# igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional





# Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO Q120.113 M377m

El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional / coordinador Arturo Sotelo Gutiérrez ; [esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Luis María Aguilar Morales ; prólogo Arturo Sotelo Gutiérrez]. -- Primera edición. - Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación , 2017. xiii, 207 páginas ; 28 cm.

ISBN 978-607-468-972-3

Derecho a la igualdad – Matrimonio entre personas del mismo sexo – Ensayos – México 2. Interés legítimo – Litigio constitucional 3. Amicus curiae – Participación ciudadana – Naturaleza jurídica 4. Constitucionalismo mexicano – Estudio de casos 5. Conservadurismo – Opinión pública 6. Matrimonio – Evolución 7. Derechos del colectivo LGBT I. Sotelo Gutiérrez, Arturo, coordinador, escritor de prólogo II. Aguilar Morales, Luis María, 1949- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales LC KGF3009.G38

Primera edición: octubre de 2017

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación Avenida José María Pino Suárez núm. 2 Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc C.P. 06065, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Supema Corte de Justicia de la Nación.

Impreso en México Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional

Arturo Sotelo Gutiérrez Coordinador





# SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Luis María Aguilar Morales

Presidente

### Primera Sala

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

# Segunda Sala

Ministro Eduardo Tomás Medina Mora Icaza *Presidente* 

Ministro José Fernando Franco González Salas Ministro Javier Laynez Potisek Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

> Doctor Roberto Lara Chagoyán Director General

# Contenido

Presentación	VII
Prólogo	ΧI
CAPÍTULO I	
El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario	0
Alex Alí Méndez Díaz	3
CAPÍTULO II  Amicus curiae. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos  Geraldina González de la Vega	43
CAPÍTULO III	
¿Existe un constitucionalismo transformador en México? Una reflexión a partir de las sentencias del matrimonio igualitario	
David García Sarubbi	73

CAPÍTULO IV	
Nosotros el pueblo, ¿ustedes la Corte? La reacción conservadora al matrimonio igualitario  Arturo Sotelo Gutiérrez	117
CAPÍTULO V	
Ciudadanía y derechos humanos. Por el reconocimiento del matrimonio igualitario en América Latina <i>María del Pilar González Barreda</i>	173



# **Presentación**

os periodos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, como todas las épocas de crisis, son sucedidos por grandes esfuerzos sociales para evitar que la historia se repita en sus horrores. Así, después de la Segunda Guerra Mundial, en un esfuerzo internacional la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, y a nivel regional no podemos dejar de destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*) de 1969 de la Organización de los Estados Americanos (OEA); en ambas declaraciones el principio medular es, sin lugar a dudas, el de igualdad y no discriminación.

A nivel nacional, las personas e instituciones, de igual forma, preocupadas y ocupadas en evitar las violaciones a derechos humanos, han hecho lo propio. El desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación que ha propiciado el trabajo de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación y, sobre todo, del Poder Judicial de la Federación en su conjunto, se ha visto reforzado por la reforma constitucional sobre derechos humanos.

A pesar de los importantes cambios que se aprobaron al artículo 1o. de nuestra Carta magna con el paradigma de los derechos humanos, el texto anterior a la reforma de 10 de junio de 2011 del último párrafo del mismo apenas se modificó. Éste contenía el catálogo de las cláusulas antidiscriminatorias como sigue: "origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las *preferencias*, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Tras la reforma, a la categoría "preferencias" se le añadió el término "sexuales", lo cual resulta de la mayor trascendencia para un tema no carente de polémica, el matrimonio igualitario.

La encomienda constitucional hacia todas las autoridades del país ahora contiene un mandato específico sobre la indicación de tener especial cuidado y tratamiento con el respeto de las preferencias sexuales. La SCJN, en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, ha aprobado diversos criterios jurisprudenciales que concentran las interpretaciones que el Pleno, la Primera y Segunda Salas han sostenido en esta materia. No obstante, desde un entendimiento amplio de los diversos actores que participan en la vida constitucional del país, estos criterios del Alto Tribunal no serían posibles sin la participación de los espacios organizados de la sociedad.

El Centro de Estudios Constitucionales, como el referente en investigación académica de la SCJN, tiene a bien conjuntar en esta obra las voces y aportaciones de las instituciones públicas y sectores de la sociedad (activistas y académicos) respecto a la puesta en acción del

derecho constitucional a la igualdad y no discriminación por preferencias sexuales, específicamente en materia del matrimonio entre personas del mismo sexo.

> Ministro Luis María Aguilar Morales Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal

# **Prólogo**

esde hace algunas décadas los estudios de teoría social han propuesto entender la complejidad de los problemas sociales a partir de quién los mira y desde dónde los mira.¹ La percepción de la realidad desde el ámbito de lo cotidiano se configura de manera social, en la que intervienen diferentes visiones. La obra que aquí se presenta fue pensada como un abanico de distintas miradas sobre el mismo tema, para dejar al descubierto las características de cada uno de los lugares de intervención y observación del fenómeno: el activismo, la academia y la administración de justicia en relación a el matrimonio igualitario en México.

En el primer capítulo escrito por Alex Alí Méndez Díaz, abogado y activista en varias organizaciones de la sociedad civil, impulsor de algunos de los juicios resueltos por la Suprema Corte de Justicia

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Véase BERGER, Peter L. y LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu editores, Argentina, 2008.

de la Nación, expone en su texto las condiciones bajo las cuáles surge la estrategia de litigio constitucional bajo la figura del interés legítimo sin un acto de aplicación contra la legislación el civil de Oaxaca, el desarrollo y estudio de los casos por la Suprema Corte. El trabajo cierra con reflexiones sobre la ampliación de los efectos del juicio de amparo en el ámbito personal de quienes promueven los amparos por mensajes discriminatorios y las posibles implicaciones positivas de la continuación de este tipo de decisiones para la colectividad.

El segundo capítulo está a cargo de Geraldina González de la Vega, académica de la Universidad Iberoamericana, texto que se desarrolla a partir del análisis de un estudio realizado por un grupo de especialistas destinado para la Suprema Corte de Justicia bajo el formato de *amicus curiae* para el caso de la primera Acción de Inconstitucionalidad. La autora estudia paralelamente los argumentos vertidos en dicho estudio, así como las ventajas y desventajas que presenta este tipo de ejercicios de participación ciudadana en el contexto de un sistema dialógico que resulte efectivamente incluyente.

El tercer capítulo encontramos una mirada interna a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este texto, David García Sarubbi, secretario de estudio y cuenta en este máximo tribunal, plantea una valoración del llamado constitucionalismo transformador y sus diferentes lecturas de la forma en la que progresivamente se han resuelto en sede judicial distintos casos sobre el matrimonio igualitario en México. La conclusión aborda los límites políticos y la responsabilidad de los Jueces constitucionales en el ámbito de derechos como la igualdad y la no discriminación.

El cuarto capítulo corre por cuenta del coordinador de la obra, Arturo Sotelo Gutiérrez, quien desde el Centro de Estudios Constitucionales (un espacio académico dentro del propio tribunal constitucional), desarrolla el tema de la reacción conservadora al matrimonio igualitario.

El capítulo plantea un panorama sobre la labor contramayoritaria de la Suprema Corte y el análisis dinámico de los más de veinte asuntos resueltos en los últimos años sobre el matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. En un segundo apartado desarrolla las reacciones sociales y políticas ante estas decisiones (caso del Frente Nacional por la Familia y los congresos a nivel estatal del país). El trabajo concluye con una reflexión sobre las formas y contenidos de sentencias destinadas a convivir con reacciones conservadoras mayoritarias.

El quinto y último capítulo escrito por María del Pilar González Barreda, académica y activista, presenta un recorrido por América Latina que da cuenta de qué tipo de fuerzas y actores sociales, políticos y judiciales han participado en las disputas por el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Particularmente, en el estudio se exponen cuatro casos de éxito relacionados a procesos legislativos de Argentina y Uruguay, y por vía de la actuación judicial, los casos de Brasil y Colombia. El capítulo concluye con la idea de que tal y como ha ocurrido en las luchas por el reconocimiento de otros derechos, no obstante que la intervención de la ciudadanía es definitoria, es importante tener en cuenta el papel que juegan los poderes legislativos ante decisiones judiciales y el papel de los Jueces ante decisiones legislativas.

Quien tenga en sus manos este libro tiene la oportunidad de observar desde distintas perspectivas analíticas —el activismo, la academia y la operación judicial— lo ocurrido en los últimos años en torno al matrimonio igualitario en México. También, a partir de una lectura de segundo nivel, encontrará reflexiones sobre la incidencia de la participación ciudadana y su relación con la función de la justicia constitucional en una democracia.

Arturo Sotelo Gutiérrez
Ciudad de México, 23 de agosto de 2017

# **CAPÍTULO I**

# EL INTERÉS LEGÍTIMO EN LA ESTRATEGIA DE LITIGIO ESTRUCTURAL POR EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Alex Alí Méndez Díaz\*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Contexto. 3. Litigio desde el interés legítimo 4. Impacto de la estrategia. 5. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio igualitario, interés legítimo, amparo colectivo, sociedad civil, litigio, estrategia, efectos del amparo.

# 1. Introducción

n diciembre de 2017 se cumplirán cinco años de los primeros juicios de amparo resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Por qué desde la sociedad civil decidimos tomar el camino judicial, en lugar de insistir en la incidencia legislativa?

<sup>\*</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste A.C., en la ciudad de Oaxaca. Maestrando en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente es Coordinador Nacional de *Matrimonio Igualitario México* y Coordinador de Litigio y Documentación de Casos en el *Grupo de Información en Reproducción Elegida* A.C. (GIRE).

Para comprender el surgimiento de esa estrategia de litigio constitucional es necesario aludir a las dos realidades que convergen en el territorio nacional. La del centro y la de la periferia.

El análisis de esta perspectiva permite observar que un mismo tema transita en paralelo en esos distintos escenarios, sin que necesariamente los acontecimientos se desarrollen en forma simultánea, lineal y con un sentido progresivo.

Al aplicar este enfoque al estudio histórico del reconocimiento de los derechos de quienes integramos la población LGBTTTI, se observa que esta agenda ha estado relegada del plano legislativo, de la política pública e incluso de los criterios judiciales.

El reconocimiento y ejercicio de nuestros derechos se han dado a cuentagotas y siempre a merced de las coyunturas partidistas. Bajo el paraguas del argumento democrático formal, los poderes legislativos y ejecutivos tomaban a los derechos como rehenes para tenerlos como moneda de cambio incluso en los procesos electorales.

La reforma al Código Civil del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, llevada a cabo en 2009 para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, sólo fue posible después de un proceso legislativo complicado y de más de treinta años de movilización social.

En el resto del país el escenario no ha sido alentador tampoco. Prevalece un ambiente adverso que por momentos se torna invisible o hasta clandestino al grado que parecía imposible plantearse a corto plazo un escenario similar.

Ante este panorama hostil, quienes no asumimos el modelo heteronormativo tuvimos que pensar en otra ruta para hacer exigibles nuestros derechos; una que no pasara en primera instancia por los intrincados caminos del consenso partidista y quitara a la clase política el monopolio que ejercía sobre los procesos relacionados con el avance en el reconocimiento de nuestros derechos.

Tuvimos que pensar la manera de trasladar la disputa a un terreno en el que estuviéramos en una situación más equilibrada frente a los poderes ejecutivo y legislativo; en donde prevaleciera el argumento y no el peso político de una mayoría legislativa o la voluntad de quienes dirigían la administración pública.

En este contexto surgió la idea de enfrentar a los poderes legislativo y ejecutivo locales de Oaxaca en los tribunales federales, para cuestionar la constitucionalidad de la definición de matrimonio "como la unión de un solo hombre y una sola mujer".

Las estrategias fueron principalmente dos: la primera consistió en acudir al Registro Civil a solicitar el matrimonio de parejas del mismo sexo para generar el acto de aplicación que permitiera impugnar la legislación local.

