de intereses están en juego (§§91-103).

Con posterioridad, sin embargo, la Corte canadiense ha considerado no discriminatorio, por ejemplo, que la Ley de Propiedad Matrimonial de Nueva Escocia no incluya dentro de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho, con el resultado de no ser aplicable a su caso la presunción de división a partes iguales del patrimonio familiar en el momento de un ruptura (*Nova Scotia vs. Walsh*, 2002), o que la seguridad social no reconozca derecho a cobrar una pensión a la expareja de hecho de una persona porque al momento de la muerte de ésta no convivían (condición no aplicable al caso de las parejas casadas) (*Hodge vs. Canada*, 2004). En los dos casos, la Corte argumentó que la afectación inicial al derecho a no ser discriminado por un motivo análogo a los enumerados, quedaba justificada en términos de la “cláusula de limitación” del artículo 1o., que sujeta a los derechos “exclusivamente a aquellos límites razonables previstos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática”. En *Walsh*, la Corte señaló que la norma impugnada no establecía diferencias entre los “grupos en comparación”, que personas no casadas razonables considerarían ofensivas a su dignidad humana, que la existencia de similitudes funcionales no reflejaba el rango total de características de las parejas de hecho, y que, aunque tribunales y legisladores hubieran reconocido su desventaja histórica, ante legislaciones que tienen por efecto cambiar radicalmente las obligaciones jurídicas de las partes, la elección personal debía ser determinante. Aunque la libertad de elegir sea a veces ilusoria, dijo la Corte, extender obligadamente ciertas reglas sobre la propiedad en la pareja haría nugatoria una libertad de escoger entre formas de vinculación familiar alternativas que el Estado debe respetar.²² Y en *Hodge*, la Corte dijo que, aunque la peticionaria

²² §§34-43, 53-54. Claire L’Hereux-Dubé escribió un enérgico voto particular donde destaca las razones por las cuales la diferenciación de regímenes sí afecta la dignidad de las parejas de hecho, y sostiene que la Ley de Propiedad Matrimonial no tiene nada que ver con la elección individual: “The MPA has nothing to do with choice or consensus, and everything to do with recognizing the need of spouses at the end of the relationship. Initial intentions are, after all, of little consequence. People are often unaware of their legal rights and obligations and do not organize their personal lives in a manner to achieve specific legal consequences. Matrimonial property legislation imposes a wealth distribution regime on marriage dissolution without regard for the wishes of married cohabitants at the outset of their relationship, not on some pre-conceived consensus. Furthermore, many heterosexual unmarried cohabitants *cohabit* not out of choice but of necessity. For *many* choice is denied them by virtue of the wishes of the other partner. To deny them a remedy because the other partner chose

pedía ser tratada como los cónyuges (casados, pero) separados, su situación era en realidad análoga a los cónyuges divorciados, que no tienen derecho a pensión, motivo por el cual tampoco había base para pensar que debería tenerla ella, que ya no era pareja de la persona al momento de fallecer ésta. En ninguno de los dos casos, la Corte entra propiamente al análisis de medios y fines, porque considera que el trato desigual no constituye una afectación *prima facie* a la igualdad de suficiente entidad, para entrar a la aplicación del escrutinio estricto.²³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha sostenido que poder hacer una regulación diferenciada de las uniones matrimoniales y de hecho, cae en general dentro del margen de apreciación estatal, aunque puede haber diferenciaciones particulares que sean ilegítimas, y en una ocasión condenó a España por denegar una pensión de viudedad a una persona casada por el rito matrimonial gitano (*Muñoz Díaz c. España*, 2009). Con todo, como destaca Cristina Berenguer, en *Muñoz* resultó determinante que el Tribunal estimara que en el caso había algo más que una mera convivencia *more uxorio*: el Tribunal equiparó el matrimonio gitano a los matrimonios nulos que de buena fe se consideran existentes, no a las uniones de hecho, articulando así el fallo con su doctrina acerca de la discriminación por “indiferenciación” —la que se da cuando, sin justificación objetiva razonable, los Estados no tratan de manera distinta los casos sensiblemente distintos que merecen ese trato distinto—.²⁴ Porque de otro modo, el Tribunal ha permitido consistentemente a los Estados en otros casos regular de modo distinto los dos tipos de uniones. En el caso *Serife Yigit c. Turquía* (2009), por ejemplo, no condenó a Turquía cuando sus tribunales no reconocieron esa pensión a una persona casada por matrimonio religioso sin reconocimiento civil, y señaló que la diferencia de trato entre personas casadas civilmente y las vinculadas por matrimonios no reconocidos perseguía un fin legítimo y

to avoid certain consequences creates a situation of exploitation” (tomado de la síntesis oficial, p. 4; R. C. S. [2000], p. 331). La norma, por lo tanto, operaba a su juicio una afectación clara al derecho a no ser discriminado del artículo 15, que no quedaba además justificado bajo las estrictas condiciones impuestas por la cláusula general de limitación del artículo 1o.

