

CAPÍTULO PRIMERO

LIBERTAD E IGUALDAD. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO¹

I. PLANTEAMIENTO

Este capítulo tiene como objetivo reflexionar sobre las distintas formas en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) ha protegido la libertad y la igualdad de las parejas homosexuales que han reclamado ante esta su derecho a contraer matrimonio. Para ello, es necesario analizar el discurso que la Corte utiliza en las sentencias a través de las cuales reconoce la constitucionalidad de dicho derecho. Al referirme al discurso, asumo que la Corte habla a través de sus sentencias y que lo que dice o deja de decir, así como la forma en que lo dice, es relevante para lograr la igual consideración y respeto de todos los individuos y, en concreto, de la comunidad homosexual.²

Asimismo, un análisis pormenorizado del discurso de la Corte nos brinda los siguientes beneficios: por un lado, nos permite vislumbrar importantes diferencias en la concepción que tienen los ministros sobre el tipo de reclamos que presentan la exclusión de las parejas homosexuales del derecho al matrimonio, así como la mejor forma de responderlos³ y, por el otro, nos da las bases para criticar y exigir un mejor discurso a nuestra Corte.

¹ Este capítulo fue publicado previamente en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJ-UNAM, 2017.

² Como explica Dworkin, el derecho a la igual consideración y respeto implica, por un lado, dar un trato igual en la distribución de bienes, oportunidades y libertades y, por el otro, ser tratado como un igual —ser tomado en cuenta— al tomar la decisión política de cómo serán distribuidos esos bienes, oportunidades y libertades. Como veremos más adelante, en el caso del matrimonio igualitario, dar un trato igual significa otorgar los mismos derechos, mientras que tratar como iguales significa reconocer el mismo valor de las relaciones homosexuales y heterosexuales. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, p. 273.

³ Lo que se refleja en las sentencias en las que son ponentes.

El capítulo está dividido en cuatro apartados. En el primero planteo muy brevemente la concepción de la justicia constitucional de la que parto y el tipo de reclamo que conlleva el litigio sobre el matrimonio igualitario. El tipo de reclamo que se nos presenta nos obliga a reflexionar sobre lo que pueden considerarse minorías sociales o grupos subordinados para la teoría constitucional y la trascendencia que tiene para el discurso de las sentencias. En segundo lugar, explico los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo con los que puede abordarse la constitucionalidad de la inclusión o exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio. En tercer lugar, teniendo en cuenta el tipo de reclamo que se nos plantea, el carácter minoritario de la comunidad homosexual basado en prejuicios y los enfoques liberal e igualitario, analizo el discurso que utiliza la Suprema Corte para resolver estos asuntos. Finalmente, presento algunas conclusiones.

II. LA SUPREMA CORTE Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO

De acuerdo con una concepción deliberativa de la justicia constitucional,⁴ dos de las funciones que cumplen las cortes supremas son: 1) participar en el diálogo constitucional proveyendo de nuevos argumentos o criticar otros ya tomados en cuenta en sede parlamentaria, y 2) garantizar la deliberación y participación igualitaria en la esfera pública, para lo cual debe, entre otras cosas, igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público. En nuestros tiempos, la participación igualitaria en la esfera pública tiene como fin influir a los otros ciudadanos y conformar la opinión pública o comunicar algo a los representantes.

Es cierto que la justicia constitucional no puede asegurarnos que todos tengamos el mismo nivel de influencia en los demás o en la conformación de la opinión pública,⁵ pero sí puede reducir la desigualdad de oportunidades en atención al derecho de igualdad política, “según el cual todos los ciudadanos deben poder participar en condiciones de igualdad en el autogobierno de su comunidad”.⁶ En otras palabras, debe preservar la igualdad

⁴ Por razones de espacio no puedo detenerme a explicar esta concepción de la justicia constitucional, por lo que me permito remitir a mi trabajo *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

⁵ Sobre el tema de influencia política véase Dworkin, Ronald, “Political equality”, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 4a. ed., 2002, pp. 194-198.

⁶ Martí, José Luis, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 262.

de oportunidades de participación, mas no igualar la eficacia de sus distintos tipos.⁷

Uno de los obstáculos para esta participación social igualitaria es la existencia de prejuicios en contra de individuos o grupos que se reproducen a través de los mensajes que transmiten, entre otros, ciertas leyes. De acuerdo con esta concepción, las leyes cumplen una función simbólica y expresiva muy poderosa de la cultura dominante y son objeto de disputas culturales. Así, cuando se impugna una ley que está basada en prejuicios y conlleva este tipo de mensajes estigmatizadores, las cortes están obligadas a reconocer esta vertiente del reclamo. En efecto, cuando una corte suprema se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a un individuo o grupo con base en un prejuicio que reproduce, no solo toma una decisión legal de compatibilidad o no de la ley con la Constitución, sino que puede tomar partido en la disputa cultural y defender nuevos significados que combaten la subordinación. Incluso, puede ser un motor de cambio y de inclusión.⁸

En esta tesitura, el discurso que utiliza la Corte para reconocer la constitucionalidad del matrimonio igualitario no es un tema baladí. Qué es lo que dice y lo que deja de decir es sumamente relevante para la lucha del reconocimiento de la comunidad homosexual, es decir, para lograr su participación social como iguales.⁹

Como se sabe, es posible distinguir entre reclamos de justicia redistributivos y de reconocimiento. Los primeros se refieren a la redistribución de recursos económicos, mientras que los segundos buscan una relación recíproca ideal entre sujetos en la que cada uno ve al otro como su igual. Los reclamos de reconocimiento se enfrentan a injusticias culturales derivadas de patrones de representación, interpretación y comunicación que impiden la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social. En la mayoría de los casos, ambos reclamos interactúan y requieren de respuestas que atiendan las dos vertientes.¹⁰ Como veremos enseguida, los reclamos de re-

⁷ Urbinati, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 2014, pp. 136, 137 y 139. Sobre el tema también véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, 1991, p. 227.

⁸ Karst, Kenneth L., *Law’s Promise, Law’s Expression. Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, Connecticut, Yale University Press, 1993, pp. 3, 7, 8, 9 y 202.

⁹ Sobre la importancia del reclamo de reconocimiento en el litigio del matrimonio igualitario véase Clérico, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 139-164.

¹⁰ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth,

conocimiento están vinculados con el aspecto social que define a una minoría social o a un grupo subordinado.

La definición clásica de minorías sociales deriva de la nota al pie número cuatro, párrafo tercero, del caso *Carolene Products*¹¹ de la Corte Suprema estadounidense, que establece la posibilidad de una exigencia especial de justificación de las decisiones que afectan minorías discretas e insulares contra las que hay un prejuicio que no les permite utilizar el proceso político para defender sus intereses. Esta nota al pie ha sido interpretada por Ely, quien señala que, si bien estas minorías pueden estar técnicamente representadas, se hallan en una situación funcional de impotencia, al encontrarse durante largos periodos en un estado permanente de incapacidad para protegerse políticamente (por bloqueos oficiales o extraoficiales a sus argumentos) de tratos menos favorables comparados con los que se dan a la mayoría, la que se los niega por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses.¹²

Ely llama la atención sobre los dos componentes que tiene la fórmula de *Carolene*: el político y el social. Así, Ely dice que, si bien el acceso político es importante, mientras no tenga la mayoría un grupo minoritario no puede protegerse contra la hostilidad declarada o corregir los prejuicios. De ahí que sea importante que las interrelaciones sociales aumenten, pues pueden ayudar a disminuir la hostilidad o los estereotipos y, como consecuencia, permitir la cooperación política.¹³

Por su parte, en 1985 Bruce Ackerman propuso dejar atrás las características discretas e insulares, entendiendo por discretas aquellas minorías que

Alex, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata-Paideia, 2006, pp. 17, 20 y 22.