La segunda fue una demanda colectiva que suscribimos un grupo de homosexuales y lesbianas que, de manera personal (no por parejas), denunciamos la discriminación contenida en la legislación local que con base en la orientación sexual niega per se el acceso al matrimonio. En ambos casos el medio de control utilizado fue el juicio de amparo.

En otros espacios ya he señalado los detalles de la integración de los litigios en torno a las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo Con este objetivo, este trabajo aborda tres temas. En primer lugar analiza el contexto en el que surgió la estrategia de litigio a través del interés legítimo; a continuación se expone el curso procesal del amparo colectivo y, finalmente, se hace una evaluación de los resultados de la estrategia a casi cinco años de litigio continuo.

# 2. CONTEXTO

El 9 de abril de 2012, por primera vez en México, un Juez de Distrito otorgó el amparo a una pareja de mujeres en Oaxaca para que pudiera casarse. La sentencia consideró que la definición de matrimonio como la "unión de un solo hombre y una sola mujer" era discriminatoria porque utilizaba la orientación sexual como criterio para determinar quiénes sí y quiénes no pueden celebrarlo.

Esta sentencia no fue bien recibida por las instituciones locales. El Congreso, el Gobernador y el Registro Civil interpusieron recursos de revisión solicitando la revocación de la sentencia. A este litigio se agregaron otros dos con características similares.

Mientras estos tres juicios seguían su curso procesal, el 17 de mayo de ese mismo año en Oaxaca se tramitó la demanda colectiva que, como ya se dijo, no fue por parejas del mismo sexo sino por personas homosexuales y lesbianas solteras. El reclamo no era una negativa



<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Véase, MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, "Discriminación institucionalizada", en *Unión de* Revistas de Estudiantes de Derecho (URED), Anuario 2013, 2013, pp. 53-66 y MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, "Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad", en MEDINA Trejo, José Antonio, Familias homoparentales en México. Mitos, realidades y vida cotidiana, Letra S, México, 2015, pp. 163-187.

El 5 de diciembre la Primera Sala resolvió los amparos tramitados por las tres parejas a quienes el Registro Civil de Oaxaca les había negado el matrimonio.<sup>2</sup> La SCJN otorgó el amparo "en contra del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, del que se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es 'perpetuar la especie' y se ordena realizar la interpretación conforme de la expresión 'un solo hombre y una sola mujer'".<sup>3</sup>

Con estas decisiones la SCJN se perfiló como un actor fundamental para que la sociedad civil acudiera directamente a las puertas de la justicia constitucional a reclamar el ejercicio de sus derechos.

A pesar del avance que significaron estas sentencias, la *interpretación conforme* cerraba implícitamente la posibilidad de que se integrara jurisprudencia en torno a la inconstitucionalidad de la expresión "un

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Véase Amparo en revisión 457/2012, Min. José Ramón Cossío Díaz. Primera Sala. Votado por unanimidad el 05 de diciembre de 2012. Y también Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=141258, Amparo en revisión 567/2012, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Primera Sala. Votado por unanimidad el 05 de diciembre de 2012. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143775.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Amparo en revisión 581/2012, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, DECRETO NÚMERO 345 POR EL QUE SE APROBÓ EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA, ARTÍCULO 143. DETERMINAR LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 4 EN CONJUNCIÓN CON EL ARTÍCULO 121, 124 Y 133, CONSTITUCIONALES TODOS LOS ÁMBITOS DE PODER POLÍTICO ESTÁN OBLIGADOS NO SÓLO A NO DISCRIMINAR A LAS PERSONAS POR SU ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO, SINO A PROTEGER LA EXPRESIÓN DE SU IDENTIDAD LO QUE IMPLICAN PROTECCIONES LABORALES, EDUCATIVAS, DE SALUD, PROTEGER SUS RELACIONES FAMILIARES, PROHIBIR LA DISCRIMINACIÓN A NIÑOS LGBTI O MIEMBROS DE FAMILIAS DIVERSAS Y MUCHAS OTRAS MÁS. Primera Sala. Votado por unanimidad el 05 de diciembre de 2012. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969, p. 53.

solo hombre y una sola mujer", utilizada en la definición de matrimonio, tanto en el Código Civil de Oaxaca como en la mayoría de las leyes civiles del país. También cancelaba la posibilidad de tramitar una Declaratoria General de Inconstitucionalidad.<sup>4</sup>

El juicio colectivo también fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN en abril de 2014. En esta ocasión, el reclamo directo de la discriminación por orientación sexual dejaría al descubierto que la interpretación conforme no resolvía el problema constitucional planteado y, en una nueva reflexión, la Primera Sala modificó su criterio a cerca de la interpretación conforme. Procedió a declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa "un solo hombre y una sola mujer".

¿Cómo se llegó a este punto y qué ha significado para las luchas impulsadas desde la sociedad civil?, ¿por qué fue necesario integrar la estrategia en torno al interés legítimo? El primer factor que influyó en la decisión fue el contexto de discriminación que se vive en el país, en general, y en Oaxaca, en particular. Por ejemplo, buscamos replicar la estrategia en entidades como Sinaloa o Tamaulipas para amparar a parejas del mismo sexo que desearan contraer matrimonio. Hubo parejas interesadas, pero al final declinaron por el temor a ser señalados por la opinión pública y los medios de comunicación; temían afectaciones a su integridad física, a sus relaciones familiares e, incluso, afectaciones de tipo laboral.

En entidades como esas sólo fue posible iniciar la estrategia de litigio hasta que la Corte resolvió favorablemente el amparo colectivo. De esta forma, la estrategia de una demanda colectiva se pensó como una forma de desviar la atención mediática; que el interés no se fijara

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Cfr. infra 4.5.

en quienes firmaban el amparo sino en la discriminación que se denunciaba y en la responsabilidad del Congreso local y del gobernador.

El segundo factor que influyó en el desarrollo de la estrategia de las demandas colectivas fue la necesidad de integrar una jurisprudencia en torno a la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio, para lo cual se requerían sentencias favorables resueltas en segunda instancia. La situación hasta ese momento era que las parejas que tramitaban el amparo querían casarse tan pronto como fuera posible.

Aunado al tema de la jurisprudencia, el diseño procesal de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad como medio de control constitucional está pensado de tal manera que, para aspirar a expulsar del orden jurídico una norma inconstitucional, quienes obtengan una sentencia favorable en primera instancia deben interponer un recurso de revisión, para así acumular los precedentes necesarios para que la Corte pueda intervenir. Esto implica retrasar el cumplimiento de la sentencia.

Desde una perspectiva de derechos humanos, es desproporcionado pedirle a una pareja que posponga sus planes de matrimonio, únicamente para tramitar un recurso de revisión que confirme la sentencia que ya había otorgado el amparo. En este sentido, los litigios colectivos fundados en un interés legítimo tienen dos ventajas: 1) permiten llevar los juicios sin ninguna presión en cuanto al tiempo en que deben resolverse, y 2) aumenta el número de juicios que se pueden tramitar.

El tercer y último factor, no menos importante, fue que la norma que define al matrimonio como la "unión de un solo hombre y una sola mujer" discrimina no sólo a quienes desean casarse, sino a todas las personas homosexuales y lesbianas que viven en el territorio de aplicación de la ley, al ubicarlas como un sector cuyo proyecto de vida pareciera menos legítimo que el de las personas heterosexuales.

En estas condiciones la estrategia de litigio a través del interés legítimo eleva la eficacia del juicio de amparo como medio de control constitucional y potencializa la vigencia de la Constitución.

# 3. LITIGIO DESDE EL INTERÉS LEGÍTIMO

La demanda colectiva fue presentada el 17 de mayo de 2012. Se escogió esa fecha de forma simbólica por ser el día internacional de lucha contra la homofobia. La única autoridad señalada como responsable fue el Congreso del Estado de Oaxaca. Se le reclamó que "la discriminación en que incurre el Congreso del Estado derivada de la falta de protección a las familias homoparentales en comparación con las familias heteroparentales".<sup>5</sup>

Los hechos en que se sustentó este nuevo reclamo se expusieron de la siguiente manera:

manifestamos, bajo protesta de decir verdad, que somos homosexuales y lesbianas con domicilio en el estado de Oaxaca; con lo cual estamos sumamente interesados de manera personal y colectiva en que se atienda el caso de discriminación dentro de las instituciones jurídicas a que históricamente hemos sido sometidos quienes tenemos una orientación sexual distinta a la heterosexual; situación que ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en [la acción de inconstitucionalidad 2/2010].6

Desde esta perspectiva, el acto reclamado no es una negativa del Registro Civil, sino la discriminación que la norma proyecta hacia un

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Amparo indirecto 738/2012, Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Tercer Circuito. Escrito de demanda.

<sup>6</sup> Ídem.

sector de la población. Por lo tanto, no se requería acto posterior de aplicación, ya que la sola existencia de la ley genera un estigma y, por ende, un perjuicio reclamable constitucionalmente.

#### 3.1. Demanda

El ejercicio de vincular al poder legislativo local con la exigencia de un mandato constitucional sin acto de aplicación de una norma, requería cumplir con ciertos elementos procesales previos al debate del argumento de fondo.

Por un lado era necesario acreditar la procedencia del juicio, principalmente en lo relativo al interés de la parte quejosa para promover el juicio de amparo. También se requería demostrar la posibilidad de impugnar las omisiones del poder legislativo a través de este medio de control.

Finalmente, debía demostrarse la oportunidad en la presentación de la demanda; es decir, la posibilidad de impugnar, sin acto de aplicación, una norma expedida hace más de sesenta años.

Es importante señalar que la demanda colectiva se promovió en mayo de 2012. Para esa fecha, la ley de amparo no contemplaba los elementos adicionados a la Constitución mexicana de junio del año anterior, específicamente en lo relacionado con el interés legítimo como criterio de procedencia en el amparo.

Por este motivo, con fundamento en el principio de fuerza normativa de la Constitución, se invocó directamente el texto constitucional para justificar la procedencia del juicio.7

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Artículo 107, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). "Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de

## 3.1.1. Aspectos procesales

En cuanto hace a la procedencia de la demanda, para la acreditación del interés legítimo de la parte quejosa, se retomó el texto constitucional y se sostuvo que los elementos necesarios para la acreditación de interés legítimo son:

- a. La titularidad de un interés legítimo individual o colectivo. Al respecto, se sostuvo que la orientación sexual de las personas firmantes otorgaba la legitimación requerida para reclamar normas que discriminan con base en la orientación sexual.
- b. La violación de derechos como consecuencia del acto reclamado. Este requisito constituía al mismo tiempo un tema de procedencia y estudio de fondo, por lo que su exposición se reservó para los conceptos de violación.
- c. La afectación de la esfera jurídica en virtud de una especial situación frente al orden jurídico. Este elemento se relacionó con lo narrado en los hechos de la demanda. Se expuso que la afectación denunciada tiene su origen en el acto de discriminación proveniente de una ley expedida por el Congreso del Estado de Oaxaca. De esta manera, las personas firmantes del amparo, al asumirnos como homosexuales y lesbianas, nos ubicamos en una situación especial frente al orden jurídico. En el caso concreto, esta circunstancia se refleja en la necesidad de contar con la protección jurídica de nuestras

aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

relaciones afectivas debido a que el Código Civil, tomando en cuenta un criterio basado en la orientación sexual, nos excluye del ejercicio del derecho a la protección de la familia.

A partir de estos elementos se argumentó que el Congreso del Estado de Oaxaca incurre en responsabilidad al incumplir la obligación que le impone la Constitución en relación a la protección a las diversas formas de familia incluyendo las homoparentales. En este sentido, la legislación impugnada establece para las personas un régimen diferenciado en el ejercicio de los derechos con base en su orientación sexual.

Con estos elementos se propuso que el amparo era procedente contra el Congreso local por la discriminación que deriva del incumplimiento del mandato contenido en el artículo 4o constitucional, en relación con la protección al desarrollo y organización de la familia.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad, es importante señalar que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, impugnado en la demanda colectiva, está vigente desde 1943. Desde una visión tradicional el amparo resultaría improcedente por haberse promovido fuera del plazo señalado por la ley. Previendo este argumento en la demanda, se dijo que la discriminación alegada proviene de un acto negativo, un no hacer, cuyos efectos se prolongan hasta en tanto ésta no cese la omisión. En consecuencia los efectos son continuos y el amparo puede presentarse en cualquier momento mientras subsistiera el incumplimiento denunciado.