²³ §§40-49. Esto es, no considera satisfechas las condiciones para poder hablar de una violación al artículo 1o., de modo que no hay lugar para proyectar el escrutinio del artículo 1o., que en Canadá permite (en cuanto autoriza limitaciones de derecho necesarias en una sociedad democrática) que el gobierno mantenga ciertas medidas *prima facie* dañinas, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación.

²⁴ Berenguer Albaladejo, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, especialmente pp. 130, 136 y 137.

tenía una justificación objetiva y razonable.²⁵ Con todo, se trata de criterios que vienen acompañados casi siempre de votos disidentes, que consideran obligada la equiparación (en ciertos ámbitos), y por supuesto, existen a nivel estatal tratamientos a menudo mucho más favorables.²⁶

El somero recorrido por estos casos llama la atención, me parece, sobre varios aspectos: primero, la mirada comparada parece sugerir un patrón de protecciones diferenciadas según el ámbito social de que se trate y según el tipo de interés en juego. Así, llama la atención la preocupación por proteger a las personas de discriminación por estado marital en el ámbito laboral —a buen seguro no desconectada de la voluntad de evitar discriminaciones por género y otras conexas que suelen retroalimentarse en ese particular ámbito— y también una tendencia a la equiparación en la recepción de beneficios o prestaciones públicas o privadas que responden a necesidades de protección presentes de manera casi idéntica en las parejas casadas y no casadas. Y segundo, existe un ámbito particular en el que parece existir mayor convergencia en *no* equiparar, y que consiste precisamente en la regulación de aspectos básicos internos de la unidad de convivencia, y en particular, el régimen patrimonial que se aplica a los bienes generados cuando existe conflicto. La Corte canadiense habla en ese caso de los proyectos de vida, como vimos, y la misma Corte mexicana menciona (así sea muy rápido, §46) que estamos en un terreno donde la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento —y, podemos añadir nosotros, el libre desarrollo de la personalidad— están en juego. Mientras no lleguemos a la conclusión de que la diversidad de opciones en este ámbito vital es innecesaria o incluso ilegítima, la evaluación de las diferencias específicas entre diferentes regulaciones debe tomar en consideración también (aunque no exclusivamente) su impacto en el mantenimiento de esta oferta plural de “menús”.

2. *Evaluar las ventajas e inconvenientes de los distintos marcos analíticos*

Como sea, puede sostenerse que poder detectar intuitivamente una variación potencialmente mayor en los patrones y reacciones sociales asociadas al estatus marital, o el hecho de reconocer que ciertos rasgos regulato-

²⁵ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

²⁶ *Ibidem*, pp. 128 y 129. Como consigna esta autora, en España, tras una reforma hecha en 2007, el artículo 174 de la Ley General de Seguridad Social equipara al cónyuge superviviente al miembro superviviente de una pareja de hecho a los efectos de recibir la pensión de viudedad, siempre que se cumplan ciertos requisitos (*ibidem*, p. 117).

rios pueden estar conectados al valor general de tener opciones, dentro del derecho, a la hora de vincularnos con otros con vocación de permanencia, no hace en sí mismo inadecuado el escrutinio estricto.

Como sea, puede sostenerse que el hecho de poder detectar intuitivamente una variabilidad potencialmente mayor en los patrones y reacciones sociales asociadas al estatus marital, o el hecho de reconocer que ciertos rasgos regulatorios pueden estar conectados al valor general de tener opciones, dentro del derecho, para pensar cómo queremos vincularnos con otros con vocación de permanencia, no hace en sí mismo inadecuado el escrutinio estricto.