¹¹ 304 U.S. 144 (1938). La nota al pie dice lo siguiente: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when *legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...]”.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...].

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or national [...] or racial minorities [...]: whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”.

¹² Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 109, 127, 130, 186 y 202.

¹³ *Ibidem*, p. 195.

pueden ser identificadas por un rasgo visible, e insulares aquellas que conviven recurrentemente y han generado una comunidad. Esto porque dichas características les permitirían actuar organizadamente en su beneficio.¹⁴ En lugar de proteger minorías discretas e insulares, como las personas de color, sugiere que los estándares de revisión más exigentes se apliquen para proteger minorías anónimas y/o difusas. El carácter anónimo se refiere a la posibilidad que tienen sus integrantes de mantener en privado la característica que los hace una minoría, por ejemplo, la homosexualidad, pues tienen un incentivo para no organizarse y pasar desapercibidos. Por su parte, el carácter difuso se refiere al nivel de interacción entre sus miembros, por ejemplo, las mujeres, que si bien son una minoría discreta, son difusas.¹⁵ Para Ackerman, no es que el prejuicio en contra de las minorías discretas e insulares sea algo del pasado, sino que estas tienen mayores posibilidades de protegerse políticamente si se les compara con las minorías anónimas y difusas.¹⁶

Una tercera propuesta vino de la pluma de Kenji Yoshino, quien en 2010 puso en cuestión que el carácter difuso y anónimo de la comunidad gay le haya impedido obtener poder político.¹⁷ Asimismo, critica la consideración hecha en el caso *Frontiero*¹⁸ en el que una pluralidad de jueces dijo que las mujeres podían ser consideradas sin poder a pesar de su número, al estar infrarrepresentadas en los *councils*. Para Yoshino, este es un estándar muy indulgente, pues casi cualquier grupo puede aducir o formular este argumento. También critica el estándar del caso *Cleburne*,¹⁹ según el cual las personas con retraso mental no podían considerarse sin poder, porque habían podido atraer la atención de los legisladores, pues solo los que fue-

¹⁴ Ackerman, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, 1985, p. 724.

¹⁵ *Ibidem*, p. 729.

¹⁶ *Ibidem*, p. 737. Cabe destacar que Ackerman apunta muy bien a la inevitabilidad de hacer consideraciones sustantivas —en contraposición a procedimentales— al proteger minorías, pues determinar si algo es un prejuicio o no involucra ese tipo de argumentos. *Ibidem*, pp. 739 y 740. Además, llama la atención sobre cómo la fórmula de Carolene Products se refiere a dos problemas distintos: el primero, las desventajas sistemáticas que sufren ciertos grupos para defenderse en el proceso político y, el segundo, el prejuicio como cuestión sustantiva. *Ibidem*, pp. 740 y 741.

¹⁷ Yoshino, Kenji, “The gay tipping point”, *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, p. 1542. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998, pp. 565 y 566. En un trabajo anterior Yoshino distingue entre una parte de la comunidad gay que es anónima y difusa y otra que es discreta e insular “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96, p. 1809.

¹⁸ 411 U.S. 677 (1973).

¹⁹ 473 U.S. 432 (1985).

ran desatendidos sistemáticamente serían considerados sin poder, lo que es un estándar muy exigente.²⁰ Por tanto, propone una aproximación flexible para fijar quiénes no tienen poder político, para lo cual deben atenderse diversos factores: 1) el ingreso y riqueza del grupo; 2) salud y longevidad; 3) protección frente a la violencia pública y privada; 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos; 5) nivel de educación; 6) posición social, y 7) existencia de prejuicios en su contra.²¹

Por su parte, para Owen Fiss, los grupos son aquellos que tienen una identidad y existencia separada del resto, y la identidad de los integrantes se define por la pertenencia al grupo, su estatus social está vinculado al mismo y la manera de actuar de los demás está basada en esta perspectiva. Además, hay una interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo. Ahora bien, el carácter subordinado del grupo deriva de una posición social muy mala y de carecer de poder político (por razones económicas, numéricas y derivadas del prejuicio), aunado al tiempo que llevan ocupando dicho lugar. Para Fiss, el caso es el de la comunidad negra.²² Los grupos se distinguen de las clases derivadas de una clasificación legislativa, como podría ser los que resultan de una categorización impositiva. En un análisis de igualdad lo relevante no es que la clasificación se haga con base en una categoría sospechosa, sino el efecto que tiene al dañar el estatus del grupo.²³

A este tipo de aproximación Roberto Saba la denomina “desigualdad estructural”, para la cual el ideal de no arbitrariedad es insuficiente o incompleto. En esta lógica, para tratar realmente igual a las personas es necesario atender al contexto y al grupo al que pertenecen, pues, dependiendo del contexto, medidas que parecen neutrales pueden no serlo. Por el hecho de que la persona pertenezca a un grupo puede ser objeto de una exclusión sistemática y, por tanto, requerir de un trato distinto.²⁴

²⁰ Yoshino, Kenji, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *cit.*, pp. 1542 y 1543. El indicio de que un grupo ha podido llamar la atención de los legisladores es la cantidad de legislación aprobada que le favorece. *Ibidem*, p. 1805.

²¹ *Ibidem*, p. 1543. Del mismo autor, “Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *cit.*, pp. 565 y 566.

²² Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 5, 1976, pp. 107-117. En este trabajo citaré la traducción al español “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 138-141.

²³ *Ibidem*, pp. 142, 143 y 146.

²⁴ Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 185 y 191.

En mi opinión, la idea de que las minorías sean discretas y/o insulares, anónimas y/o difusas, etc., o de grupos subordinados, nos llama la atención sobre el trato sistemático²⁵ menos favorable que se da a un grupo de personas. Este trato se debe a que no tienen derecho al voto, tienen dificultades para organizarse, existen prejuicios o por alguna otra causa se les impide hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, o combatir los prejuicios.

Lo perverso de la situación de las minorías y de los grupos desaventajados es que para revertir el trato discriminatorio al que se ven sujetas tendrían que poder cambiar o combatir las condiciones que les impiden participar en condiciones de igualdad y, eventualmente, ganar votaciones en el Parlamento; sin embargo, no pueden hacerlo, ya que esas condiciones están más allá de su alcance. Así, al ser minorías que no tienen derecho al voto, no pueden participar en el Parlamento y, lógicamente, no pueden dotarse del derecho al voto; al ser minorías anónimas y difusas, tienen dificultades para organizarse políticamente y ser escuchadas, derivadas de condiciones que no pueden modificar sus integrantes, o siendo minorías que, si bien están organizadas políticamente, no son escuchadas por las mayorías que tienen prejuicios en su contra, lo que no pueden cambiar por sí solas.

Por tanto, debemos distinguir entre los diferentes problemas que aquejan a las minorías. Algunas no tienen voz, otras tienen serias dificultades intrínsecas para organizarse y otras, aunque organizadas, no son escuchadas por la mayoría al ser objeto de prejuicios.²⁶ El rasgo común es que, por distintas razones, no pueden participar en condiciones de igualdad y las condiciones que se lo impiden no pueden cambiarlas por sí solas.

Tratándose de la comunidad homosexual, estimo que el aspecto social que la hace una minoría social son los prejuicios que existen sobre su incapacidad para tener parejas estables o para criar hijos en un ambiente sano.²⁷ De esa manera, al abordar el litigio sobre el matrimonio igualitario,

²⁵ Como señala Fraser, cuando los arreglos sociales benefician sistemáticamente a unos y perjudican a otros, hay razones *prima facie* para pensar que el “bien común” es una mistificación, por lo que cualquier consenso en este contexto social debe ser visto con sospecha. Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992, p. 131.

²⁶ No descarto la posibilidad de que una minoría sufra los tres problemas.