# 3.1.2. Conceptos de violación

En la demanda se expuso que la discriminación tiene que ver con la exclusión injustificada del acceso de las parejas de homosexuales y lesbianas a la figura del matrimonio.

Bajo estas consideraciones, el Congreso del Estado de Oaxaca adquiere una doble responsabilidad, tanto por emitir una norma discriminatoria, como por desobedecer una obligación impuesta por la Constitución Federal.

En los amparos tramitados por las parejas del mismo sexo, el argumento de mayor peso fue el incumplimiento del mandato de protección al desarrollo y organización de la familia. En el juicio colectivo, la apuesta fue por el argumento de la discriminación.

Para exponer el estudio de la discriminación como acto de exclusión injustificada se utilizó toda la argumentación desarrollada en los amparos tramitados por las parejas. Se identificaron y demostraron todos los elementos de la discriminación en términos de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación vigente en ese momento. La problemática concreta se planteó en la demanda de la siguiente manera:

(...) los heterosexuales cuentan con una institución jurídica para dar publicidad y protección a sus relaciones erótico-afectivas, esto es a través del matrimonio. Esta figura constituye la garantía al derecho establecido en el artículo 40 constitucional y está a su disposición desde que cumplen con la edad necesaria para poder acceder a él aun cuando decidan no utilizarla, o con independencia de cuándo lo decidan.

En contraposición, los homosexuales y lesbianas no contamos con esa garantía; con lo que se establece una evidente desigualdad ante situaciones que deberían gozar de la misma protección jurídica.

Tomando en consideración que conceptualmente una relación homosexual o lésbica siempre será hombre-hombre o mujer-mujer, según sea el caso, este tipo de relaciones no encuadran en el supuesto jurídico del matrimonio, por lo que en el estado actual de la legislación nuestras relaciones erótico-afectivas no podrían encajar en el supuesto.

Si bien es cierto que hasta en tanto no se esté en el supuesto de haber formado una familia homoparental no se estaría afectando directamente el derecho consagrado en el artículo 4o constitucional en relación a la protección jurídica de las familias; aun así subsiste un problema de desigualdad y discriminación.

Lo anterior debido a que dado el caso de un hombre o mujer heterosexual en comparación con un homosexual o una lesbiana, éstos últimos se encuentran en posición de desventaja en relación a los primeros, esto porque un hombre o mujer heterosexual cumpliendo con los requisitos de la edad puede acceder pedir la protección del estado a su familia y a su relación en cuanto se desee pues el Estado ha creado para ellos ya una figura jurídica que les resulta aplicable para actualizar el derecho a que se refiere el artículo 40 constitucional. Distinto es el caso de un homosexual o una lesbiana que, a diferencia de los y las heterosexuales, aunque lo desearan no cuentan con una figura que les brinde esa protección a que se refiere el citado artículo de la Constitución Federal.

A manera de ejemplo, un hombre heterosexual de 25 años aun cuando no haya establecido una relación erótico-afectiva con miras a formar una familia y en su caso contraer matrimonio, aún en este supuesto él ya tiene garantizada para su posible futura relación la protección del Estado a través del matrimonio. En contraposición una lesbiana o un homosexual de 25 años en la misma situación no tiene esa garantía por parte del Estado; y aunque tuviera ya una pareja con quien conforme una familia homoparental, no existe la garantía que haga efectivo su derecho. Ahí reside una desigualdad que no se encuentra razonablemente justificada por el legislador.

En este sentido, el único criterio utilizado para proteger a un tipo de posible futura o presente relación es el de la preferencia sexual; las relaciones heterosexuales por el solo hecho de ser heterosexuales

están protegidas; las homosexuales o lésbicas por el sólo hecho de serlas no cuentan con esa protección. Entonces se está en presencia de una desigualdad que produce una discriminación de las prohibidas por el artículo 10 constitucional y por múltiples tratados internacionales: el de la preferencia u orientación sexual.

Aunado a lo anterior, en esta desigualdad y discriminación injustificada se encuentran todos los homosexuales y todas las lesbianas en el Estado de Oaxaca, ya que por el simple hecho de ser homosexuales o lesbianas nuestras relaciones erótico-afectivas son invisibilizadas por el ordenamiento. Esto representa una fractura sumamente grave a la estructura del Estado constitucional y democrático de derecho.<sup>8</sup>

Con este planteamiento se pone de relieve la necesidad de un pronunciamiento sobre las violaciones a derechos humanos que se actualizan cada día sin necesidad de un acto de aplicación. Para el cierre de la demanda se abordó lo relacionado con los posibles efectos de una sentencia favorable a la parte quejosa.

Un camino delineado de forma tenue por la jurisprudencia proponía como alternativa la equiparación de las situaciones comparadas; esto es, igualar el acceso al matrimonio para las personas homosexuales que habían acudido al amparo. En este sentido, se expuso la obligación del Estado mexicano de adecuar su legislación interna para hacerla congruente con el contenido de los instrumentos internacio-

<sup>8</sup> Amparo indirecto 738/2012; loc. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Tesis: 2a. LXXXIII/2008, del rubro IGUALDAD. LAS VIOLACIONES A LA GARANTÍA RELATIVA SON REPARABLES MEDIANTE LA EQUIPARACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO COMPARADOS. Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXVII, Junio de 2008, pág. 442. Reg. IUS 169488.

nales que contemplan la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual de las personas.<sup>10</sup>

#### 3.2. Sentencia

La audiencia constitucional se llevó a cabo el 4 de julio de 2012 y la sentencia se terminó de engrosar un día después.

Al momento de delimitar los actos reclamados, el Juez reconoció que el problema de constitucionalidad fue planteado en dos vertientes: 1) en la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, y 2) en la falta de protección de las familias homoparentales derivada del incumplimiento de un mandato constitucional.<sup>11</sup>

El Congreso, al momento de rendir su informe justificado, sostuvo la improcedencia del juicio, negando la existencia de los actos reclamados. El Juez sostuvo que dicho argumento no podía tenerse como válido "en razón de no haber aportado medio de prueba alguno tendiente a demostrar que sí ha legislado en torno al acto reclamado". 12

A pesar de esta afirmación, el Juez resolvió sobreseer el juicio por considerar que desde la parte quejosa no habíamos demostrado la afectación a nuestra esfera jurídica.<sup>13</sup>



17

<sup>10</sup> Véase el artículo 29 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en particular la cláusula federal contenida en su numeral 28; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y del artículo 2 del Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Véase Amparo Indirecto 738/2012, Sentencia, versión pública.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ibíd., p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ibíd., pp. 6-9.

Esta determinación no tomó en cuenta que la demanda se fundamentó en la actualización de un interés legítimo por parte de las personas homosexuales y lesbianas que firmamos la demanda. Al no considerar este elemento aplicó indebidamente los criterios de procedencia tradicionalmente ocupados para evaluar el interés jurídico. Por estas inconsistencias se interpuso un recurso de revisión.

# 3.3. Intervención de la Suprema Corte

Para la resolución del recurso de revisión, el Tribunal Colegiado solicitó la intervención de la Corte. Se formó el expediente de Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 387/2012 y fue votado favorablemente.

El expediente fue turnado a la Primera Sala en donde se le otorgó el número de amparo en revisión 152/2013 y se envió a la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena para la elaboración del proyecto de sentencia. El asunto fue resuelto por la Primera Sala en su sesión pública de 24 de abril de 2014. A continuación se analiza la decisión de la Primera Sala.

### 3.3.1. Procedencia

Antes de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, fue necesario analizar procesalmente si la ley, con su sola vigencia, genera un daño jurídicamente relevante sin la intervención de un acto de aplicación. Esto con la finalidad de acreditar el interés de la parte quejosa para acudir a juicio.

En otras palabras, la Sala debía exponer si el juicio de amparo contra la definición de matrimonio podía intentarse sin un oficio del Registro

19

Civil que respondiera en sentido negativo una solicitud de matrimonio para parejas del mismo sexo.

Este planteamiento fue resuelto por la Sala exponiendo de forma novedosa la manera en que el derecho, en tanto discurso expresado a través del lenguaje, puede constituir un acto de discriminación en sí mismo:

82. En primer lugar, es necesario partir de la premisa de que los significados son transmitidos en las acciones llevadas por las personas, al ser producto de una voluntad, de lo que no se exceptúa el Estado, como persona artificial representada en el ordenamiento jurídico. En ese entendido, las leyes –acciones por parte del Estado– no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general. Así, es posible suponer que, en ciertos supuestos, el Estado toma posición sobre determinados temas; el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el leguaje es performativo.

(...)

85. En este sentido, es posible afirmar que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también una valorativa. Esta última es el producto de ciertas tesis sobre las que concurren las mayorías legislativas y muchas veces el valor constitucional de una norma es la preservación del mensaje que transmite. Dicho mensaje puede servir de base para la elaboración de otros productos normativos por parte de los operadores jurídicos, pues -como se dijo- las leyes sancionan significados y los promueven mediante la regulación de la conducta humana.

86. Por tanto, las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones. La implicación de esta premisa es que cuando una ley cambia, también se sucede un cambio de significados o de juicios de valor por parte del Estado promovidos a trayés del derecho.<sup>14</sup>

La sentencia trae al análisis jurídico un tema que desde hace tiempo se había venido exponiendo en el discurso sobre el género y su construcción a través de los estereotipos. En esta resolución la Corte reconoce que el derecho utiliza al lenguaje como su forma de expresión y que por lo tanto no queda exento de la posibilidad de ser un instrumento de opresión:

89. Esta Primera Sala considera que cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Amparo en revisión 152/2013, Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, DETERMINAR SI LA REDACCIÓN ACTUAL DEL ARTÍCULO 103 CONSTITUCIONAL, PERMITE LA PRO-CEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO CONTRA OMISIONES LEGISLATIVAS; SI EL JUICIO DE AMPARO, INTENTADO CON POSTERIORIDAD A LAS REFORMAS CONSTITUCIONA-LES PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, DE 06 DE JUNIO DE 2011, ES O NO PROCEDENTE, CUÁLES SON LOS REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR-SE AL EFECTO (ESTO ES, SI BASTA QUE SE ALEGUE UNA AFECTACIÓN IN GENERE) Y EN SU CASO, CUÁLES SERÍAN LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. TAMBIÉN LO ES, PRECISAR SI EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ES-TADOS UNIDOS MEXICANOS PROTEGE O NO A LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES, SI EL ARTÍCULO 30 DE LA CARTA MAGNA SOLO SE REFIERE AL MATRIMONIO ENTRE HETEROSEXUALES, Y SI ELLO TRASCIENDE O NO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA A QUE ALUDE EL CITADO ARTÍCULO 40. Primera Sala. Votado por mayoría de cuatro votos y un voto en contra el 23 de abril de 2014. Disponible en: http://www2.scjn.gob. mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=150476, párrafos 82, 85-86, pp. 28-30.

leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.

90. Es importante recordar que la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño de estigmatización por discriminación. Lo anterior significa que una ley que en principio pudiera parecer neutra, podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia.

91. En este sentido, el significado social que es transmitido por la norma no depende de las intenciones del autor de la norma, sino que es función del contexto social que le asigna ese significado. Por tanto, es irrelevante si se demuestra que no fue intención del legislador discriminar a un grupo vulnerable, sino que es suficiente que ese significado sea perceptible socialmente. Así pues, lo relevante de un acto de autoridad (por acción u omisión) es determinar si el acto es discriminatorio y no si hubo o no intención de discriminar por parte de la autoridad.

(...)

93. Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, independientemente de su parte dispositiva, se observa con el contenido de la tesis transcrita, la cual se convierte en un transmisor complaciente de dicho mensaje. 15

Derivado de este análisis. la SCJN reconoce "una clase de afectación" a guienes, sin ser destinatarios directos del contenido normativo de

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Amparo en revisión 152/2013, pp. 31-33, loc. cit.

una norma (parte dispositiva), pueden resentir una afectación transmitida por la parte valorativa de la misma, si se satisfacen ciertas condiciones"; <sup>16</sup> en consecuencia, determinó que es posible sostener el interés legítimo de la parte quejosa para impugnar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca:

113. Así, en el estado de Oaxaca, el orden jurídico hace explícito un juicio de valor: los matrimonios que merecen ser sancionados y promocionados a través del derecho son los heterosexuales, entendiendo que el concubinato es un estatus que no debe ser promovido por la autoridad, por lo que ha de llevar campañas de convencimiento para que las personas accedan al matrimonio heterosexual. Sin embargo, este mismo juicio de valor no es extendido a las relaciones homosexuales, las cuales son excluidas del ámbito promocional estatal, mediante un silencio normativo que las excluye de su regulación.

114. Al establecer un juicio de valor positivo sobre las parejas heterosexuales y, por el contrario, un silencio excluyente de las parejas homosexuales, la norma genera una afectación autoaplicativa, pues sus efectos no están condicionados: contiene un juicio de valor negativo en contra de las parejas homosexuales.

115. Por tanto, la norma constituye un símbolo en sí mismo que construye un significado social sin la necesidad de un acto de aplicación, la cual se actualiza de momento a momento en una afectación constante indirecta, pues si bien la norma no establece obligaciones de hacer o no hacer en su contra, ni establece hipótesis normativas que ellos puedan actualizar, sí establece una competencia de ejercicio obligatorio a las autoridades civiles del Estado para no reconocer matrimonios que se pretendan celebrar entre parejas del mismo

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Ibíd., pp. 33-34.

116. La afectación de estigmatización por discriminación trasmitida por la parte valorativa de la norma no es una apreciación ideológica ni subjetiva de los quejosos, quienes se asumen como homosexuales, sino que es constatable objetivamente, pues el contexto normativo es inequívoco en la pretensión de excluir a las parejas de esta preferencia sexual de la institución del matrimonio y no incluirlas como una institución digna de promoción por parte del Estado, lo cual atiende a una historia de exclusión de las personas por razón de sus preferencias sexuales, la cual no es necesario acreditar mayormente. Basta con observar que esta razón histórica de discriminación social llevó al constituyente permanente a incluirla como una categoría sospechosa en el artículo 10 constitucional.<sup>17</sup>

Es necesario volver la mirada a este juicio. Su criterio progresista y sin precedente reconoció que, tratándose de reclamos contra leyes que discriminan por estigmatización, no se requiere provocar un acto de aplicación ya que la vigencia misma de la norma implica una afectación.

# 3.3.2. Oportunidad

El siguiente paso fue el análisis del término para la presentación de la demanda. En el escrito inicial se sostuvo que al denunciarse una omisión el plazo no debería considerarse fenecido mientras subsistiera el incumplimiento del mandato constitucional. La Corte coincidió con este planteamiento y expuso:

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ibíd., pp. 40-43.

126. (...) tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, en términos generales, la discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada.

127. En el caso de una ley que en su parte valorativa estigmatice por discriminación –por acción o por omisión – ésta perpetúa sus efectos en el tiempo, por su naturaleza, puesto que implica una reiteración por parte de la ley creando así una situación permanente que se lleva a cabo día a día mientras no se subsane la discriminación en la ley. Esta peculiaridad conduce a que, en el supuesto mencionado, el plazo para la interposición de un amparo no pueda computarse a partir de un momento concreto, pues el agravio subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador. Por tanto, se trata de una violación permanente. En virtud de lo anterior, basta con que se demuestre que el mensaje transmitido por la parte valorativa de la norma estigmatiza por discriminación a los quejosos para que no se consume la oportunidad en la interposición del plazo.

128. En consecuencia, una ley, cuya parte valorativa contenga un mensaje que se repute como discriminatorio por hacer distinciones con base en una de las categorías sospechosas prohibidas en el artículo 1o. constitucional, debe considerarse que es autoaplicativa —sin importar la fecha de entrada en vigor— y que sus efectos son permanentes, pues no se agotan en un instante, sino que se actualizan de momento a momento, por lo que se pueden impugnar en cualquier tiempo. Lo anterior constituye un nuevo entendimiento del plazo de interposición de un amparo contra leyes autoaplicativas

♦

25

#### 3.3.3. Estudio de fondo

En relación al estudio de constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, la Primera Sala reiteró lo expuesto en los amparos en revisión relacionados con las solicitudes de matrimonio negadas a las tres parejas del mismo sexo en esa entidad. Por este motivo es innecesario reiterar lo relativo a esa parte de las sentencias.<sup>19</sup>

#### 3.3.4. Efectos de la sentencia

En los tres amparos en revisión resueltos en diciembre de 2012, la Primera Sala ordenó a las autoridades ejecutoras hacer una interpretación conforme de la porción normativa, que define al matrimonio "como la unión de un solo hombre y una sola mujer", para entender que se refiere a la unión de dos personas.

En el amparo colectivo quedó de manifiesto que la interpretación conforme no solucionaba el problema planteado ya que no se estaba reclamando ningún acto de aplicación.

Por este motivo fue necesario replantearse los efectos de esta sentencia. La Primera Sala ordenó por primera vez la inconstitucionalidad de la porción normativa que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer:

200. Tal como se ha manifestado anteriormente, la cuestión efectivamente planteada por los quejosos se circunscribe a la afectación

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ibíd., pp. 45-46.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Véase MÉNDEZ Díaz, op. cit., Amparo en revisión 581/2012, loc. cit.

en su esfera jurídica, a la discriminación, sufrida día con día por parejas homosexuales por el sistema normativo local en relación con su derecho a la familia y a su derecho a la igualdad y no discriminación, colocándolos en una situación jurídica inferior en relación con los heterosexuales, ya que éstos últimos cuentan con la institución jurídica del matrimonio que le da publicidad y protección a sus relaciones erótico-afectivas y que está a su disposición desde que cumplen con la edad necesaria.

201. Alegan que los homosexuales, al no contar con tal garantía, se encuentran en una situación de desigualdad que no está razonablemente justificada por el poder legislativo, ante supuestos que deben gozar de la misma protección jurídica. Específicamente en relación con el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, la parte quejosa estimó que la discriminación se materializaba en el mismo, pues establece que el matrimonio es un contrato entre "un solo hombre y una sola mujer", haciendo una distinción implícita entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, reduciendo la posibilidad de acceso al matrimonio únicamente a las parejas heterosexuales.

202. En este sentido, el agravio resentido por los quejosos no es la negativa de la autoridad civil del Estado de Oaxaca para acceder a su petición sobre la celebración de un matrimonio de una pareja homosexual, sino el agravio de discriminación, oponiéndose al mensaje contenido en la parte valorativa de la norma que hace un juicio de valor negativo sobre ese tipo de parejas, las cuales no sólo son objeto de promoción pública, sino que quedan excluidas de la institución del matrimonio.<sup>20</sup>

#### La sentencia continúa exponiendo:

207. En ese sentido, esta Primera Sala considera que habiendo establecido que es la norma en sí misma la que discrimina a las

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Amparo en revisión 152/2013, op. cit., pp. 71-72.

quejosas y quejosos, y la cual tuvo como origen claro limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por las quejosas y los quejosos. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos.

208. El agravio de los quejosos se dirige contra el mensaje discriminatorio contenido en la norma impugnada, por lo que si se concluye que es contrario al artículo 1o. constitucional, la obligación de un Tribunal Constitucional es la invalidez del mensaje mismo y disponer de todas las medidas para ello.

209. Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. En ese orden de ideas, los quejosos y quejosas buscan encontrarse legal y expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del matrimonio se refiere.

(...)

2013. En seguimiento a los párrafos anteriores, la Primera Sala, apartándose de la conclusión de interpretación conforme declarada en sus precedentes \*\*\*\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*\*\*\*. considera que lo que procede es declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa de "entre un hombre y una mujer" del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca. Dicha declaración de inconstitucionalidad no crearía un vacío legal puesto que si bien el artículo citado define al matrimonio, la legislación civil estatal prevé los derechos y obligaciones de los cónyuges; es decir, el artículo en cuestión no agota la regulación jurídica de la institución en su totalidad. Además, de un estudio comparativo con otras legislaciones civiles estatales se observa que no todas definen la figura del matrimonio, lo cual no representa obstáculo alguno para que en las mismas legislaciones existan obligaciones y derechos para los cónyuges. Aunado a ello, de un estudio de la jurisprudencia constitucional comparada, se observa que tribunales ya han realizado declaraciones de inconstitucionalidad de la totalidad o una porción de la definición de la institución del matrimonio.

214. En virtud de lo anterior, esta Primera Sala considera que la manera más efectiva de reparar la discriminación normativa consiste, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es "perpetuar la especie" y, por otro lado, declarar la inconstitucionalidad de la expresión "un solo hombre y una sola mujer" puesto que la enunciación es clara en excluir a las parejas del mismo sexo.<sup>21</sup>

Este cambio de criterio fue fundamental para iniciar la acumulación de precedentes necesarios para integrar una jurisprudencia y, en su caso, el inicio de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Finalmente la Sala revocó la sentencia del Juez de Distrito y concedió el amparo para que el mensaje discriminatorio contenido en el artículo 143 impugnado no se proyecte sobre la parte quejosa. En este

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Amparo en revisión 152/2013, *loc. cit.*, pp. 73-76.

29

sentido, el efecto fue el que se refiere al amparo contra leyes, que la norma impugnada no se aplique ni en el presente ni en el futuro.

#### 4. IMPACTO DE LA ESTRATEGIA

Con la decisión de la Corte en el amparo colectivo, la estrategia impulsada desde la sociedad civil para el reconocimiento de los derechos de la población LGBTTTI se vio fortalecida, ya que el precedente fue útil para tramitar un mayor número de amparos. También ayudó a posicionar el tema con fuerza a nivel legislativo con miras a impulsar una reforma o, en su defecto, construir una estrategia de litigo a mediano y largo plazo, concentrada en la constitución de una jurisprudencia y, con posterioridad, una declaratoria general de inconstitucionalidad.

Todo este trabajo ha tenido resultados palpables. A punto de cumplirse cinco año de las primeras decisiones de la Corte, el panorama sobre el matrimonio igualitario ha avanzado a pasos agigantados como pocos movimientos sociales lo han hecho. A continuación se presentan algunos de los resultados de la estrategia.

# 4.1. Estrategia nacional

La sentencias emitidas por la Corte derivadas de la estrategia impulsada desde Oaxaca se constituyeron en herramientas argumentativas con las que, desde la sociedad civil, iniciamos la tramitación de nuevos juicios de amparo, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de otros marcos normativos locales.

Se inició la colaboración con diversos abogados, abogadas, personas de otras profesiones y organizaciones de la sociedad civil para tramitar amparos en otras entidades federativas.

Desde el proyecto iniciado en Oaxaca se inició la colaboración con colectivos en Colima, <sup>22</sup> Sinaloa, <sup>23</sup> Chihuahua, <sup>24</sup> Yucatán, <sup>25</sup> Quintana Roo, <sup>26</sup> Tabasco, <sup>27</sup> Chiapas, <sup>28</sup> Puebla, <sup>29</sup> Morelos, <sup>30</sup> Tlaxcala, Hidalgo, <sup>31</sup> Querétaro, <sup>32</sup> Guanajuato, <sup>33</sup> Jalisco, <sup>34</sup> Tamaulipas, <sup>35</sup> Aguascalientes, <sup>36</sup> Nuevo León, <sup>37</sup> Baja California, <sup>38</sup> y Baja California Sur. <sup>39</sup> En otras entidades se impulsaron proyectos independientes para replicar la estrategia.

