

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

Karla I. QUINTANA OSUNA**

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

II. ¿POR QUÉ MATRIMONIO IGUALITARIO?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Parejas del mismo sexo desean contraer matrimonio.*

Los tres casos hermanos de Oaxaca

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *Omisión legislativa*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Análisis concreto de la norma impugnada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ Añadido en el amparo en revisión 152/13.

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

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

D. *Efectos de la decisión*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El cuarto caso de Oaxaca

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

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

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

A. Interés legítimo, normas autoaplicativas y categorías sospechosas.

Un nuevo entendimiento

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

³⁰ Mediante resolución de 6 de marzo de 2013.

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

te relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso³², es decir, debe estar garantizado por un derecho objetivo y debe haber una afectación a la esfera jurídica de una persona en sentido amplio que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra. Así pues, el interés legítimo permite a las personas combatir actos que estiman lesivos de sus derechos humanos, sin que sea necesario ser titulares de un derecho subjetivo —noción asociada con el interés jurídico—. Se trata pues —destacó la sala— de un agravio personal e indirecto, en oposición al agravio personal y directo exigido por el interés jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁵ Se citó Austin, J. L., *op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Análisis del interés legítimo en el caso concreto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Efectos en el caso concreto

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

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

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

D. *El enlace conyugal: una figura discriminatoria*

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Jurisprudencia genérica sobre la inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual

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

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

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

⁴⁵ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. NUEVOS CASOS

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

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

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

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

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

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

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, J. L., “El significado de una palabra”, *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto y QUINTANA OSUNA, Karla I., “La construcción de la igualdad”, *Foreign Affairs Latinoamérica*, México, Comexi-ITAM, núm. 1, enero-marzo de 2016.
- QUINTANA OSUNA, Karla I., “Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la Judicatura”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2015.

⁵⁹ Cfr. Lara Chagoján, Roberto y Quintana Osuna, Karla I., *op. cit.*, p. 34.

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