²⁷ De acuerdo con la encuesta de BGC, Beltrán Juárez y Asociados, publicada en el periódico *Excelsior* el 23 de mayo de 2016, en mayo de 2016, 65% de los entrevistados están de acuerdo con el matrimonio homosexual a nivel nacional, mientras que 34% está en desacuerdo. Por su parte, hay un 43% a favor de reconocerles el derecho de adopción y un 58% en contra.

los jueces deben responder tanto al reclamo de reconocimiento como al de distribución de derechos, y para abordar el reclamo de reconocimiento es necesario hacer frente a los prejuicios que existen en su contra, atender al contexto en el que se expide la legislación y optar por un análisis que considere igualmente sus capacidades.²⁸ Este último tema nos lleva a plantearnos los posibles enfoques para resolver el litigio sobre el matrimonio igualitario.

III. POSIBLES ENFOQUES PARA RESOLVER EL PLANTEAMIENTO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

El reconocimiento del derecho al matrimonio de los homosexuales puede ser enfocado, por lo menos, de dos maneras distintas: *a)* liberal-no comparativo, y *b)* igualitario-comparativo. En la práctica jurisdiccional, estos dos enfoques pueden mezclarse; sin embargo, en teoría es posible diferenciarlos. De hecho, en los casos en los que una sentencia utiliza más de un enfoque suele darse preponderancia a alguno de ellos.

No hay que perder de vista que, si estos dos enfoques se analizan desde el resultado de (in)constitucionalidad de las disposiciones que excluyen a las parejas homosexuales, no hay una diferencia relevante, pues ambos concluyen con la declaración de inconstitucionalidad y el otorgamiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, es decir, dan un trato igual en la distribución de libertades, lo que ya de por sí es una forma de inclusión.²⁹ Ahora bien, si se analizan desde el discurso que se utiliza para declarar la inconstitucionalidad, entonces sí hay diferencias relevantes. En efecto, desde el punto de vista del discurso, no tienen los mismos méritos, particularmente por lo que se dice o deja de decir en relación con el aspecto cultural o social que excluye a los miembros de la comunidad homosexual del matrimonio, es decir, con los prejuicios que existen sobre sus relaciones y su capacidad para criar hijos, lo que contribuye o no a tratarlos como iguales.

²⁸ No hay que perder de vista que una de las propiedades que caracterizan a la persona desde el punto de vista liberal es que están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos. Esta capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo. Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM-IIJ-UNAM-CEAD, 2017, p. 19.

²⁹ Aunque también hay quien piensa que la inclusión de los homosexuales en el matrimonio refuerza la discriminación hacia las parejas que no están casadas. Warner, Michael, "Beyond Gay Marriage", en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left legalism/Left critique*, Durham, Duke University Press, 2002, pp. 81-147.

La diferencia entre los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo tiene como base la distinta concepción del mal que genera la discriminación. Mientras el enfoque liberal-no comparativo estima que el mal de la discriminación es la privación de una libertad,³⁰ el igualitario-comparativo estima que este consiste en no tratar a las personas como iguales.³¹

A. *Liberal-no comparativo*

En primer término, lo que caracteriza a este enfoque es la falta de referencia al aspecto social que define a una minoría social y la indiferencia al contexto en que se hacen las distinciones legislativas. Así, se considera innecesario combatir el prejuicio que existe en contra de las personas homosexuales y se omiten consideraciones relativas al carácter subordinado o no del grupo.

En segundo lugar, desde un punto de vista metodológico, se conceptualiza el matrimonio a la luz de la moral social vigente y de la concepción de familia. Posteriormente, se analiza si el acceso al matrimonio (como uno de los medios para conformar una familia) está o no protegido por un derecho fundamental como el libre desarrollo de la personalidad. Si *prima facie* lo está, entonces la pregunta subsecuente es si la restricción a dicha libertad —exclusión de los homosexuales del acceso al matrimonio— está basada en un criterio razonable. Para ello, se analiza si la orientación sexual es un criterio constitucionalmente permisible para excluir a los homosexuales de esa libertad (se analiza con especial rigor al tratarse de una categoría sospechosa).³² En otras palabras, la pregunta es si, en atención a la naturaleza o definición del matrimonio, las parejas homosexuales se adecuan a sus fines.

Conforme a esta perspectiva, no es necesario hacer un análisis comparativo entre las relaciones que están incluidas y las que están excluidas, sino, en atención a las características de la institución, analizar si los homosexua-

³⁰ Una de las principales defensoras de esta aproximación es Moreau, Sophia, “What is discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 2, pp. 143-179; “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³¹ Una de las defensoras de esta perspectiva es Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *op. cit.*, y su libro *When is discrimination wrong?*, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

³² Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, *cit.*, pp. 52 y 57.

les deben estar o no incluidos en el ámbito de protección de la libertad. Es un análisis primordialmente abstracto de la restricción *prima facie* de una libertad, aunque eso no impide que se haga un análisis comparativo, pero este es secundario.³³

El inconveniente de este enfoque es que no se combaten discursivamente los prejuicios en contra de los homosexuales y se pasa por el alto la importancia del contexto en el que opera la ley.³⁴ Además, el estudio basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede guardar silencio sobre cosas que es importante decir. Por ejemplo, un análisis puro desde el

³³ Un ejemplo de esta aproximación puede verse en la tesis 1a./J. 55/2006 de la Primera Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

³⁴ Karst, Kenneth L., *op. cit.*, pp. 182 y 186.

libre desarrollo de la personalidad no tiene por qué hacer, como punto de partida, una comparación entre las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales, pues basta con decir que la orientación sexual no es una razón para restringir el acceso al matrimonio.³⁵

Finalmente, no debe perderse de vista que, conforme a este enfoque, es posible concluir que la privación del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales conlleva también una violación refleja al derecho a la igualdad, al constatarse que existen injustificadamente dos *regímenes* distintos para las parejas homosexuales y las heterosexuales que priva a las primeras de una libertad. Sin embargo, para concluir que se viola el derecho a la igualdad como efecto reflejo no se hace una comparación *fáctico-valorativa* entre las parejas homosexuales y heterosexuales, pues basta con constatar que no tienen los mismos derechos. De esta manera, si bien se constata la violación al derecho a la igualdad, la similitud entre las capacidades de las parejas homosexuales y heterosexuales para constituir relaciones afectivas estables juega un papel secundario para sustentar la conclusión, además de que no se combaten las bases culturales que la sostienen.

B. *Igualitario-comparativo*

A diferencia del enfoque liberal-no comparativo, en el igualitario-comparativo sí se hace referencia al prejuicio que sostiene la discriminación de las parejas homosexuales, al carácter histórico de esos prejuicios, y también se presta atención al contexto en que se hacen las distinciones legislativas, pues considera que las distinciones que hace la ley adquieren un significado según el contexto y la cultura, lo que es relevante para su evaluación constitucional.³⁶

Por otro lado, desde un punto de vista metodológico, el *punto de partida* no es definir la institución y valorar si la orientación sexual es una razón para excluir a personas del matrimonio, sino comparar si las parejas heterosexua-

³⁵ Piénsese, por ejemplo, en el AR 237/2014, conocido como el *Caso Marihuana*, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 235, último párr.; 237; 245, frac. I; 247, último párr., y 248, todos de la Ley General de Salud, con base en un análisis de proporcionalidad de la restricción que suponen del libre desarrollo de la personalidad. En ese caso, es muy claro que el libre desarrollo de la personalidad protege la autonomía de las personas para tomar la decisión de consumir marihuana para fines lúdicos y, en consecuencia, también a todas las *acciones* necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.), sin que la Corte haga una valoración positiva o negativa de la decisión.