Como consecuencia de este trabajo de litigio y difusión de las sentencias de la Corte, salvo el Distrito Federal y Coahuila que modificaron sus legislaciones sin necesidad de juicios de amparo, en el resto de las entidades se ha tramitado por lo menos un juicio de amparo de-

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Amparo indirecto 380/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Amparos indirectos: 307/203, Juzgado Segundo de Distrito; 262/2013, Juzgado Séptimo de Distrito; 275/2013, Juzgado Noveno de Distrito, entre otros.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Amparos indirectos: 863/2013, Juzgado Tercero de Distrito; 383/2013, Juzgado Cuarto de Distrito; 389, Juzgado Séptimo de Distrito, 843/2013, Juzgado Octavo de Distrito; 691/2013, Juzgado Décimo de Distrito. Actualmente Chihuahua es el Estado con más amparos tramitados al sumar más de 30 juicios.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Amparo indirecto 497/2013, Juzgado Tercero de Distrito. Actualmente Yucatán ocupa el segundo lugar en número de amparos tramitados con más de 15 juicios.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Amparo indirecto 1164/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Amparos indirectos: 161/2014, Juzgado Primero de Distrito; 1650/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Amparo indirecto 1428/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Amparo indirecto 1667/2014, Juzgado Décimo Primero de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Amparo indirecto 1040/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Amparo indirecto 982/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Amparo indirecto 2114/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Amparo indirecto 1157/2013, Juzgado Tercero de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Amparo indirecto 370/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Amparo indirecto 198/2014, Juzgado Tercero de Distrito; Amparo indirecto 1020/2014, Juzgado Noveno de Distrito; Amparo indirecto 538/2015, Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo y Juicios Federales

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Amparos indirectos: 1279/2014, Juzgado Segundo de Distrito; 1015/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Amparos indirectos: 418/2013, Juzgado Tercero de Distrito del Centro Auxiliar de la Décima Región; 821/2014, Juzgado Quinto de Distrito en Materias Civil y del Trabaio.

<sup>38</sup> Amparos indirectos: 418/2013, Juzgado Décimo Segundo de Distrito; 524/2013, Juzgado Décimo Quinto de Distrito.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Amparo indirecto 694/2014, Juzgado Primero de Distrito.

♦

31

mandando la inconstitucionalidad de la restricción en el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

#### 4.2. Jurisprudencia

La tramitación casi masiva de nuevos juicios de amparo en diversas entidades del país permitió que otros casos llegaran a la Suprema Corte.

En términos generales, en las decisiones posteriores de la Corte, se reiteró el criterio sobre la inconstitucionalidad de una definición de matrimonio que excluye a las parejas del mismo sexo.

El resultado del litigio constante fue que, el 3 de junio de 2015, la Primera Sala integró jurisprudencia genérica respecto de la constitucionalidad de una definición de matrimonio que incluye la finalidad reproductiva y excluye a las parejas del mismo sexo:

MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTI-TUCIONAL. Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como "entre un solo hombre y una sola mujer". Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.<sup>40</sup>

Es importante tomar en cuenta que en las entidades en donde las leyes no se hayan modificado para hacer accesible el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la integración de la jurisprudencia no implica que ya no sea necesaria la tramitación de los juicios de amparo.

En otras palabras, la jurisprudencia no *invalida* las leyes locales, únicamente establece los parámetros obligatorios a partir de los cuáles los Jueces de Distrito deberán estudiar los juicios que se promuevan contra normas que discriminan del acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo.

Por lo anterior, la discriminación continuará mientras no se cambie en todo el país el marco normativo en torno al matrimonio, para así eliminar los obstáculos que impiden que las parejas de personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), Jurisprudencia, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Junio de 2015, p. 536.

El 6 de noviembre de 2015 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos recogió los criterios de la Corte en torno al matrimonio igualitario para emitir la Recomendación General número 23 al respecto. 41

En el cuerpo de la recomendación se observa el impacto de la estrategia de litigio constitucional cuando se hace referencia a los juicios de amparo que, desde diciembre de 2012, se han tramitado en diversas entidades.

Con base en estos aportes, además de diversas consideraciones basadas en tratados internacionales, sentencias de otros tribunales constitucionales y otras recomendaciones de la propia Comisión Nacional, se recomienda a los titulares de los poderes ejecutivos y legislativos que

adecuen los correspondientes ordenamientos en materia civil y/o familiar, para permitir el acceso al matrimonio a todas las personas y en condiciones tales que se impida cualquier tipo de discriminación, en términos del quinto párrafo del artículo primero de la Constitución General de la República.<sup>42</sup>

## 4.4. Reformas a las leyes locales

El Distrito Federal fue la primera entidad federativa en modificar su código civil para hacer accesible la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General No. 23, pp. 7-9, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/ RecGral 023.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Ibíd., p. 21.

La reforma se llevó a cabo en diciembre de 2009, y la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, en donde la Corte declara su validez, fue dictada en agosto de 2010.

Las tres primeras decisiones de la Primera Sala que se han referido en este artículo tuvieron lugar en diciembre de 2012 y el juicio colectivo se resolvió en abril de 2014.

Las fechas son relevantes para el análisis propuesto en este trabajo ya que, de diciembre de 2009 a septiembre de 2014 ninguna otra entidad modificó su legislación en materia de matrimonio para que las parejas del mismo sexo pudieran acceder a él. Todos los avances en esta materia son posteriores a la estrategia basada en el litigio de juicios de amparo.

Al momento de redactar este artículo han sido seis entidades federativas las que han reformado su legislación después del Distrito Federal (ahora Ciudad de México): Campeche, 43 Coahuila, 44 Colima, 45 Michoacán, 46

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Comisiones de Puntos Constitucionales y Control Interno de Convencionalidad, de Procuración e Impartición de Justicia y, de Derechos Humanos, http://congresocam.gob.mx/consultas/dictamenes LXII/149LXII0416.pdf, pp. 4-6.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> "Dictamen presentado por la Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia, con relación a una iniciativa de decreto mediante el cual se reforman y derogan diversas disposiciones del Código Civil y del Código Procesal Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, referente a 'requisitos para contraer matrimonio', suscrita por el Diputado Samuel Acevedo Flores, del Partido Socialdemócrata de Coahuila" http://www.congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/20140901.pdf, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> DECRETO No. 103 SE REFORMA LA DENOMINACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COLIMA, PARA QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINE CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COLIMA; ASÍ COMO, DIVERSAS DISPOSICIONES DEL MISMO; IGUALMENTE SE REFORMAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE COLIMA. http://www.orden.juridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Colima/wo116117.pdf, p.4.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Las comisiones de Justicia, de Derechos Humanos y de Puntos Constitucionales, Decreto 185, http://transparencia.congresomich.gob.mx/media/documentos/trabajo\_legislativo/dictamen\_185\_18-05-16.pdf, pp. 3-4.

Morelos<sup>47</sup> y Nayarit.<sup>48</sup> En todas las exposiciones de motivos se hace referencia a las decisiones de la Corte.

#### 4.5. Iniciativa presidencial

El 17 de mayo de 2016, el Presidente de la República firmó un paquete de iniciativas para reformar la Constitución y el Código Civil, ambos del ámbito Federal.

De acuerdo con la exposición de motivos, la reforma permitiría establecer mayores condiciones de igualdad y no discriminación para la población LGBTTTI. El matrimonio entre personas del mismo sexo era uno de los temas incluidos.

El titular del Ejecutivo federal retomó la jurisprudencia 43/2015 para proponer un cambio en la redacción del primer párrafo del artículo 4o constitucional. Se sugería que se modificara para sostener que:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona mayor de dieciocho años tiene derecho a contraer matrimonio y no podrá ser discriminada por origen étnico o nacional, género, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales, o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana. 49

La propuesta para el Código Civil Federal era modificar el artículo 146 para que señalara que "El matrimonio es la unión libre de dos personas

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Periódico Oficial del Estado "Tierra y Libertad", Cuernavaca, Mor., a 04 de julio de

<sup>48</sup> Dictamen con Proyecto de Decreto que reforma diversos artículos del Código Civil para el Estado de Nayarit, en materia de matrimonio y concubinato presentado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos http://189.194.63.106/sisparlamentario/iniciativas/1450716290.pdf pp. 2-5.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp reforma cjef.gob.mx 20160517 164352.compressed.pdf, p.5.

mayores de edad con la intención de tener una vida en común, procurándose ayuda mutua, solidaridad, respeto e igualdad".50

Es importante observar que los resultados de la estrategia de litigio permitieron que el tema se incluyera en la agenda presidencial.

#### 4.6. Declaratorias generales de inconstitucionalidad

La Declaración General de Inconstitucionalidad es un medio de control constitucional, integrado al sistema jurídico mexicano a través de las reformas constitucionales de 2011. Su regulación está contemplada en la Ley de Amparo vigente, así como en diversos acuerdos plenarios de la Corte.

Esta figura se pensó como una solución a las críticas reiteradas respecto a los efectos relativos del juicio de amparo que limita los efectos protectores de la sentencia únicamente para las partes.

La acumulación de precedentes sobre la inconstitucionalidad de una norma ya no sólo tendrá como efecto la integración de jurisprudencia obligatoria. Cumpliendo ciertos procedimientos la Corte puede privar de vigencia a una norma de aplicación general.

Ahora bien, la estrategia de litigio constitucional ha continuado en aquellas entidades que se resisten a modificar su legislación en materia de matrimonio, lo cual ha permitido que actualmente se encuentran abiertos tres expedientes de Declaratoria General de Inconstitucionalidad: 1/2013, 1/2016 y 1/2017.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Véase: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-05-18 1/assets/documentos/Ini Art4 Cons Ejecutivo Fed.pdf, pp. 3-4.

El expediente 1/2013<sup>51</sup> se refiere a la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que alude a la reproducción como uno de los fines del matrimonio. Actualmente se han acumulado cuatro precedentes. Se está en espera del quinto precedente que permitiría continuar con el trámite.

El asunto 1/2016<sup>52</sup> se refiere a la definición de matrimonio y concubinato contenidas en la Ley para la Familia del Estado de Sinaloa. La Corte dio aviso al Congreso del Estado luego de haberse acumulado dos decisiones del alto tribunal a cerca de la inconstitucionalidad de la legislación local.

Por último, el expediente 1/2017 se refiere a diversas solicitudes dirigidas al Presidente de la Corte para que avise a las Legislaturas de los Estados de Aguascalientes, Baja California, Chihuahua, Puebla y Tamaulipas sobre la emisión de dos sentencias de amparo en revisión que declaran la inconstitucionalidad de las definiciones de matrimonio de cada una de esas entidades federativas.

# 5. Conclusión

El litigio con base en el interés legítimo para impulsar el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido una herramienta que ha potenciado los avances en entidades en donde los contextos son especialmente discriminatorios.

La sentencia de amparo en revisión 152/2013 ha sido duramente criticada por quienes sostienen una visión decimonónica de los alcances

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Véase: http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/AbrirEngrose.aspx? EngroseID=107825

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Véase: www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/AbrirEngrose.aspx? EngroseID=353227

de la justicia constitucional, sobre todo del juicio de amparo. Se ha sostenido que en este precedente la Corte se extralimitó en la interpretación de los criterios de procedencia y con ello nulificó las reglas procesales de ese medio de control constitucional.

Desde quienes trabajamos en la sociedad civil para erradicar la discriminación a que diariamente somos expuestos—quienes no asumimos una visión heteronormativa de nuestra sexualidad o expresión de género—, consideramos importante hacer un análisis de la sentencia desde una perspectiva distinta. Proponemos estudiar la intervención de la justicia constitucional de una forma integral y no a través del análisis aislado de sus resoluciones.

Los detractores de la sentencia consideran que este tipo de resoluciones no tienen *efectos*, pues únicamente declara la existencia de un derecho y gueda al arbitrio del quejoso la decisión de ejercerlo o no.

Se debe tener especial cuidado al hacer este análisis. El hecho de que la sentencia no tenga efectos materiales no significa que no tenga ningún tipo de efectos o que éstos carezcan de relevancia para el mandato concedido a la justicia constitucional. La sentencia que reconoce la discriminación que existe en la ley da cuenta de los efectos de la norma, aunque estos sean indirectos o imperceptibles a simple vista como son los producidos por el trato desigual.