Existen, a mi entender, dos grandes opciones. La primera es desarrollar una teoría basada en la idea de no aplicar siempre escrutinio estricto, sino sólo cuando concurra algún factor que se superponga o adicione al uso del criterio del estado marital. Por ejemplo, la existencia de un efecto paralelo nocivo en términos de otros criterios prohibidos de discriminación —como ocurre en el caso de Campeche, donde el impacto disparate que las prohibiciones del artículo 19 tienen para las parejas del mismo sexo haría el escrutinio estricto obligado, incluso si no estuviéramos ante una norma relacionada con estados maritales—. O que la práctica o norma bajo análisis se sitúe en un subámbito en el que estén sobradamente documentadas prácticas sociales con consecuencias dañinas relacionadas con estado marital —como en el caso mencionado de las admisiones escolares, o en ciertos ámbitos laborales, donde estar soltero, o casado, u otra cosa, se penaliza—. O que la norma o actuación sea explícitamente limitativa o negadora de oportunidades y derechos, como ocurre claramente con el artículo 19, LSCC, de Campeche, en contraste, por cierto, con el artículo que estaba en cuestión en el caso de Chiapas; la idea sería aquí que, con independencia de otros factores, hay *ex ante* más motivos para mirar con sospecha una norma que impone límites respecto de cuestiones que son extremadamente importantes para todo el mundo, como el cuidado de los hijos, o el régimen de custodia y patria potestad, que una norma que no recorta oportunidades o que las amplía. La Corte pareció moverse en esta línea cuando resolvió la acción de inconstitucionalidad 2/2010, contra las normas que aprobaron el matrimonio igualitario en el Distrito Federal. En esa ocasión, la Corte sostuvo que no procedía aplicar escrutinio estricto, sino un análisis de mera razonabilidad a la nueva redacción del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, porque era una norma que ampliaba, no restringía derechos.²⁷

²⁷ Este razonamiento está sintetizado en la tesis aislada P. XXIV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 873. que dice así:

La segunda opción es mantener la doctrina del escrutinio estricto automático, siempre que una norma o práctica se asiente —directamente o por sus efectos— en la categoría de estado marital, pero en el entendido de que, en el transcurso de su aplicación, muchas veces nos encontraremos con ese “objetivo constitucionalmente imperioso” exigido por la primera grada del *test*, que será la garantía de la autonomía y del derecho a modelar ciertos aspectos importantes de la vida íntima, sin que el Estado nos ponga enfrente insuperables dificultades, objetivo a la luz del cual deberá examinarse la factura y la proporcionalidad de la medida que se apoye en la categoría del estado civil.

Es difícil, *ex ante*, sin haber cosechado las enseñanzas de repetidas instancias de “equilibrio reflexivo”, que pongan en relación las aparentes ventajas e inconvenientes de estas dos opciones analíticas pensadas en abstracto, con nuestras instituciones respecto de la resolución de casos concretos, pensar qué es lo más conveniente para el derecho constitucional mexicano. En favor de no aplicar automáticamente escrutinio estricto, está siempre la idea de que, cuando realmente se aplica, hay pocas normas cuya factura tenga la perfección necesaria para superar las estrictísimas condiciones que el mismo impone a la labor de los poderes públicos. En particular, el requisito de que no exista una alternativa mejor: que se trata del medio menos restrictivo posible de todos los imaginables. No es extraño que la Corte canadiense, en los casos en que declara válidas las diferencias entre parejas de hecho y las formalizadas, se esfuerce por mostrar por qué motivos las categorías del derecho antidiscriminatorio canadiense bloquean la presentación

“Matrimonio entre personas del mismo sexo. Al tratarse de una medida legislativa que redefine una institución civil, su constitucionalidad debe verificarse exclusivamente bajo un parámetro de razonabilidad de la norma (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009. Al redefinir el matrimonio como la ‘unión libre de dos personas’ la citada reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal tuvo como objetivo modificar dicho concepto, a efecto de extenderlo a parejas del mismo sexo, por lo que se trata de una medida legislativa que no restringe o limita un derecho sino que, por el contrario, busca equiparar u homologar las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales, razón por la cual, en el caso, el control constitucional se inscribe no bajo un análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad para determinar la pertinencia de un trato diferenciado y la violación o no a los principios de igualdad y no discriminación, caso en que la medida legislativa debe examinarse bajo un escrutinio estricto, sino sólo en un análisis de razonabilidad que permita verificar: a) Si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y b) Si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que existen diferencias objetivas relevantes por las cuales deba darse un trato desigual, el cual estará no sólo permitido sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente”.

del caso como un verdadero caso de presunta discriminación por estado marital: de quedar establecido eso, sería necesario mostrar bajo el artículo 1o. que se trata de la medida menos restrictiva posible, y la Corte sabe que eso no es fácil.