³⁶ Hellman, Deborah, *When is discrimination wrong?*, cit., p. 25.

les y las homosexuales son similares en la propiedad de comparación relevante para efectos de acceso al matrimonio.³⁷ Para ello, se fija un punto de comparación fáctico-valorativo (la capacidad de establecer relaciones estables o la orientación sexual) y se dice si los sujetos, hechos, situaciones, etc., comparados son o no similares en el punto de comparación.

Fijar cuál es el punto de comparación (*v. gr.*, capacidad para establecer relaciones estables o la orientación sexual) y si los sujetos comparados están en una situación similar conlleva un juicio de valor, es decir, no es una mera elección de una propiedad fáctica, sino de la propiedad fáctica que se considera relevante según la valoración del operador jurídico.³⁸ Y una vez que establecemos que las relaciones son similares en la propiedad relevante, en principio, deben ser tratadas de igual manera, salvo que exista una razón suficiente para tratarlas de manera desigual.³⁹

Lo que es notable desde el punto de vista discursivo es que hay que definir el término de comparación fáctico-valorativo y si los sujetos, hechos, situaciones, etc., son similares desde ese punto de vista.⁴⁰ De esta manera,

³⁷ Hellman, Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination", *cit.*, p. 53.

³⁸ Alexy, Robert, "El derecho general de igualdad", *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, pp. 352 y 353.

³⁹ La carga de la argumentación está en quien argumenta en contra de la igualdad, una vez que se ha considerado que están en una situación de hecho equivalente. *Ibidem*, p. 360.

⁴⁰ Un ejemplo de este tipo de aproximación comparativa puede verse en la tesis 2a./J. 42/2014 de la Segunda Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. *Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente.* En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto

se toma una postura sobre si existe un término de comparación entre las parejas y cuál debe ser, por ejemplo, la capacidad de constituir relaciones estables o la orientación sexual.

Eso no significa que el análisis comparativo prescindiera de una conceptualización del matrimonio, sino que esta conceptualización es concomitante y está modulada por el análisis comparativo. Así, la forma de concebir el matrimonio está determinada por el punto de partida que encuentra una similitud entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la propiedad relevante. En otras palabras, el propósito y la definición del matrimonio se adecuan a las capacidades e intereses similares de ambas parejas, pues el derecho a la igualdad así lo requiere.

Alguien puede pensar que no es necesario fijar ese término de comparación, pues se puede presumir que las parejas homosexuales y heterosexuales deben ser tratadas de igual manera; sin embargo, lo cierto es que la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no implica una presunción en abstracto a favor del trato igual o del trato desigual.⁴¹ La presunción a favor del trato igual solo puede establecerse una vez que se determina la similitud en la propiedad que se considere relevante.⁴² Además, desde un punto de vista discursivo, no hacer la comparación explícita es una falencia grave, ya que implicaría dejar de decir que las parejas homosexuales tienen

de estas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.

⁴¹ Westen, Peter, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, pp. 571-575.

⁴² Sobre este punto, Sadurski reprocha a Alexy que la carga de la argumentación en contra de la igualdad no puede ser en abstracto, pues para determinar la carga hay que definir si las personas son similares o diferentes en relación con el propósito de la regla. Wojciech, Sadurski, *Equality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 105.

la misma capacidad para establecer relaciones estables, lo que desde el reclamo de reconocimiento es importante manifestar.

Una vez que se define la propiedad fáctico-valorativa y se estima que existe similitud, entonces debe tratarse de igual manera a los sujetos comparados. La pregunta subsecuente es si el criterio de clasificación justifica que no tengan el mismo régimen (justifique un trato desigual), para lo cual pueden aplicarse los mismos pasos que en el test de proporcionalidad. Así, la diferencia con el enfoque liberal-no comparativo radica en el punto de partida, pues el enfoque igualitario-comparativo obliga a fijar un punto de comparación —excluyendo otros— y a pronunciarse sobre si hay o no similitud entre los sujetos comparados. Y en caso de darse la similitud, entonces debe darse el mismo trato. Eso no sucede en el enfoque liberal, ya que en este basta con afirmar que, en atención a las características de la institución del matrimonio, no se justifica que la orientación sexual sea un criterio para excluir a los homosexuales de esa institución. Es decir, no se dice necesariamente que las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales son comparables y similares por su capacidad de constituirse en relaciones estables y, por tanto, que debe tratárseles igual.

El hecho de que el punto de partida sea tomar postura sobre cuál es el término de comparación fáctico-valorativo adecuado y sobre la similitud o no de las relaciones homosexuales y heterosexuales no es baladí para el reclamo de reconocimiento, ya que posiciona culturalmente a las parejas homosexuales como merecedoras del mismo respeto y consideración social. Además, una vez establecido que las relaciones son similares en la característica relevante, la pregunta se invierte, porque ya no se trata de verificar que las parejas homosexuales se adecuen a la definición de matrimonio, sino si el matrimonio se adecua a las capacidades de dichas parejas.

En términos discursivos, el punto de partida es trascendente, pues lo que la Suprema Corte les dice a las parejas homosexuales es distinto y afecta el establecimiento, legitimación y reproducción del *statu quo*.⁴³ En efecto, cuando se aborda desde el enfoque igualitario-comparativo se combate con mayor fuerza la creencia social que concibe a las relaciones homosexuales como desviadas, lo que ayuda a contrarrestar la distinción entre *ellos* y *nosotros*.⁴⁴

Finalmente, de acuerdo con este enfoque, la exclusión de los homosexuales del derecho al matrimonio es una violación del derecho a la igualdad y, como efecto reflejo, del libre desarrollo de la personalidad. Ahora

⁴³ Dijk, Teun Adrianus van, “Discourse and inequality”, *Lenguas Modernas*, núm. 21, 1994, p. 20.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 25.

bien, la violación del derecho a la igualdad no solo se debe al trato *legal* desigual que se da a las parejas homosexuales al privarlas injustificadamente de una libertad, sino a que, en atención a la similitud de sus capacidades, debió haberseles tratado de manera igual, además de que el trato legal desigual conlleva una falta de reconocimiento de su capacidad para tener relaciones estables basada en prejuicios.

IV. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE MEXICANA EN LA JURISPRUDENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En este apartado analizaré si el discurso de la Corte plasmado en sus sentencias es de carácter liberal-no comparativo o igualitario-comparativo. Para ello, hay que prestar atención a si hace o no referencia al prejuicio en contra de los homosexuales, al maltrato sistemático del que son objeto o al carácter de grupo subordinado de la comunidad homosexual. Es decir, si toma en cuenta el aspecto social que hace a la comunidad homosexual una minoría y si tiene presente el contexto. Por otro lado, hay que analizar si aborda la exclusión del matrimonio como la restricción de un derecho de libertad, o si su punto de partida es comparar las relaciones homosexuales y heterosexuales. Al hacer un análisis del discurso de las sentencias es necesario poner mucha atención en el peso que cada argumento tiene en su construcción argumentativa, pues si bien pueden estar presentes tanto argumentos liberales como igualitarios, el discurso pone énfasis en algunos de ellos y relega otros.

Debo aclarar que mi objetivo no es una descripción detallada de lo que dice cada una de las sentencias, por lo que solo me detendré en las que considero más relevantes y enfatizaré la parte de estas que significan un pronunciamiento novedoso o la reiteración de un aspecto importante. La pregunta sobre el matrimonio igualitario se puede presentar mediante dos posibles escenarios: 1) que los homosexuales ya estén incluidos en el régimen y la autoridad quiera justificar su exclusión, y 2) que los homosexuales estén excluidos en el régimen y la autoridad busque justificar esa exclusión.

*Acción de inconstitucionalidad 2/2010 (Distrito Federal)*⁴⁵

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Procuraduría General de la República (PGR) impugnó el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, previsto mediante reforma

⁴⁵ Resuelta el 16 de agosto de 2010 por el Tribunal Pleno, ponencia del ministro Valls Hernández.

al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.⁴⁶ La relevancia de esta acción de inconstitucionalidad, resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010, se debe a varias razones: es el primer asunto en el que la Corte estudia la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar, se fijan pautas que serán retomadas en los asuntos posteriores, y tiene la peculiaridad de tratarse de un caso de inclusión y no de exclusión de las parejas homosexuales por la asamblea legislativa.