Donde hay discriminación, indudablemente ha existido un daño. Si hay una afectación, el acto reclamado tuvo consecuencias y, por lo tanto, hay un deber de reparar. Es esta reparación, precisamente, el efecto de la sentencia, no importa que ésta se traduzca únicamente en una declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Este razonamiento conduce a uno de los pasos pendientes para la justicia constitucional: el análisis del concepto de *efectos* en el juicio de amparo.

La sentencia que reconoció la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio sin un acto de aplicación, no sirve únicamente como una declaración, tampoco la utilizamos sólo para enmarcarla y colgarla en la pared como trofeo por haber conquistado nuestro derecho a la igualdad.

La sentencia constitucional también tiene *efectos* en la reconstitución del *yo* del sujeto. Lo ayuda a transitar de una etapa en la que, por su orientación sexual o identidad de género, es percibido por el derecho y por la sociedad como un ente al margen de la justicia y el ejercicio de sus derechos constitucionales, a un estado en el que se concibe a sí mismo no como un *otro*, sino como un *igual*.

Limitar la procedencia del juicio sólo a los casos en que exista un acto de aplicación de la ley discriminatoria, fomenta desde el derecho una percepción de inferioridad. En este sentido, la sentencia constitucional que declara la igualdad de derechos de la persona promovente del amparo le permite transitar a una autoidentificación, en la que se apropia de la afirmación de que su orientación sexual o identidad de género no es motivo para recibir un trato discriminatorio.

Así, el derecho mismo se proyecta sobre el sujeto para empoderarlo en el ejercicio de su ciudadanía y con ello aspirar a la construcción de una democracia incluyente, y en la que el tribunal constitucional cumple con hacer efectivos los derechos más allá de los retos procesales contemporáneos. Sentencias como la analizada nos ayudan a recordar que el juicio de amparo es un medio para la eficacia de los derechos, no un fin en sí mismo.

Por ello es que la Suprema Corte tiene el deber de continuar impulsando criterios que acerquen las instituciones a la ciudadanía, y les

hagan partícipes de la construcción del modelo de Estado constitucional que aspiramos edificar.

#### Bibliografía

MÉNDEZ Díaz. Alex Alí, "Discriminación institucionalizada", en, Unión de Revistas de Estudiantes de Derecho (URED), Anuario 2013, 2013, 366 pp.

MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, "Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad", en MEDINA Trejo. José Antonio, Familias homoparentales en México. Mitos, realidades y vida cotidiana, Letra S, México, 2015, 238 pp.

### **EXPEDIENTES JUDICIALES**

Amparo indirecto 738/2012, Poder Judicial de la Federación, Décimo Tercer Circuito, Juzgado Tercero de Distrito.

Amparo en revisión 152/2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

♦

40

# CAPÍTULO II

# Amicus curiae. Reflexiones sobre La participación de la sociedad civil en la definición de los derechos

Geraldina González de la Vega\*

**SUMARIO:** 1. La apropiación social de la reforma de matrimonio en el D.F. un recuento de la presentación del *amicus curiae*. 2. Qué es un *amicus curiae* y cuál es su relevancia. 3. Lecciones para México. Una ruta. 4. Lecciones para la Corte. 5. Para los grupos de interés. 6. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Amicus curiae, SCJN, sociedad civil, derecho de audiencia.

# 1. La apropiación social de la reforma de matrimonio en el D.F. un recuento de la presentación del *Amicus curiae*

emanas antes de su discusión en el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la reforma al Código Civil ya

<sup>\*</sup> LL.M. Düsseldorf. Consultora legal. Desde agosto de 2014 es asesora en la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. Profesora de asignatura en la Universidad Iberoamericana.

había acaparado las charlas en los cafés, las sobremesas familiares y los salones de clase. Muchas personas se manifestaban en contra totalmente. Otras, que se sentían más liberales, estaban a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no de la adopción: "que se casen, pero que dejen a los niños en paz", decían. Una minoría buscábamos convencerles de que ambas cosas eran necesarias, no solamente para reconocer los mismos derechos a todas las familias, sino porque si queremos sociedades incluyentes, debemos reconocer que las capacidades de las personas no se fundamentan en su orientación sexual.

A finales de 2009, Facebook era la red social más relevante en México y Twitter apenas cobraba importancia. Fue gracias a estas redes que las y los ciudadanos interesados en dichas reformas nos unimos para, por un lado, debatir los prejuicios que rondaban en nuestros círculos de conocidos y amistades, y por otro, formar una unión con aquéllos con quienes compartíamos puntos de vista. Una unión como sociedad civil.

El 29 de diciembre de ese año se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal (DF) las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil; mismos que hacen posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos que hasta esa fecha le eran reconocidos a los matrimonios heterosexuales. La discusión de éstas se llevó a cabo el día 21 de diciembre y mientras era televisada, la participación de la sociedad civil por la vía de redes sociales era muy intensa. A través de Twitter muchas personas que apoyábamos esta reforma pudimos unirnos y discutir nuestros argumentos a favor de las reformas. Vimos, en vivo y en directo –y juntos, a través de las redes–, la discusión de las y los diputados de los distintos partidos, argumentando a favor y en contra del matrimonio igualitario.

IGanamos! Esa tarde, la Capital se volvió un poco más incluyente. La sensación de haber estado ahí fue, honestamente, muy emocionante. Twitter nos permitió no solamente ver a través de la pantalla la discusión y la votación, sino de comentar en tiempo real con cientos de personas el acontecimiento y lo que para miles de familias implicaba la aprobación de dicha reforma. Esto generó una especie de camaradería, si bien no podría hablar de una organización social, sí podría decir que en ese tiempo existió un sentimiento de unión entre varios

tuiteros que apoyábamos las reformas y que, más tarde, las defenderíamos ante la Corte. Sabíamos que la próxima parada sería el 21 de marzo de 2010, día en que entraría en vigor la reforma y se celebrarían los primeros matrimonios igualitarios en la Ciudad. Twitter fue una plataforma muy útil para hacer activismo a favor de la reforma: permitió acercarnos a muchos que no nos conocíamos en persona. Esta

Celebramos la votación: 39 votos a favor, 20 en contra y 5 abstenciones.

Con la resaca del año nuevo, vino la resaca de la fiesta por la reforma. Iniciamos el año con una Ciudad incluyente, hasta que el 28 de enero de 2010, el Procurador General de la República presentó ante la Corte una acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas.

fue una importante herramienta para lo que vendría después.

El texto circuló y nos dimos cuenta de que, aunque la Asamblea hubiera aprobado las reformas y las parejas ya iban a poder casarse, había todavía una conversación social muy larga que sostener. Y así fue como nuevamente las redes sociales, Twitter en especial, sirvieron como herramientas para desarticular los argumentos del Procurador que muchas personas aún compartían. Argumentos morales disfrazados de legales que permeaban aún en nuestros círculos más cercanos y no sólo allí, también entre nuestros funcionarios, nuestros representantes y nuestros Jueces.

El argumento toral de la acción¹ del Procurador giraba en torno al *Diario de Debates* de la reforma constitucional al artículo 4o en 1974. Sostenía que, en dicha discusión, el Órgano Reformador de la Constitución pretendía proteger y reconocer *únicamente* a la familia tradicional, y no a aquellas que no estuvieran conformadas por un padre y una madre unidos en matrimonio y sus hijos biológicos. Así, a su entender, la familia protegida constitucionalmente sería solamente aquella basada en el matrimonio heterosexual, por lo que la propia Constitución descartaba la posibilidad de que el matrimonio pudiera ser, también, entre personas del mismo sexo.

Este argumento subyacía también a su oposición sobre la posibilidad de que los matrimonios del mismo sexo pudieran adoptar conjuntamente, pues, a su entender, la orientación sexual de los adoptantes per se, sería dañina para los menores adoptados.

Los grupos ya formados desde Twitter seguimos *trabajando* para presentar razones a favor de la reforma, razones legales, basadas en los derechos humanos, fundamentalmente. Recordemos, además, que a estas alturas, el artículo 10 constitucional todavía no hablaba de derechos sino de garantías individuales, ni reconocía las normas de derechos humanos de fuente internacional como parte de un bloque. Es más, la cláusula de no discriminación solamente hablaba de "preferencias", lo cual podría significar, casi, cualquier cosa. Hasta esa fecha, la orientación sexual no era entendida ni en México ni ante la Corte Interamericana como una "categoría sospechosa".<sup>2</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La acción del Procurador contenía otros conceptos de invalidez que aquí no menciono, por no ser el tema de este texto. Se refirió también, entre otros, a cuestiones de técnica legislativa, distribución de competencias y principio de legalidad. Para conocer los argumentos centrales de la PGR, ver la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Es decir, aquellas que sí son base de un trato diferente, requieren ser justificadas de manera más robusta por parte de la autoridad. En el ámbito interamericano esto se reconocería más tarde en el caso *Atala e hijas vs. Chile*.

La Asamblea y el Gobierno del Distrito Federal presentaron sus informes ante la Corte, argumentando a favor de las reformas, presentando las razones por las que la reforma además de no contradecir a la Constitución General, representaba el entendimiento más avanzado sobre los derechos humanos. El momento histórico-político fue también importante, durante este tiempo se discutió también en Argentina la reforma a su Código Civil, misma que se adoptó antes que su Corte Suprema pudiera resolver un recurso también relacionado con esto. En los Estados Unidos todavía no se discutía de manera relevante el tema a nivel nacional, pero existían los referéndums locales que ya planteaban la discusión a nivel nacional, así como las decisiones judiciales locales, y estaba en vigor la ley DOMA de defensa del matrimonio a nivel nacional. El Distrito Federal (hoy Ciudad de México) se colocaba en la avanzada mundial reconociendo a las familias diversas. Los grupos en Twitter teníamos la sensación de que debíamos salvar la reforma.

La conversación social en redes nos llevó a compartir información, desde artículos y libros, hasta sentencias (como Salgueiro3 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1999, la sudafricana4 de 2005 o Schalk & Kopf v. Austria del mismo 2010).

Algunos desde la academia, otros desde el activismo, decidimos que era indispensable participar en esta conversación que, aparentemente, se estaba dando solamente a nivel gubernamental. Coincidimos en que, como en otros países con jurisdicción constitucional arraigada,

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Me refiero al caso Salgueiro da Silva Mouta v Portugal resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diciembre de 1999. En dicho caso, el TEDH por primera vez resolvió que la orientación sexual entra dentro de las categorías sospechosas de la cláusula de no discriminación de la Convención Europea.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Me refiero al caso Minister of Home Affairs v Fourie resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica el 10 de diciembre de 2005.

era indispensable incluirnos en la conversación a través de los informes conocidos como *amicus curiae*.<sup>5</sup>

Una de las varias *amicus* que se presentaron en la Corte mexicana, fue la de i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C., a través del programa "Ombudsgay", con la participación de un equipo multidisciplinario. Este informe se realizó gracias al entusiasmo de Alejandro Juárez, quien entonces coordinaba el mencionado programa y que después se independizó y trabajó durante dos años más apoyando el litigio estratégico en materia de derechos LGBT. Yo conocí a Alejandro en Twitter y me uní al grupo por invitación suya y de José Luis Caballero, profesor de la Universidad Iberoamericana, quien coordinó la redacción del informe. La idea del *amicus* era proveer a las Ministras y los Ministros de las argumentaciones y datos más acabados.

Para diseñar la estructura del informe, se analizó primero la demanda del Procurador, con la idea de sistematizar sus conceptos de invalidez y darles respuesta. Así, concluimos que la acción se fundamentó, básicamente, en dos premisas centrales: *a*) por un lado, la Procuraduría General de la República (PGR) basó la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 146) afirmando que el artículo 4o constitucional ampara un modelo "ideal" de familia conformada por un padre, una madre y los hijos; y por el otro, *b*) la inconstitucionalidad de la adopción por parte de esas parejas (artículo 391) se asienta en la tesis según la cual la adopción por parte de parejas homosexuales atenta contra los intereses del menor.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Más adelante me referiré a su naturaleza. Aquí basta con mencionar que un *amicus curiae* es un informe técnico que personas, grupos o instituciones interesadas en una discusión jurisdiccional presentan ante la jurisdicción sin ser parte del litigio, es decir, como "amigos de la Corte" que es el significado del nombre con el que se les conoce en latín.