El escrutinio estricto es un arma poderosísima que permite a los jueces desbaratar con enorme facilidad los desarrollos del legislador. Si no se toma a la ligera, conviene pensar con cuidado para qué tipo de acción estatal y para qué tipo de circunstancias hay que reservarlo. En México, una aplicación automática del escrutinio estricto podría además ahogar los potenciales efectos benéficos de la diversidad legislativa asociada a nuestro sistema federal. Aunque es común pensar que en estos días los jueces nos defienden con los derechos frente a legisladores estatales retrógrados, puede ocurrir que legislaciones innovadoras, globalmente buenas desde la perspectiva de los derechos, no reúnan las condiciones de perfecta factura que permiten superar el escrutinio estricto.

En favor de aplicar, en automático, escrutinio estricto a cualquier caso relacionado con estado marital están, sin embargo, los alarmantes grados de desigualdades de todo tipo que imperan en nuestro país y casi todas las razones que menciona L'Hereux-Dubé, en las discusiones canadienses sobre el tema, cuando señala que pensar el campo como un espacio de patrones de decisiones autónomas es imposible. México es un país con un muy mejorable índice de brecha de género,²⁸ donde el ámbito relacionado con estado marital sigue siendo pasto de todo tipo de estereotipos, y donde la no formalización de vínculos profundiza la expropiación económica de las mujeres. Con el dato adicional de que, según los datos del INEGI (véase el apéndice),²⁹ cada vez hay más uniones de hecho, y hay muchas más mujeres que hombres entre los que declaran estar separados o divorciados —un impacto disparado siempre relevante—. En el caso de Chiapas, al estar ante una norma sobre estado civil que es a la vez una norma sobre qué ocurre, en ciertas coyunturas, con las personas que trabajan para los demás sin remuneración, en un país que, en ese particular ámbito, como en muchos otros,

²⁸ México ocupa el lugar 71 de 145 países en el Índice de Brecha de Género Global de 2015, con 0.699 (donde 0 significa inequidad y 1 equidad). Países como Nicaragua, Bolivia, Cuba, Argentina, Costa Rica, Colombia, Panamá, Trinidad y Tobago, El Salvador o Guyana tienen más equidad. El Índice mide la equidad sobre la base de cuatro aspectos: participación y oportunidad económica (1), logros de escolaridad (2), salud y esperanza de vida (3), y empoderamiento político (4). El subíndice mexicano en participación y oportunidad económica es 126 (0.545). Véase <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2015/rankings/> [visitado por última vez el 14 de marzo de 2016].

²⁹ Agradezco a Samuel González Cataño su impecable asistencia en la búsqueda de estos datos y la elaboración de los gráficos.

sigue siendo un parque temático del machismo, parece haber elementos suficientes para apoyar la aplicación de un escrutinio que nos obligaría a dar muchísimas vueltas a normas con enorme impacto en la estructura social.

¿Hubiera superado el escrutinio estricto la norma de Chiapas? Quizá sí. Se hubiera podido apelar al libre desarrollo de la personalidad —libertad personal, dignidad y libertad de pensamiento, dice la Corte en la sentencia de Chiapas— como fin constitucionalmente importante servido por una norma que mantiene una diferencia clara y relevante en las expectativas respecto de las repercusiones económicas de vincularnos con otros de uno u otro modo. Se hubiera podido argumentar además, aunque ciertamente no es un argumento que pueda hacerse de modo atropellado, que es una diferenciación *necesaria* para conservar la distintividad de las dos opciones vitales —dado que muchas otras diferencias tradicionales entre las instituciones *no* son legítimas, y dado que no hemos llegado todavía a la conclusión global de que tener más de una opción en este campo ha dejado de ser importante—. Y a la vista de que la norma prevé un derecho a ver reconocida la mitad de ciertos bienes importantes (la vivienda entre ellos), podría argumentarse que se preocupa por la proporcionalidad en sentido estricto, pues se esfuerza por que la incidencia en los intereses o bienes que quedan afectados no vaya más allá de lo necesario, no tenga un efecto disparate en términos de género (dada la estructura social y el reparto injusto de las tareas no remuneradas en su seno), y no tenga otro tipo de efectos abusivos.³⁰