Para la Corte, al tratarse de un caso de ampliación de derechos y no de restricción, y siendo que el núcleo de los argumentos de invalidez se dirige a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal y no a impugnar un acto legislativo por violación al principio de igualdad y no discriminación, debía aplicar un test de razonabilidad y no de proporcionalidad reforzado. De acuerdo con la Corte, al estudiar la razonabilidad se debe verificar si: 1) la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, y 2) los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual.

En su argumentación, la Corte dice que, por cuanto el artículo 4 constitucional no define al matrimonio,⁴⁷ la definición queda en manos del legis-

⁴⁶ Reforma publicada en la *Gaceta Oficial* el 29 de diciembre de 2009.

Art. 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

⁴⁷ El texto vigente al momento de la resolución de 16 de agosto de 2010 era el siguiente:
Constitución general

Art. 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

lador ordinario, es decir, la Constitución no exige el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo, pero es una opción permitida por la misma. La inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio no trastoca su núcleo esencial, pues la diversidad sexual no es un elemento definitorio de la institución ni la finalidad del matrimonio es la procreación, además, es compatible con la protección y desarrollo de la familia entendida como realidad social.

Con apoyo en el precedente del amparo directo civil 6/2008 reconoce que la “[...] decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”.⁴⁸ Así, la decisión de casarse o no casarse, y tener o no hijos y el número, es una decisión protegida por el libre desarrollo de la personalidad.

Asimismo, reconoce que las personas homosexuales han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil y han sido históricamente discriminadas y “[...] no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1º constitucional, que el legislador ordinario *este impedido* para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que por igual son estables y permanentes, solo por esa distinción”.⁴⁹

Por su parte, en el apartado del derecho a adoptar previsto en el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal⁵⁰ se dice que “[...] pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

⁴⁸ SCJN, acción de inconstitucionalidad 2/2010, pp. 95, 102 y 105.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 391. Podrán adoptar: I. Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados; II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años; III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años; IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente”,⁵¹ y añade que concluir que las familias conformadas por personas del mismo sexo no satisface las garantías de cuidado resulta insostenible dentro de la Constitución y es contrario al derecho a no ser discriminados, pues parte de perjuicios que la Corte no debe convalidar.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010

De esta sentencia hay que destacar el tipo de discurso preponderantemente liberal y tangencialmente igualitario que utiliza la Corte, así como criticar la conclusión de reconocer libertad de configuración al legislador ordinario de incluir a las personas del mismo sexo en la institución del matrimonio.

Por lo que toca al discurso, la Corte fundamenta su decisión en el análisis de la institución del matrimonio y de la familia a la luz de la moral positiva y la compatibilidad de la orientación homosexual con el mismo, la refuerza con el argumento de la protección del matrimonio por el libre desarrollo de la personalidad, y utiliza el argumento de la similitud de las relaciones homosexuales y heterosexuales para confirmar que su conclusión es correcta. De esta manera, la Corte se mueve entre los enfoques liberal e igualitario que expliqué *ut supra*, dándole una marcada preferencia al liberal, según el cual se define la institución del matrimonio y en atención a sus características se cuestiona si la orientación sexual es una razón para excluir a las personas homosexuales de la institución. Debe destacarse la conceptualización plural del matrimonio y de la familia, pues se trata de una visión no tradicional del matrimonio que permite incluir realidades que antes estaban excluidas. En efecto, la definición del matrimonio y de la familia como instituciones destinadas a proteger realidades sociales distintas es un paso fundamental en lo que vendrá después en la línea jurisprudencial de la Corte.

Por otro lado, hace un análisis comparativo como argumento de refuerzo y afirma que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son iguales en los aspectos relevantes, es decir, son estables, afectivas, etc., *por*

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque solo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos.

En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

⁵¹ SCJN, acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 132.

lo que no hay razón para tratarlos de manera desigual. De esta manera, el análisis comparativo entre las relaciones homosexuales y heterosexuales no es su punto de partida, lo que hubiera obligado a la PGR a justificar el trato desigual. Además, para la Corte parece ser un argumento de poco peso, pues no sirve para exigir el trato igual, sino solo para descartar que sea una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.

Una posible explicación del carácter preponderantemente liberal de su discurso es que, en el caso, la medida impugnada amplía el acceso al matrimonio para los homosexuales y lo que busca la PGR es justificar un trato desigual.⁵² En un principio, la Corte nos dice que la argumentación de la PGR no está destinada a hacer valer una violación al derecho a la igualdad (aunque posteriormente señala que la razonabilidad exige analizar si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual).

A este supuesto se le conoce doctrinalmente como discriminación por indiferenciación, en el que la inconstitucionalidad alegada radica en tratar de manera igual a los desiguales. En efecto, el principio aristotélico de igualdad contiene dos partes: 1) tratar igual a los iguales, y 2) tratar desigual a los desiguales. En el caso, la PGR hace esto último.

La pregunta es si la discriminación por indiferenciación puede ser abordada desde el principio de igualdad. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su doctrina que el principio de igualdad no es base para impugnar la discriminación por indiferenciación y esa parece ser la postura sostenida en sentencias posteriores de la línea jurisprudencial mexicana que estudiamos.⁵³

Si nos remontamos al origen de esta negativa del Tribunal Constitucional, en la sentencia (STC) 86/1985 encontramos que tiene como fundamento el cauce procesal en el que se hizo valer por primera vez, en el caso por vía de amparo, y no por medio de un control abstracto de constitucionalidad (EJ 3). Así, la doctrina parece surgir del impedimento procesal que existe en el amparo de plantear una discriminación por indiferenciación

⁵² Entre sus argumentos, la PGR señala que requerir que el matrimonio se celebre entre personas de distinto sexo no implica, de modo alguno, discriminación, p. 21.

⁵³ SCJN, AR 581/2012, AR 152/2013 y AR 263/2014, en los que se distinguen los supuestos en el que se amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales y se dice que el problema es si la regulación es legítima desde el punto de vista constitucional, mientras que si lo que se hace es no permitir el acceso al matrimonio, el problema se analiza en clave de igualdad. Como he tratado de argumentar, ambos supuestos pueden analizarse desde el derecho a la igualdad.

que no afecte al promovente, pues, en el caso, el Ministerio Fiscal impugnó la afectación que las órdenes ministeriales generaban en centros docentes que no eran parte del proceso. Ahora bien, por alguna razón que desconozco, esta doctrina se ha reiterado por el Tribunal cuando por la vía abstracta del control se ha reclamado una discriminación por indiferenciación,⁵⁴ lo que parece ser solo una reiteración de su doctrina sin atender a la razón que le dio origen. Así, algún comentarista ha enfatizado —aunque por otras razones— la débil argumentación del Tribunal para fundamentar su restrictiva postura.⁵⁵

En mi opinión, no hay razón para no abordar la discriminación por indiferenciación desde el derecho a la igualdad, pues, como señala Edorta Cobreros Mendazona, la discriminación también puede darse por no tomar en cuenta una condición o circunstancia que obligue a dar una solución diferenciada a la genérica. Lo que sucede es que quien busca un trato desigual, una vez justificada la similitud en la propiedad fáctica-valorativa relevante, tiene la carga de la argumentación.⁵⁶

En el caso de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la PGR busca un trato desigual basado en la orientación sexual, por lo que tenía la carga de la argumentación y la obligación de dar razones robustas al buscar un trato desigual basado en una categoría sospechosa.⁵⁷ Eso no significa que

⁵⁴ Un caso relevante es la STC/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 3, relativa al matrimonio homosexual.