Una vez discutido esto, se buscó a los y las especialistas en los temas que se guerían cubrir. Alejandro Juárez y José Luis Caballero reunieron un grupo de especialistas muy importante, éste estuvo integrado por: Marisol Aguilar Contreras, alumna de licenciatura de la Universidad Iberoamericana; Jimena Ávalos, abogada de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.; Óscar Concha Jurado, alumno de la maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana: Fernando Coronado, consultor general de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; Leopoldo Gama, doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Alicante; Gerardo Mejía, del Programa Universitario de Estudios de Género (UNAM); Alfredo Narváez, maestro en Estudios de Género por El Colegio de México; Miguel Rábago Dorbecker, académico e investigador de la Universidad Iberoamericana; Lucía Raphael, del Programa Universitario de Estudios de Género (UNAM; Mario Santiago Juárez, experto en temas de no discriminación y director de investigación de i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C. y yo, en calidad de redactora y de editora.

A cada quien se le solicitó que cubriera un tema específico. El trabajo debía ser rápido si queríamos que el informe tuviera impacto en el proyecto, pues la acción ya estaba en estudio en la ponencia del Ministro Sergio Valls. Se construyó la propuesta sobre los siguientes ejes de argumentación: los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, y el derecho de los miembros del colectivo LGBTI a formar familias homoparentales o de configuración distinta al modelo tradicional; así como las repercusiones de las reformas al Código Civil del DF en el pacto federal.

Ya que cada especialista concluía la redacción, se fueron concentrando todos los textos y se unieron en un solo documento, esta parte de edición requirió muchas horas de trabajo, pues a pesar de que todos estaban orientados a refutar los argumentos de la acción presentada por el Procurador, el estilo y la redacción de cada participante era diferente. Así que se tuvo que buscar la mejor forma de darles coherencia para que pudieran leerse como un solo documento.

De esta forma, la primera parte del *amicus* se dirigió a refutar los argumentos aportados por la Procuraduría en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo. El objetivo era defender la constitucionalidad del artículo 146 del Código Civil. Para lo cual se dividió la primera parte en los siguientes puntos: 1) El concepto de matrimonio y su evolución. 2) La técnica interpretativa de la PGR. 3) El matrimonio como medio para dar publicidad a las relaciones afectivas de todo individuo. 4) Igualdad en derechos y no discriminación: implicaciones en el tema del matrimonio. 5) Exigencias derivadas del modelo de democracia constitucional. 6) Aspectos del federalismo en el caso de la acción de inconstitucionalidad.

En la segunda parte se aportaron elementos para refutar las tesis ofrecidas por la Procuraduría, las cuales negaban validez a la adopción por parte de matrimonios conformados por parejas del mismo sexo. Con ello, argumentamos a favor de la constitucionalidad del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal. Se trataron los siguientes temas: 1) Homoparentalidad y repensar la familia. 2) Interés superior del niño, significado y alcance. 3) Jurisprudencia aplicable, donde se refirieron resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como referencias a diversos estudios sobre los efectos de la homoparentalidad en menores de edad. Y 4) Proporcionalidad de la medida.

Una vez incorporadas todas las opiniones técnicas, se circuló el documento completo para buscar que otros miembros de la sociedad civil lo suscribieran, así se logró el apoyo de la Comisión de Derechos La entrega de informes tipo *amicus curiae* ante la Suprema Corte de Justicia no está regulada, de manera que fundamentamos su presentación en el artículo 68, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>6</sup>

Asimismo, argumentamos que, debido a la naturaleza trascendental de los casos de que se ocupa la Suprema Corte de acuerdo con el artículo 105 constitucional y, que si bien, el precepto establece que el Ministro instructor podrá solicitar a cualquier persona que tenga conocimiento sobre la materia que se ventila, criterios que sean útiles para la mejor solución del caso, ello no excluye que la práctica del tribunal admita opiniones técnicas ofrecidas en el ejercicio del derecho a promover los derechos humanos, del cual somos destinatarios todas las personas conforme al artículo primero de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas, aprobada mediante Resolución A/RES/53/144 del 8 de marzo de 1999.7 Y con fundamento en ello, Caballero y Juárez acudieron el 28 de junio de 2010 a la ponencia del Ministro Sergio Valls, quien fuera el ponente del asunto, y presentaron el informe en calidad de amicus curiae, solicitando al ponente, circular el informe con los otros diez Ministros del Pleno.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> El artículo dice así: Art. 105 "Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto".

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> La cual indica que: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional".

Precisamente porque no está regulada la presentación de dichos informes, una vez presentado, se desconocía el trámite interno que la Corte debía dar a este tipo de actuaciones, pues las partes que lo presentamos no formamos parte del litigio, en este caso, de la acción de inconstitucionalidad. De tal forma que, no se tenía la certeza<sup>8</sup> de que nuestro informe sería efectivamente circulado entre las demás ponencias de la Corte.

Pasaron varias semanas y se listó el proyecto de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 para el día 2 de agosto, la discusión se llevó seis sesiones y finalmente, con 9 votos de 11, se validaron ambas reformas al Código Civil.

No obstante, en las discusiones no se mencionó ningún informe en calidad de *amicus curiae*. Si bien los Ministros Valls y Aguirre Anguiano hicieron referencia a informes que solicitaron con fundamento en el artículo 68 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, su carácter es distinto, o toda vez que dichos informes fueron solicitados *por* los Ministros. Tampoco en el proyecto ni en el engrose de la sentencia de la acción se hace referencia a ningún *amicus curiae*, de manera que es prácticamente imposible o saber si estos influyeron en la redacción del proyecto, en la discusión y votación de cada Ministro o en la adecuación del engrose.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Esta afirmación se hace solamente para resaltar la incertidumbre en que se queda el proceso al presentar formalmente el informe ante la Corte.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Es decir, dichos informes son formulados a petición de los Ministros; un *amicus* se presenta voluntariamente por personas que tienen interés en aportar argumentos a los Jueces.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> En los Estados Unidos, donde la presentación de amicus curiae es una práctica arraigada, existen estudios que analizan comparativamente los textos de los informes, con los textos de las sentencias, pues no siempre se citan los informes en éstas. Asimismo, existen estudios que analizan su impacto en los votos, así como en las decisiones adoptadas.

No obstante, en su voto concurrente, el Ministro Arturo Zaldívar hace mención de los *amicus curiae* "...resulta complicado no tomar en cuenta que el tema de los estudios científicos sobre el desarrollo de los menores en familias homoparentales fue abordado en la gran mayoría de los *amicus curiae* que distintas personas y organizaciones de la sociedad civil interesadas en la discusión de este tema hicieron llegar a esta Suprema Corte...",11 de lo cual se puede colegir que en efecto fueron circulados, que fueron leídos y que en alguna forma influyeron en la toma de decisiones.

# 2. Qué es un *amicus curiae* y cuál es su rei evancia

Un amicus curiae es un informe técnico que presentan terceros ajenos a un litigio con la intención de presentar argumentos ante la Corte para la mejor resolución de un asunto, dar su opinión con respecto alguna cuestión jurídica, proporcionar datos e información técnica o científica sobre el caso, o para alertar sobre los posibles efectos o repercusiones de una decisión. Fundamentalmente, la razón por la que se presenta un amicus curiae es la posibilidad de influir en una resolución jurisdiccional, aportando argumentos, primero, para que sea estudiado el asunto (cuestiones procesales) y segundo, para que en el estudio de fondo, los Jueces tomen en cuenta los argumentos o datos que se presentan esperando con ello, influir en la decisión.

En México, los informes presentados como *amicus curiae* no han logrado el auge que tienen en países con sistemas legales anglosajones en donde, las determinaciones jurisdiccionales son principalmente las que dan forma al Derecho.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Véase el voto concurrente del Ministro Arturo Zaldívar a la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Sin embargo, justamente porque sistemas de derecho escrito, como el nuestro, se acercan cada vez más al de Derecho común, <sup>12</sup> sobre todo en cuestiones relacionadas con los derechos humanos, es que los *amicus curiae* son cada vez más comunes en México. La Suprema Corte mexicana los ha recibido en casos muy mediáticos como son: la revisión de la Ley Televisa, <sup>13</sup> militares con VIH, <sup>14</sup> el aborto en el Distrito Federal, <sup>15</sup> la píldora del día siguiente, <sup>16</sup> el caso *Florence Cassez*, <sup>17</sup> la contradicción de tesis 293/2011 sobre bloque de constitucionalidad, el caso *News Divine*, <sup>18</sup> el asunto sobre interés legítimo de asociaciones, <sup>19</sup> el asunto de arraigo<sup>20</sup> o, claro, el de matrimonio entre personas del mismo sexo. En estos asuntos, han sido fundamentalmente grupos conformados por organizaciones de la sociedad civil y/o académicos quienes han aportado argumentos a las y los Ministros.

No obstante, la presentación de dichos informes no es una práctica común, como lo es en los Estados Unidos ante la Corte Suprema, y ello tiene que ver con que el número de casos que llega a la Suprema Corte mexicana es demasiado elevado<sup>21</sup> para que los grupos de interés<sup>22</sup> sean capaces de dar seguimiento a los mismos. Ello, a su vez,

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Véase FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La Justicia Constitucional Ante El Siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano.* IIJ-UNAM, México, 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Acción de inconstitucionalidad 26/2006.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Amparo en revisión 307/2007.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Acción de inconstitucionalidad 146/2007.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Controversia constitucional 54/2009.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Amparo directo en revisión 517/2011.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Amparo directo 59/2014.

<sup>19</sup> Solicitud de la facultad de atracción 48/2014.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Amparo directo en revisión 1250/2012.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> En el Informe Anual de 2016, el Ministro Presidente Aguilar Morales refirió que la Corte resolvió 12,600 asuntos en el periodo reportado.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Por grupo de interés entiendo aquellos que a través de su actividad profesional buscan influir en la toma de decisiones. Aquí, me refiero, por supuesto, a los grupos que no han participado directamente en el litigio y que, a pesar de tener interés en el tema que se revisa, no conocen el caso.

está relacionado con el tipo de proceso que se sigue en la Corte (no es adversarial)<sup>23</sup> y con que, al no estar regulada su presentación, los *amicus* carecen de visibilidad<sup>24</sup> y su estudio, de certeza.

En su libro *Friends of the Supreme Court*, Paul Collins<sup>25</sup> ubica a los grupos que presentan *amicus curiae* como una audiencia atraída de manera irresistible a la escena judicial<sup>26</sup> y reflexiona sobre el hecho de que las cortes sirven como campos de batalla para la formación de las políticas social y económica. Por ello, explica, los *amicus* tienen realmente un rol adversarial que amplía el enfoque del caso concreto.

Explica que el hecho de que se presenten informes de este tipo, refuerza la idea de que las cortes hacen política, pues motiva a los intereses organizados a intentar participar en la formación de la producción legal y política.

En realidad, los *amicus curiae* son un instrumento de influencia para la conformación de decisiones que tomen en cuenta los intereses de los grupos que las presentan, pero también, ayudan a que los Jueces tomen mejores decisiones (porque cuentan con mayor información

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> En el sentido de que las partes puedan presentar evidencia y ser escuchadas en una audiencia ante los Ministros de la Corte.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Pienso que la visibilidad de los amicus es un elemento muy relevante, pues solo en la medida en que estos se mediatizan y se socializan, logran tener un verdadero poder ante las deliberaciones y decisiones jurisdiccionales. Al menos en México, pienso, es así. Sirven como parte del sistema de pesos y contrapesos entre la ciudadanía y los órganos del Estado. Un amicus sin visibilidad difícilmente podrá influenciar una deliberación o una decisión en la Corte.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> COLLINS JR., Paul M., *Friends of the Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, Oxford, 2008. [Se cita el libro en su versión electrónica, por lo que se refiere la localización y no la página].