¿Supone todo esto someterla a dificultades desproporcionadas, dado que es una norma que *amplía* los derechos tradicionales de las concubinas, *i. e.*, dado que hay argumentos para decir que es una norma *benéfica*? La verdad es que la problemática experiencia estadounidense en torno a la aplicación de escrutinio estricto a programas y acciones que intentan combatir las discriminaciones estructurales deja muchas enseñanzas, y como apuntaba anteriormente, está siempre la opción de concentrarnos en ir construyendo del mejor modo posible “conceptos-compuerta” que marcarán la entrada en juego de un aparato analítico *prima facie* más deferente o *prima facie* menos amigable para el legislador. En el caso de Chiapas, es extraño que el análisis constitucional no haga siquiera referencia a que, con todo y lo poco que le gusta a la quejosa la norma del artículo 287 ter, la verdad es que ésta

³⁰ Esto sí, como señalé al principio del artículo, se la toma haciendo caso omiso de las condiciones a las que el artículo 397 subordina el nacimiento del derecho a recibir la compensación. Con esa condición, la norma de Chiapas no parece mal equipada para pasar un escrutinio judicial estricto, y asegurarnos de que este tipo de escrutinio se aplica en general, lo cual indudablemente forzará al resto de legisladores con competencia en materia familiar a ser constitucionalmente cuidadosos.

no es una norma “antigua”, sino una norma sensible a los fenómenos de desequilibrio de poderes, que intenta decir algo nuevo en este terreno. En cualquier caso, el debate jurídico en torno a si este tipo de normas son o no benéficas, como paso previo a determinar cómo vamos a encarar el análisis de su factura legal, puede ser tan interesante y dar lugar a tantos puntos finos —o más— que el que se desarrolla dentro de las cuatro paredes de los *test* de escrutinio.

En el caso de Campeche, en cambio, no tenemos dudas. La adopción y otros derechos relacionados con la crianza de los hijos son importantes en cualquier configuración familiar. Son importantes para las personas solteras, casadas, en unión de hecho, en convivencia civil... lo son para cualquier persona. Uno puede argumentar que cualquier norma que toque de modo importante este tema —que es más relevante para las personas que el de la propiedad— debe ser mirado con sospecha, sólo por ese motivo. Si, además, el legislador restringe derechos en la materia, en lugar de regularlos o de ampliarlos, y si además ello se da en el contexto de unidades familiares que el derecho, por así decir, no toma de la realidad pre-existente sino que “fabrica” o “produce” artificialmente, con la idea de que sean distintas al matrimonio, en un contexto en el que el acceso a esa figura ha sido utilizada por el Estado para decantar diferencias de “legitimidad” entre clases de personas y vínculos sociales, las razones que justifican el ejercicio de escrutinio estricto se multiplican.

Y bajo ese parámetro, la norma legislativa de Campeche enfrentará, con toda justicia, muchas dificultades, tanto en el plano de la identificación y justificación de sus objetivos —incluso si el legislador argumenta que la regulación está destinada a cubrir necesidades importantes, tanto de convivientes que son pareja sentimental como de convivientes que no lo son— como desde la perspectiva de la evaluación de los medios, que con toda seguridad se concluirá que son “sobreinclusivos”, pues aunque pueda tener sentido hacer reglas sobre custodia, distintas a las habituales para los casos de convivientes de mucha edad, por ejemplo, asociados con personas que cuidan de ellos, la norma desafortunadamente se aplica también a uniones familiares en cuyo contexto esas reglas deben ser idénticas a las que aplican a personas casadas o unidas en uniones de hecho tradicionales.

VI. CONCLUSIÓN

El objetivo central de este artículo ha sido tomar en serio dos sentencias recientes importantes de la Suprema Corte mexicana, y hacer una contribu-

ción a su análisis y evaluación detallados. El objetivo no era en esta ocasión proponer criterios sustantivos acerca del mejor modo de enfrentar un tipo de discriminación que inunda importantes ámbitos de nuestra vida colectiva —las discriminaciones por estado marital—, sino mostrar con qué tipo de instrumentos nuestra Corte los está enfrentando, explorar sus contornos, señalar algunas de sus ventajas e inconvenientes, para ayudar a pulirlos y a hacerlos más poderosos con el tiempo.

En estos años recientes, era crucial que la Corte se centrara en “decidir bien” —validar o invalidar lo que lo merece— un buen número de casos en materia de derechos, para generar dinámicas de cambio públicamente perceptibles, en consonancia con las reformas en materia de derechos y con la necesidad de empezar a saldar deudas históricas. Y las dos sentencias que comentamos deciden esencialmente bien, en cuanto al “resultado de fondo”. Pero en los años que siguen, será importante ir refinando paulatinamente los argumentos. Y algo que sugiere el análisis que hemos desarrollado hoy es que la judicialización efectiva de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1o. exigirá elaborar más puntos de los que por el momento quedan elaborados en las decisiones de la Corte.