⁵⁵ Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 74. De acuerdo con Cobreros, el Tribunal solo ha dado dos razones para no admitir la discriminación por indiferenciación: 1) interpreta literalmente el artículo 14 de la Constitución española, que señala que los españoles son iguales ante la ley, por lo que la diferencia normativa no está incluida en su ámbito, y 2) el requisito de generalidad de la ley es contrario a la diferenciación obligada de todo lo diverso.

⁵⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 360. En el mismo sentido, Cobreros Mendazona, Edorta, *op. cit.*, pp. 89 y 97.

⁵⁷ La SCJN identifica las categorías sospechosas por lo dispuesto en el art. 1 de la Constitución, en cuyo caso aplica un test de escrutinio estricto.

Art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios

para reconocer la constitucionalidad del trato igual la Corte deba dar razones igualmente robustas, pues quien debe demostrar la inconstitucionalidad es la PGR. En otras palabras, quien argumenta a favor del trato desigual y lo hace con base en un criterio sospechoso (la PGR) debe dar argumentos robustos, mientras que a la Corte le basta con reconocer la razonabilidad de la medida. En el caso, la Corte parece contestar este argumento aplicando un test de razonabilidad diciendo que las relaciones homosexuales y heterosexuales son similares en cuanto a la afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera.

Por otro lado, en relación con la permisión y no obligación de las legislaturas estatales de ampliar el acceso al matrimonio, la Corte no nos explica por qué la inclusión de las personas del mismo sexo a la institución del matrimonio queda en manos del legislador ordinario, es decir, está *permitido* que los incluyan pero no los están *obligando* a hacerlo. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la conclusión correcta sobre el carácter deóntico (permitido u obligado) era que las legislaturas de los estados estaban obligadas a incluir a las personas del mismo sexo al matrimonio, y no preverlo como una opción constitucionalmente posible.⁵⁸ En efecto, si la Corte señala que no hay razón para tratar de manera desigual, en principio, el trato igual es obligatorio, salvo que haya una razón de peso que justifique que sea solo permitido. La Corte pudo haber fundado que no era obligatorio, sino permitido, por cuanto se trata de una cuestión profundamente controver-

de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Véanse: Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175; Tesis 1a. CIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 183; Tesis 1a. CII/, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, septiembre de 2010, p. 185; Tesis 1a. XCIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XIX, abril de 2013, t. 1, p. 961.

⁵⁸ Como señala Alexy, “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”, *op. cit.*, p. 360.

tida y con el fin de que el debate social continuara;⁵⁹ sin embargo, en este aspecto guarda silencio.

Finalmente, es criticable que, al analizar la inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio, la Corte no se refiera a la idea de prejuicio como causa de exclusión, pues solo nos dice que han sido objeto de una discriminación histórica.⁶⁰ Al no abordarse la existencia del prejuicio, desconoce el aspecto social que hace de la comunidad homosexual una minoría social.

*Amparos Oaxaca*⁶¹

En estos casos, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, lo que se impugnó fue la exclusión del régimen matrimonial de las personas del mismo sexo previsto en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca.⁶² La Corte considera que la medida legislativa examinada (el art. 143 del Código Civil de Oaxaca) distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las del mismo sexo, pues a las primeras les permite el acceso al matrimonio, mientras que a las segundas no.

En estos asuntos es posible diferenciar, por un lado, las sentencias que abordan por separado las porciones normativas relativas a la perpetuación de la especie como una de las finalidades del matrimonio y la definición de

⁵⁹ Alexy señala que la “[...] libertad de configuración legislativa, como tal, no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. Al principio formal de la libertad de configuración legislativa tiene que añadirse siempre una razón que pueda apoyarse en un principio material”. *Ibidem*, p. 380, nota al pie 91.

⁶⁰ Aun cuando al analizar el derecho de las parejas homosexuales a adoptar sí se refiere a los prejuicios que existen sobre su incapacidad para criar hijos o el supuesto efecto dañino que tienen sobre los mismos, p. 131.

⁶¹ SCJN, AR 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; AR 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; AR 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; AR 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶² Art. 143. 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.

El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio.

El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que vivan en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento.

Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, como si estuvieren casados. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este precepto.

este como la unión entre un hombre y una mujer, en las que se continúa con la línea argumentativa *liberal* de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, basada en el libre desarrollo de la personalidad,⁶³ y que constatan como efecto reflejo la violación al derecho a la igualdad y, por el otro, las sentencias *igualitarias* que estudian ambas porciones normativas en conjunto, dejan de lado el libre desarrollo de la personalidad y utilizan al derecho a la igualdad y a la no discriminación como eje de su línea argumentativa.⁶⁴

En las sentencias *basadas en el libre desarrollo de la personalidad* se estudia por separado el fin de la procreación y el requisito de que el matrimonio se celebre entre un solo hombre y una sola mujer. Se estima que establecer como fin del matrimonio la procreación vulnera el libre desarrollo de la personalidad e implícitamente el principio de igualdad. Por su parte, al analizar la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer a través del principio de proporcionalidad, se determina que la medida no cumple con la segunda grada del escrutinio estricto —aplicable por cuanto la clasificación se hace con base en una categoría sospechosa—, es decir, la relación estrecha entre el medio (unión entre un hombre y una mujer) y el fin (ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y protección de la familia), por lo que se vulnera el derecho a la igualdad.

Ahora bien, en estas sentencias no se hace referencia al perjuicio que existe en contra de la comunidad homosexual ni al carácter subordinado del grupo. Simplemente se dice que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

[...] la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación [y] de la experiencia en derecho comparado se advierte que, en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose

⁶³ SCJN, AR 457/2010, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; AR 567/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebolledo.

⁶⁴ SCJN, AR 581/2012, resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; AR 152/2013, resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido.⁶⁵

Incluso, cuando se afirma que tanto las relaciones homosexuales como las heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo, se utiliza como un argumento para decir que no hay razón para dar un trato desigual en relación con el derecho a contraer matrimonio, protegido por el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, en las sentencias *basadas en el derecho a la igualdad* se estudia la constitucionalidad del artículo 147 como un todo, tanto el fin de la procreación como la unión de un hombre y una mujer. Se aplica un test de escrutinio estricto, al tratarse de una clasificación basada en una categoría sospechosa, y se determina que la medida es inconstitucional al no superar la segunda grada del escrutinio, es decir, la relación estrecha entre el fin de la medida (proteger la organización y el desarrollo de la familia) y el medio (establecer la procreación como fin del matrimonio y definirlo como la unión entre un hombre y una mujer). Así, concluyen que la medida es sobreinclusiva —aunque no discriminatoria—, pues comprende en la definición de matrimonio a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Por otro lado, la medida es subinclusiva y, por tanto, discriminatoria, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, por cuanto son capaces de desarrollar una vida familiar con relaciones comprometidas y estables.

Además, se reconoce que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo se debe a una decisión basada en un perjuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales. No se trata de un descuido, sino de un legado de severos perjuicios en contra de las parejas del mismo sexo. Se afirma que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Entre los casos de Oaxaca enfocados en la igualdad, una de las sentencias que más enfatiza el reclamo de reconocimiento es el amparo en revisión

⁶⁵ SCJN, AR 567/2012, p. 41.

(AR) 152/2013.⁶⁶ En ella, la Corte conceptualiza el interés legítimo para dar cabida a una afectación por la parte valorativa de una ley, es decir, por el mensaje estigmatizador que transmite, asume expresamente un papel activo en el cambio cultural y utiliza marcadamente el carácter de grupo vulnerable de la comunidad homosexual.⁶⁷

Ahora bien, en *todas* las sentencias se reconoce que el derecho a casarse implica el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio y a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución: beneficios 1) fiscales; 2) de solidaridad; 3) por causa de muerte de uno de los cónyuges; 4) de propiedad; 5) en la norma subrogada de decisiones médicas, y 6) migratorios para los cónyuges extranjeros.

