

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

Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA*

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

I. INTRODUCCIÓN

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

* Consultora jurídica. LL. M. Düsseldorf.

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

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

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

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

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

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

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

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADAS EN JUNIO DE 2011

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LOS AMPAROS PIONEROS DE OAXACA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. EL DESARROLLO DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL EN LA PRIMERA SALA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, este precedente tan importante concluye explicando que:

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CONCLUSIÓN

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

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

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

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

VII. BIBLIOGRAFÍA

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

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., C. F. Müller, 1999.
- MEDINA MORA, Alejandra *et al.*, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, *El parámetro de control de la regularidad constitucional en México. Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.
- SILVA MEZA, Juan y VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, *Transsexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 2011.
- ZALDÍVAR, Arturo, “Comentario al artículo 103 constitucional”, en Congreso de la Unión *et al.* (eds.), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Porrúa-Congreso de la Unión-Suprema Corte de Justicia, 2012.