Habrà que pensar, por ejemplo, si vale la pena seguir con la idea de que todos los criterios enumerados en el artículo 1o. —“el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”— son siempre igual, o suficientemente, sospechosos con el fin de escoger la intensidad del escrutinio. Habrà que pensar, por ejemplo, cómo evitar que un abuso del escrutinio estricto acabe banalizándolo e inutilizándolo para la transformación social real —o abra una escabechina judicial excesiva—, o cómo ir construyendo, alternativamente, una teoría que identifique elementos relevantes para decidir cuándo debe entrar en juego y cuándo no. Habrà que pensar también, aunque en este artículo no he profundizado en este punto, si nos gusta la estructura analítica que aquí he llamado “nuestra versión de *test* híbrido”, o si queremos cambiarlo por otro. Y habrá que pensar qué partes del derecho antidiscriminatorio no se trabajarán mediante *test* de proporcionalidad, y en qué momento se trabajarán piezas complementarias tan importantes como los repartos de cargas de la argumentación.

El objetivo debe consistir en ir construyendo un aparato de análisis que sea capaz de dar peso y de insertar dentro de la argumentación de la Corte más elementos de contexto social, político y cultural que los que hasta ahora se han venido tomando en cuenta. Aunque en los dos casos analizados hoy,

su ausencia no crea problemas insuperables, vendrán casos más complejos, y la Corte los enfrentará mejor cuanto más haya avanzado en el camino de completar las piezas que faltan.

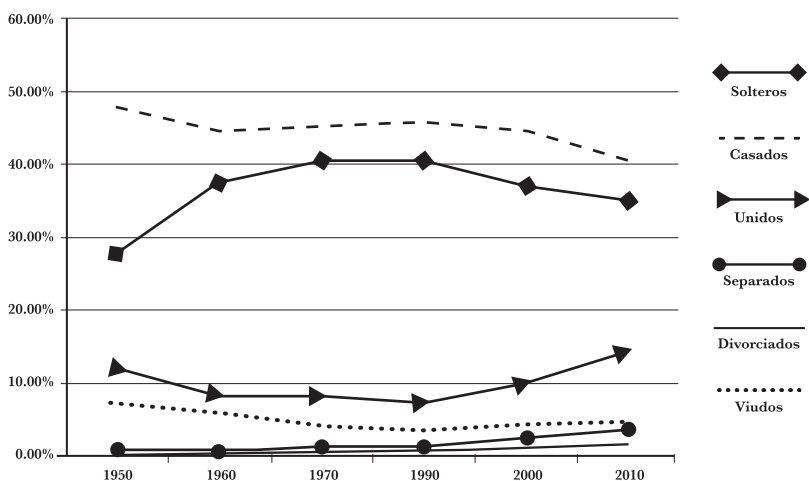
VII. APÉNDICE

TABLA 1. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN POR SEXO Y ESTADO CONYUGAL (1950-2010)

Estado conyugal	1950	1960	1970	1990	2000	2010
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Solteros	27.85%	37.54%	40.45%	40.58%	37.07%	35.15%
Casados	47.76%	44.63%	45.39%	45.76%	44.50%	40.53%
Unidos	11.92%	8.40%	8.17%	7.38%	10.26%	14.40%
Separados	ND	ND	1.37%	1.22%	2.60%	3.75%
Divorciados	0.45%	0.54%	0.46%	0.73%	0.99%	1.47%
Viudos	7.37%	6.00%	4.16%	3.64%	4.32%	4.40%
Hombres	46.21%	49.24%	49.25%	48.44%	48.06%	48.22%
Solteros	13.74%	20.12%	21.77%	21.02%	19.12%	18.20%
Casados	23.40%	22.08%	22.19%	22.32%	21.91%	20.10%
Unidos	5.65%	3.99%	3.91%	3.51%	5.00%	7.12%
Separados	ND	ND	0.35%	0.29%	0.68%	1.14%
Divorciados	0.13%	0.17%	0.15%	0.20%	0.30%	0.51%
Viudos	1.66%	1.45%	0.88%	0.74%	0.91%	0.96%
Mujeres	53.79%	50.76%	50.75%	51.56%	51.94%	51.78%
Solteras	14.11%	17.41%	18.68%	19.56%	17.95%	16.95%
Casadas	24.36%	22.55%	23.20%	23.44%	22.59%	20.43%
Unidas	6.27%	4.41%	4.26%	3.87%	5.26%	7.28%
Separadas	ND	ND	1.02%	0.93%	1.92%	2.60%
Divorciadas	0.32%	0.37%	0.31%	0.53%	0.69%	0.96%
Viudas	5.70%	4.55%	3.28%	2.90%	3.42%	3.43%