Finalmente, la Corte da un paso más y afirma que la “amplia libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales. En ese sentido, los derechos fundamentales condicionan materialmente dicha regulación”.⁶⁸ Es decir, la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio es un imperativo constitucional.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte en los amparos de Oaxaca

Es loable que en ambos grupos de sentencias se reconozcan los efectos expresivos del matrimonio, pues ello hace patente la vertiente expresiva de la ley, que hace aún más reprochable la discriminación. Como se vio, los reclamos de reconocimiento involucrados en el litigio sobre el matrimonio igualitario se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio, etc. Por ello es que se busca combatir los *patrones institucionalizados* de valor cultural que subordinan a un grupo como los homosexuales y que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad.⁶⁹

Ahora bien, si atendemos al reclamo de reconocimiento de la comunidad homosexual, es una falencia que en las sentencias *enfocadas en la liber-*

⁶⁶ Sobre esta sentencia véase el trabajo de Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *op. cit.*

⁶⁷ Sobre el carácter de grupo vulnerable véanse las tesis: P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXIV, agosto de 2011, p. 5; 1a. XLIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 645; 1a. XLI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 647.

⁶⁸ SCJN, AR 581/2012, p. 50.

⁶⁹ Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *cit.*, pp. 19-24, 37 y 42.

tad no se haga referencia al prejuicio que históricamente ha existido en su contra ni a la idea de que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento.⁷⁰ Desde mi punto de vista, esta es una carencia grave de ese grupo de sentencias, ya que invisibiliza el aspecto social que define a la comunidad homosexual como minoría social y, en consecuencia, no son igualmente fuertes al combatir la subordinación.

Por otro lado, si bien en ambos grupos de sentencias la Corte nos dice que las relaciones homosexuales son similares a las heterosexuales para los efectos de acceso al matrimonio, es muy relevante para qué efectos se utiliza el argumento. Mientras que las sentencias liberales retoman lo dicho en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y dicen que las relaciones son similares y, por ende, no existe una razón fundada para dar un trato desigual, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan el argumento de la similitud para concluir que hay subinclusión y, por tanto, una violación al principio de igualdad. En otras palabras, las sentencias liberales lo utilizan para descartar que debiera darse un trato desigual, mas no para exigir el trato igual,⁷¹ mientras que las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan la similitud como argumento para sostener la subinclusión de la medida, lo que implica que la situación similar es el parámetro para decidir la inconstitucionalidad de definir el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.⁷² De esta manera, la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en la propiedad relevante, es decir, la capacidad para establecer relaciones afectivas estables, exige que la definición del matrimonio se adecue a sus capacidades.⁷³

Finalmente, en todos los asuntos de Oaxaca se da un paso fundamental en favor de la igualdad, pues cambia el carácter deóntico —de permitido a

⁷⁰ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad sí reconocen la existencia del prejuicio en contra de los homosexuales; sin embargo, no nos dicen en qué consiste ese prejuicio.

⁷¹ Eso no impide a las sentencias basadas en la libertad concluir que la inclusión de las parejas homosexuales al matrimonio es un imperativo constitucional. El punto que hago notar aquí es el peso que tiene la comparación y la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales para la conclusión.

⁷² Sobre el carácter sobre- y subincluyente derivado de un análisis comparativo véase Tussman, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949, pp. 347 y ss.

⁷³ Sobre este punto, las sentencias basadas en la igualdad señalan que la medida es sobreinclusiva, al establecer como fin la procreación, por incluir a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. En mi opinión, también podrían haber dicho que el fin de la procreación es discriminatorio, pues no es una razón para excluir a las parejas homosexuales del matrimonio.

obligatorio— de la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio, es decir, no es una posibilidad más para el legislador ordinario, sino una obligación constitucional. Ahora bien, nótese que este cambio del carácter deóntico tiene una base distinta en las sentencias sustentadas en el libre desarrollo de la personalidad y en las basadas en la igualdad. Mientras que en las primeras la inclusión de los homosexuales es compatible con la concepción vigente del matrimonio y el respeto de su autonomía, en las segundas la inclusión la exige el derecho a la igualdad.

*Amparos Colima*⁷⁴

Los asuntos de Colima resultan interesantes en los siguientes aspectos. La Corte hace un pronunciamiento sobre el carácter discriminatorio de la figura del enlace conyugal, que es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo, a diferencia del matrimonio que se celebra entre personas de diferente sexo.⁷⁵ Sobre este punto, la Corte —reiterando su doctrina—⁷⁶ considera que, aun cuando la distinción entre el matrimonio y el enlace conyugal radica en la denominación, la diferenciación es discriminatoria por constituir un régimen de “separados, pero iguales”. La Corte retoma el reclamo de reconocimiento y señala que la creación del enlace conyugal “[...] perpetúa la noción prejuiciosa de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras del reconocimiento que se les da a los heterosexuales, lo que necesariamente lleva un mensaje implícito de discriminación que constituye una ofensa a la dignidad de las personas en tanto que a través de él se permea la idea de que no existe igualdad entre las parejas heterosexuales y las

⁷⁴ SCJN, AR 615/2013, resuelto por la Primera Sala el 4 de junio de 2014, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; AR 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena; AR 735/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea.

⁷⁵ El art. 147 reformado durante la tramitación del juicio conserva la definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer e incluye la figura de enlace conyugal para las personas del mismo sexo.

Art. 147. Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida.

En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales: I.- Matrimonio: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y II.- Enlace Conyugal: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo.

A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados.

La ley reglamentará las relaciones conyugales.

⁷⁶ SCJN, AR 581/2014, p. 49; AR 152/2013, p. 68.

homosexuales”.⁷⁷ Además, afirma que las parejas del mismo sexo han sufrido una discriminación histórica y que su exclusión está basada en prejuicios y estereotipos, por lo que el sistema judicial debe impulsar un cambio cultural.

Por su parte, en el AR 615/2013, al analizar la definición del matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer, la SCJN retoma el discurso liberal:

[...] si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no, de manera que, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), *es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo, relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo; de ahí que no exista razón fundada para dar un trato desigual a ambos tipos de parejas.*⁷⁸

Lo que nos dice y no nos dice la Corte

A diferencia de los amparos de Oaxaca, los tres asuntos de Colima coinciden en darle un peso decisivo al reclamo del reconocimiento para declarar la inconstitucionalidad de la figura del enlace conyugal, y en la existencia de una discriminación histórica basada en prejuicios y estereotipos. Ahora bien, solo en dos de ellos (AR 704/2014 y 735/2014) hay una asunción expresa del rol que juega la Corte en el cambio cultural, y únicamente en el AR 615/2014 se utiliza el discurso liberal-no comparativo que ya ha sido criticado.

*Acción de inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche)*⁷⁹

En esta acción de inconstitucionalidad, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche impugnó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia, que establece que los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual.⁸⁰ La Corte analiza este artículo como una medida que clasifica con

⁷⁷ SCJN, AR 615/2013, p. 101.

⁷⁸ SCJN, AR 615/2013, pp. 137 y 138.

⁷⁹ Resuelta por el Tribunal Pleno el 29 de enero de 2015, ponencia de la ministra Luna Ramos y encargado del engrose el ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁸⁰ Art. 19. Los convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos

base en el estado civil y en las preferencias sexuales, esto último por cuanto la medida tiene un impacto desproporcionado sobre los convivientes del mismo sexo. Y siendo que tanto el estado civil como las preferencias sexuales están previstos en el artículo 1 constitucional, aplica un escrutinio estricto.