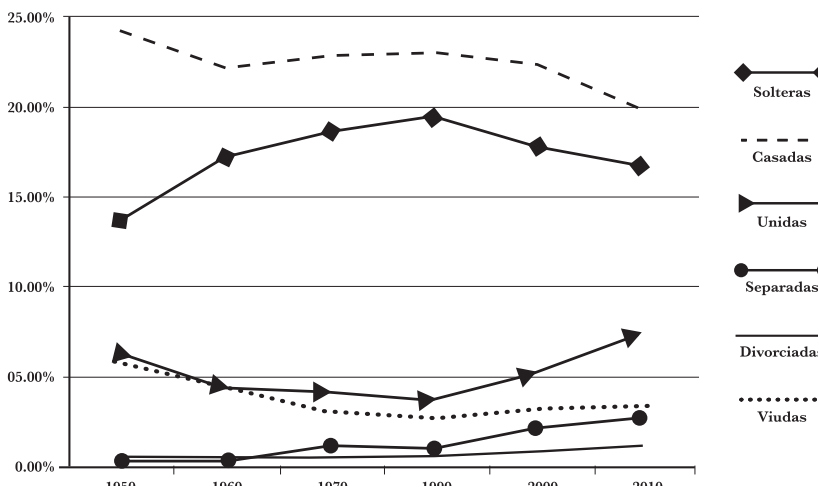
ND: Información no disponible.
FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 1
ESTADO CONYUGAL DE LA POBLACIÓN EN MÉXICO (1950-2010)



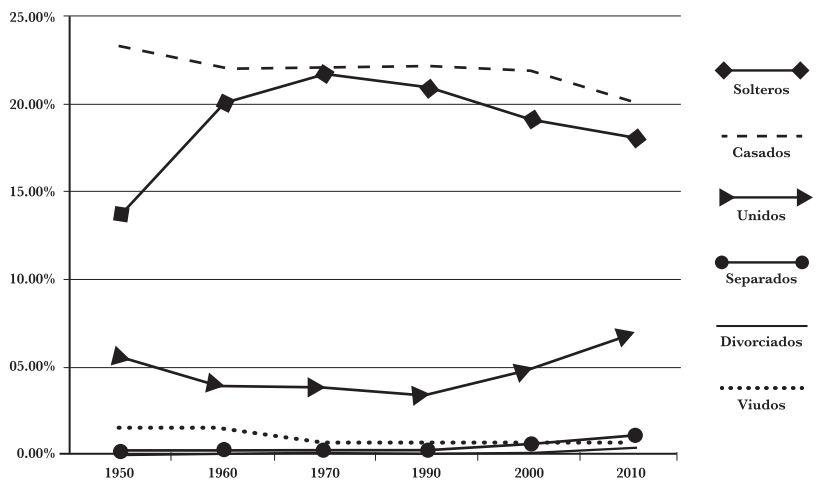
FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 2
ESTADO CONYUGAL DE LAS MUJERES EN MÉXICO (1950-2010)



FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

GRÁFICA 3
ESTADO CONYUGAL DE LOS HOMBRES EN MÉXICO (1950-2010)



FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 1950-1970, 1990, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

TABLA 2. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN DE 12 Y MÁS AÑOS, SEGÚN ESTADO CONYUGAL PARA CADA SEXO Y GRUPO DECENAL DE EDAD: 2000 Y 2010

Grupos decenales de edad	2000						
	Estado conyugal						
	Total	Soltero	Casado	Unido	Separado	Divorciado	Viudo
Población de 12 y más años	69235053	37%	45%	10%	3%	1%	4%
12 a 19 años	16384550	93%	3%	4%	0%	NS	NS
20 a 29 años	17228877	42%	40%	15%	2%	1%	0%
30 a 39 años	13489061	13%	67%	14%	3%	1%	1%
40 a 49 años	9266924	8%	71%	11%	5%	2%	3%
50 a 59 años	5917184	6%	69%	9%	5%	2%	8%
60 y más años	6948457	6%	54%	6%	4%	1%	29%
Hombres	33271132	40%	46%	10%	1%	1%	2%
12 a 19 años	8136956	96%	2%	2%	0%	NS	NS
20 a 29 años	8165082	48%	36%	15%	1%	0%	0%
30 a 39 años	6406684	14%	68%	15%	2%	1%	0%
40 a 49 años	4451948	7%	76%	13%	2%	1%	1%
50 a 59 años	2858105	5%	77%	11%	3%	1%	3%
60 y más años	3252357	5%	69%	8%	3%	1%	14%
Mujeres	35963921	35%	44%	10%	4%	1%	7%
12 a 19 años	8247594	89%	5%	5%	0%	NS	0%
20 a 29 años	9063795	37%	44%	16%	3%	1%	1%
30 a 39 años	7082377	13%	65%	14%	5%	2%	2%
40 a 49 años	4814976	8%	67%	10%	7%	3%	5%
50 a 59 años	3059079	7%	62%	7%	7%	3%	14%
60 y más años	3696100	7%	42%	4%	5%	2%	42%
Grupos decenales de edad	2010						
	Estado conyugal						
	Total	Soltero	Casado	Unido	Separado	Divorciado	Viudo
Población de 12 y más años	84927468	35%	41%	14%	4%	2%	4%
12 a 19 años	17530244	92%	2%	5%	0%	NS	NS
20 a 29 años	18680448	46%	28%	23%	3%	1%	0%
30 a 39 años	16763785	16%	56%	21%	5%	2%	1%
40 a 49 años	12937956	10%	64%	15%	6%	3%	2%
50 a 59 años	8959656	8%	65%	11%	6%	3%	7%
60 y más años	10055379	6%	54%	6%	5%	2%	27%
Hombres	40947872	38%	42%	15%	2%	1%	2%
12 a 19 años	8811712	96%	1%	3%	0%	NS	NS
20 a 29 años	9019179	52%	24%	22%	2%	0%	0%
30 a 39 años	7990769	17%	57%	22%	3%	1%	0%
40 a 49 años	6174686	10%	67%	17%	4%	2%	1%
50 a 59 años	4271988	7%	71%	14%	4%	2%	2%
60 y más años	4679538	5%	67%	9%	4%	2%	14%
Mujeres	43979596	33%	40%	14%	5%	2%	7%
12 a 19 años	8718532	89%	3%	7%	1%	NS	NS
20 a 29 años	9661269	40%	31%	24%	4%	1%	0%
30 a 39 años	8773016	15%	56%	19%	6%	2%	1%
40 a 49 años	6763270	10%	61%	14%	8%	4%	4%
50 a 59 años	4687668	9%	60%	9%	9%	4%	10%
60 y más años	5375841	8%	42%	4%	6%	2%	38%

NOTA: En las distribuciones se excluyó el No especificado del estado conyugal. Cifras correspondientes a las siguientes fechas censales: 14 de febrero (2000) y 12 de junio (2010).

NS: Porcentaje no significativo.

FUENTE: INEGI, Censos de Población y Vivienda, 2000 y 2010; disponible en <http://www3.inegi.org.mx/sistemas/temas/default.aspx?s=est&c=17484>.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- , “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.
- BEATTY, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el ‘matrimonio gitano’”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BEST, Paul *et al.*, *Processes of Constitutional Decision-Making. Cases and Materials*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- , “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, *Isonomía*, núm. 37, octubre de 2012.
- JOSLIN, Courtney G., “Marital Status Discrimination 2.0”, *Boston University Law Review*, vol. 95, 2015.
- KOHM, Lynne Marie, “Does Marriage Make Good Business? Examining the Notion of Employer Endorsement of Marriage”, *Whittier Law Review*, vol. 25, 1994.
- MALDONADO, Solangel, “Illegitimate Harm: Law, Stigma, and Discrimination against Nonmarital Children”, *Florida Law Review*, vol. 63, 2011.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MORESO, José Juan, *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- PORTER, Nicole Bouonocuore, “Marital status Discrimination: A Proposal for Title VII Protection”, *Wayne Law Review*, vol. 46, 2000.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, “Estereotipos, daño dignitario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral”, *Discusiones*, núm. 16, 1, 2016.

- SIECKMANN, Jan-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- SONNE, James A., “Love Doesn’t Pay: The Fiction of Marriage Rights in the Workplace”, *University of Richmond Law Review*, vol. 40, 2006.
- STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.