De esta forma, por un lado, al estudiar la medida como una distinción basada en el estado civil, la Corte concluye que la medida no cumple con un fin imperioso como son la protección de la familia o el interés superior del menor, pero no identifica a un grupo subordinado al que haya que proteger a través del derecho a no ser discriminado. Por otro lado, cuando estudia el artículo como una medida que clasifica con base en la orientación sexual, identifica la discriminación analizando el contexto, ya que las sociedades de convivencia son las únicas a las que pueden acceder las parejas del mismo sexo en la legislación civil local y las que no otorgan derecho a la adopción. Además, considera que las minorías sexuales son grupos vulnerables y subordinados, discriminados históricamente, que están en una situación sistemática de desventaja y en contra de los cuales existe un prejuicio, cuya exclusión del régimen de adopción perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento. Finalmente, se refiere al mensaje que transmiten las leyes, las que tienen una carga axiológica sobre las uniones que se dan a través de las sociedades de convivencia.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte

En esta sentencia, la Corte se acerca a las clasificaciones por estado civil y por preferencias sexuales desde dos paradigmas del derecho a la no discriminación: la anticlassificación y la antisubordinación. De acuerdo con el primero, lo que obliga a aplicar un escrutinio estricto es la sola clasificación basada en una categoría sospechosa. De acuerdo con el segundo, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto es la clasificación basada en una categoría sospechosa que *perjudica* a individuos o grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural).⁸¹ Así, la mera clasificación basada en una categoría sospechosa no conlleva la aplicación del escrutinio estricto, sino que debe determinarse si la medida perjudica o no a un grupo vulnerable, para lo cual hay que definir si se trata o no de ese tipo de grupo.

menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición.

⁸¹ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, núm. 34.

En algunos precedentes, la Corte ha adoptado este tipo de paradigma de la antisubordinación⁸² y resulta relevante para los casos en los que se analizan acciones afirmativas o discriminaciones indirectas, como sucede en este supuesto.⁸³

Ahora bien, con independencia de estas dos aproximaciones a las categorías sospechosas y al derecho a no ser discriminado, la mayoría de la Corte hace bien en considerar que la medida implica una discriminación indirecta en contra de las parejas homosexuales.⁸⁴ Es importante recalcar que sobre este punto hubo una fuerte discusión en las sesiones del Tribunal Pleno, entre la minoría de ministros que consideraba innecesario pronunciarse sobre la discriminación por orientación sexual y pretendía basarse solo en la discriminación por razón del estado civil (dado que el art. 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia incluye a las parejas homosexuales como heterosexuales)⁸⁵ y la mayoría, que estimó necesario hacer ambos estudios. Así, este caso nos hace patente las implicaciones que tienen las lógicas liberales e igualitarias que se pueden advertir en los precedentes y que hasta el momento habían sido integradas en las sentencias.

Por un lado, el enfoque liberal plantea el problema como si se tratara de una regulación neutral distinta de las instituciones matrimonio, concubinato y sociedad de convivencia, sin considerar que esta última es la única

⁸² Tesis 1a. XCIX/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, lib. 4, marzo de 2014, t. I, p. 524; Tesis P. VII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 24; Tesis XLIII, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 644.

⁸³ En efecto, desde una perspectiva anticlassificación, una acción afirmativa es sospechosa porque clasifica con base en una categoría sospechosa, aunque sea en beneficio de un grupo vulnerable. En cambio, desde la antisubordinación, una acción afirmativa no resulta sospechosa. Por su parte, una discriminación indirecta que no utiliza una categoría sospechosa para clasificar (es neutral), pero tiene un impacto desproporcionado sobre un grupo vulnerable, de acuerdo con la concepción de anticlassificación es constitucional, no así desde una concepción de antisubordinación.

⁸⁴ Contrario a lo que sostiene el ministro Cossío Díaz en su voto concurrente: “Si bien comparto buena parte de lo sostenido por la mayoría, no así lo tocante a la discriminación por razón de orientación sexual, por escapar al planteamiento del asunto, que tiene que ver con los mecanismos de formación de familia. Tales consideraciones, además de ser meramente declarativas, resultan innecesarias, en tanto argumento adicional, para resolver el problema de constitucionalidad planteado, y considero que con las mismas además no se soluciona el problema específico de discriminación estructural al grupo en cuestión como se señala en la sentencia”.

⁸⁵ Art. 2. La Sociedad Civil de Convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los convivientes que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles.

institución a la que pueden acceder los homosexuales y que no considera el derecho para adoptar. Por su parte, el enfoque igualitario sí hace ese análisis contextual del que se desprende que la sociedad de convivencia, única institución a la que pueden acceder los homosexuales, no por coincidencia es la única que no contempla derecho de adoptar.

Es posible pensar que para declarar la invalidez era suficiente que la Corte se limitara a estudiar la discriminación basada en el estado civil —al aplicarse un escrutinio estricto—; sin embargo, eso equivale a ser ciego a la discriminación indirecta y al uso de la ley para expresar y legitimar posiciones de dominación. En efecto, ya que en Campeche la única institución prevista para las parejas del mismo sexo es la sociedad convivencia y esta no contempla el derecho de adopción, es evidente que la medida busca perjudicar a la comunidad homosexual. Además, el enfoque liberal implicaría no tener en cuenta el reclamo de reconocimiento que existe en este tipo de litigios, pues, como se ha explicado, desde un punto de vista discursivo es sumamente relevante lo que se dice en una sentencia. De ahí que la Corte cumple su papel en el cambio cultural diciendo que se trata de una clasificación basada en las preferencias sexuales y combatiendo el prejuicio en el que se basa.

*Acción de inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco)*⁸⁶

En esta acción, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos impugnó el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco, que prevé que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer.⁸⁷ La decisión resulta relevante, pues el Tribunal Pleno estaba integrado por dos nuevos ministros y la votación fue unánime en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer”. En esta sentencia se hace un breve recuento de parte de la doctrina de la Suprema Corte, se reitera que, según los datos sociológicos, las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo y, en consecuencia, no hay razón para excluirlos del matrimonio protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Se dice que en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, justificándose en la eliminación de la discriminación

⁸⁶ Resuelta por el Tribunal Pleno el 26 de enero de 2016, ponencia del ministro Cossío Díaz.

⁸⁷ Art. 260. 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.

histórica que han sufrido. Se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer” por atentar contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita, generar una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

Lo que nos dice y no nos dice la Corte.

De nueva cuenta, en esta ocasión el discurso de la Corte es preponderantemente liberal-no comparativo, pues si bien dice que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son similares, no lo toma como un punto de partida para hacer un análisis de igualdad, sino que lo utiliza como dato sociológico para señalar que no hay razón para excluirlos del derecho a casarse protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Incluso, cuando habla de la discriminación histórica la relaciona con lo que sucede en diversos países y no en México, no precisa cuál es el prejuicio que existe en su contra, y considera la violación al principio de igualdad como “implícita”. Así, el énfasis está puesto en la restricción al libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIÓN

De un análisis de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte sobre matrimonio igualitario se puede concluir que esta ha abordado el tema tanto desde el enfoque liberal-no comparativo como desde el igualitario-comparativo. Si analizamos las sentencias por su conclusión sobre la (in)constitucionalidad de la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo, ambos enfoques concluyen que es inconstitucional (dan un trato igual en la distribución de libertades). Ahora bien, si las analizamos desde el discurso, el enfoque igualitario-comparativo es más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento (para tratarlos como iguales). Y no solo eso: el enfoque comparativo atiende al contexto de las distinciones legislativas, lo que en casos de discriminación indirecta como el de Campeche resulta fundamental.

Finalmente, aun cuando el discurso igualitario-comparativo sea más adecuado para responder al reclamo de reconocimiento, eso no significa desconocer la importancia que tiene la violación al libre desarrollo de la personalidad que implica la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y, por tanto, la necesidad de incorporar en las sentencias la reflexión correspondiente.