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Citando a su vez la teoría de Schattenschneider sobre grupos de interés en la arena electoral (el autor critica el pluralismo en los Estados Unidos pues dice, las decisiones se toman a favor de un grupo elitario), véase SCHATTSCHNEIDER, Elmer Eric, "Introducción", en. The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy in America, Holt, Rinehart and Winston, Michigan, 1960, p. 146.

y un enfoque mucho más amplio) y decisiones más democráticas (pues hay participación pública).

Collins caracteriza la presentación de *amicus curiae* como "el *lobbying* ante la Corte Suprema"<sup>27</sup> y lo distingue de la práctica parlamentaria en ese país, en tanto que éste es más transparente pues, dice, se entregan documentos por escrito producto de procedimientos estandarizados y regulados.

Para Collins, las razones<sup>28</sup> por las cuales los grupos de interés acuden a<sup>29</sup> las cortes son porque: 1) carecen de acceso a otros espacios, como el Congreso o el Ejecutivo;<sup>30</sup> 2) se obtienen beneficios únicos a través de las decisiones judiciales;<sup>31</sup> 3) sirven para proteger los logros obtenidos en otros espacios;<sup>32</sup> 4) los grupos de presión pueden buscar la arena judicial para contrarrestar la participación de su oponente;<sup>33</sup> y 5) porque sus metas los predispone a litigar.<sup>34</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> *Ibid*. p. 451.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Ibid*. p. 566.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> El *uso* de las cortes no solo implica la presentación de *amicus*, sino el litigio como parte o como organización de acompañamiento.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Por ejemplo, el colectivo LGBTI que, de no ser por el litigio y la presentación de amicus, no hubiera obtenido las victorias en el ámbito político, como las que ha tenido en la arena judicial. Al cabo de cinco años, se logró la jurisprudencia genérica 43/2015 que resolvió la invalidez de cualquier norma que prohíba el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Por ejemplo, esta fue la estrategia del Procurador General de la República al demandar la inconstitucionalidad de la reforma al Código Civil del Distrito Federal (matrimonio igualitario) o la postura del Ombudsman al pedir la revisión de la reforma al Código Penal del Distrito Federal (legalización de la interrupción del embarazo) si la Corte hubiera fallado a su favor, difícilmente el matrimonio o la ILE hubieran tenido posibilidades de legalizarse más adelante.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> En el caso de la píldora del día siguiente, algunos *amicus* buscaron defender la Norma Oficial Mexicana que obliga a las autoridades a proporcionar dicha píldora a víctimas de violencia sexual e intrafamiliar, o el litigio subsecuente en matrimonio igualitario por la vía de los amparos para favorecer la jurisprudencia local.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Por ejemplo, los grupos de México Unido contra la Delincuencia o Alto al Secuestro en casos como el de Florence Cassez.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Por ejemplo, Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), Litiga Olé, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, por tan solo mencionar algunos.

El mismo autor apunta que existen tres métodos<sup>35</sup> que estos grupos utilizan para litigar: 1) el acompañamiento en el litigio, lo que implica la preparación y el seguimiento de casos que permiten cuestionar la constitucionalidad de normas, políticas o actos para provocar un cambio; 2) la participación a través del patrocinio de casos que otros litigan, asumiendo a veces los costos y proporcionando recursos; y 3) presentando amicus curiae. Esta última opción, si bien no permite a los grupos de interés controlar el litigio ni conformar la litis o influir en las decisiones que los litigantes tomen, permite participar sin asumir costos elevados y presentar cuestiones que las partes no han planteado. Asimismo, Collins destaca que la presentación de amicus permite a los grupos referirse a evidencia a la que, a diferencia de los litigantes, tienen mayor acceso o sobre la que tienen mejor conocimiento. De igual forma, los amicus pueden llamar la atención de los Jueces sobre los efectos o las implicaciones políticas de una decisión.

En general, Collins destaca, los *amicus curiae* tienen como objetivo persuadir a los Jueces de apoyar políticas congruentes con las preferencias del grupo.<sup>36</sup> La doctrina<sup>37</sup> destaca dos teorías sobre la utilidad de los *amicus:* 1) la teoría de los grupos afectados, y 2) la teoría de la información. La primera asume que los Jueces toman los *amicus* como un barómetro de opinión en ambos lados de las cuestiones que se les plantean. La segunda, que los *amicus* proveen información extra que las partes no presentaron y, por tanto, complementan los argumentos.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> COLLINS JR., P., op. cit. pp. 566-626.

<sup>36</sup> Ibid. p. 746.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> ORR LARSEN, Allison y DEVINS, Neal E. "The Amicus Machine", en *Virginia Law Review Association*, núm. 102, 2016, pp. 1901-1968, véase en esp. p. 1913, donde se hace referencia a diversos autores.

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos a continuación es si los *amicus* realmente *sirven* de algo. En los Estados Unidos, la respuesta a esta cuestión es afirmativa. Existen numerosos estudios que dan cuenta del poder de los *amicus curiae*, unos a través del análisis de su influencia en el contenido de las sentencias, ya sea rastreando los argumentos o las citas de los informes en las sentencias<sup>38</sup> o examinando la decisión en sí misma, o bien, los votos de los Jueces. El poder de los *amicus curiae* en los Estados Unidos es bastante criticado por la doctrina,<sup>39</sup> pues los profesionales del Derecho han conformado una "máquina de amicus" que *rutiniza* la presentación de estos, como parte de una metodología de influencia ante la jurisdicción y que resulta en la conformación del Derecho, desde y para los grupos de poder.

Se habla pues del paso de los "amigos" 40 de la Corte a los "lobbistas" ante la Corte, y ello implica la argumentación a favor de intereses específicos y del uso de la ley por y para los más poderosos, En este sentido sentencian: "hoy cualquiera ve una amicus como el arma de un activista...Cuando la ley es percibida como un instrumento poderoso, los

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> COLLINS JR., Paul M., CORLEY, Pamela C., y HAMMER, Jesse, "The Influence of amicus curiae briefs on U.S. Supreme Court opinion content", documento de trabajo para Annual Meeting of the American Political Science Association (109), Chicago, Illinois, agosto 29-septiembre 1, 2013. En este estudio se da cuenta de ellos.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Véase por ejemplo: ORR L., A. y DEVINS, N., *op. cit*. Así como LAZARUS, Richard, "Advocacy Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar", *The Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2008, pp. 1487, 1525. (Consultado en línea el día 8 de mayo de 2016). Disponible en: http://georgetown.lawreviewnetwork.com/files/pdf/96-5/Lazarus.PDF

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> La referencia de *amigos* se hacía en tanto que quienes presentaban tales informes lo hacían en calidad de expertos presentando datos técnicos para ayudar a los Jueces a tomar una mejor decisión. Se trataba de una relación profesional con la Corte. "Se trataba del abogado asistiendo al Juez, no del cliente patrocinando la asistencia." ORR LARSEN, A., *et. al, op. cit.* p. 110. De igual forma se destaca que cuando se habla de "amigos de la Corte" no se trata de "amigos de una de las partes" sino, de un informe que ayuda a la Corte a tomar una mejor decisión y no de un informe que apoya a una de las partes. Véase p. 113.

individuos y los grupos de la sociedad se avocarán a cooptarla de cualquier forma."41

Como adelanté arriba, en México todavía estamos lejos de conocer el poder de los amicus curiae debido a su falta de regulación y a que la cultura litigiosa<sup>42</sup> todavía no está arraigada en nuestro país. Sin embargo, me parece que la más reciente proliferación del litigio estratégico<sup>43</sup> podría llevarnos a un aumento de esta práctica y, por lo tanto, se antoja necesario aprender de la problemática que ya se presenta en países donde la práctica lleva realizándose ya más de un siglo.44

México se encuentra en la posición en que se encontraron los litigantes en Estados Unidos durante la década de los sesenta y setenta: en esa época, presentar amicus era una estrategia inteligente. Hoy es una estrategia indispensable si un caso llega a la Corte Suprema.<sup>45</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Ídem. Ello tiene sus ventajas, pues empodera a los desposeídos y genera cambio social, pero también, da el poder de influir, también por estas vías, a los más poderosos.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Entendida como una forma social de *apropiación* del Derecho y de las cortes para poder influir tanto en el entendimiento e interpretación de los derechos humanos y la conformación de políticas públicas, como en la posibilidad de generar cambios materiales a través de decisiones jurisdiccionales.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Gracias a las reformas constitucionales en amparo y derechos humanos de 2011, y con ellas, de una ampliación en las posibilidades de ocurrir mediante el amparo ante la justicia federal, el litigio estratégico y el de acompañamiento han crecido como vías para exigir derechos y para resarcir sus violaciones. Es interesante cómo en los últimos años (coloco caprichosamente el año 2010 como dique) el diálogo de la opinión pública con la judicatura ha crecido y se ha enriquecido.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> COLLINS JR., op. cit. p. 229. Refiere que la práctica de los amicus se registra desde principios de 1800, aunque tomó más de un siglo a la académica reconocer el rol activo de éstas.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Basta revisar los expedientes en línea de los casos que revisa la Corte para revisar el número de informes que con esta calidad se presentan. Por ejemplo, este periodo de 2017, la Corte Suprema revisará un caso relacionado con un ciudadano mexicano muerto en la frontera por un agente estadounidense (caso Hernández v. Mesa) en este asunto, el Gobierno mexicano ha presentado al menos dos amicus curiae que han sido redactadas por despachos de abogados de ese país. Consultado el 9 de mayo de 2017: http://www.scotusblog.com/case-files/cases/hernandez-v-mesa/

En lo que sigue procuraré destacar algunos puntos que, tomando el caso estadounidense como paradigma, pienso podrían proporcionar al llamado *lobbying judicial* una mayor presencia en nuestro país:

#### 3. LECCIONES PARA MÉXICO. UNA RUTA

Una primera reflexión sería si en México es conveniente institucionalizar la presentación de *amicus curiae* como una forma de legitimar el *lobbying* judicial. En lo personal, me parece que sería positivo, pues ello democratiza la discusión y acerca a las instituciones a la ciudadanía.<sup>46</sup> En la medida en que los grupos de interés se apropien del Derecho nos aproximaremos más a un procedimiento colectivo de toma de decisiones.

Considero que los procedimientos de control de la constitucionalidad pueden ser asimismo procedimientos abiertos, sujetos a la deliberación democrática, mediante los cuales no solamente deliberen los Jueces constitucionales, sino que la ciudadanía misma participe presentando argumentos técnicos y evidencia para que los Jueces (quienes son los que toman la decisión finalmente) puedan tener mejores elementos.

## 4. Lecciones para la Corte

Una primera lección sería la necesidad de la regulación de la presentación y tratamiento interno de los *amicus curiae*<sup>47</sup> en la Suprema



<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Aquí estoy pensando en los conceptos de sociedad abierta de intérpretes constitucionales, Peter Häberle; la democracia deliberativa, Jürgen Habermas, Mark Tushnet; la justicia dialógica, Roberto Gargarella, Carlos Nino, Mark Tushnet.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Véase por ejemplo la regla 37 de las reglas de práctica y procedimiento ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Allí se plantean las reglas y los plazos bajo los cuales pueden presentarse *amicus* ante la Corte y resulta interesante que deben presentar materia relevante que no haya sido planteada por las partes: "1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought

Corte mexicana, ello podría hacerse a través de la facultad del Pleno de emitir Acuerdos Generales. Para efectos de transparencia, el Pleno podría determinar si los informes podrían hacerse públicos a través de la página de internet de la Corte, que con dicha calidad se presenten. Debido a que dichos informes suelen presentarse en casos paradigmáticos, resulta de especial importancia que la opinión pública conozca los argumentos que se han presentado ante los y las Ministras.

Otra opción que puede ser alternativa o complementaria de la anterior, es que se determine por los Ministros que en la sentencia se citen los amicus que se recibieron, 48 con el efecto, por un lado, de conocer qué grupos pudieron influir en las discusiones y decisiones y por otro, conocer qué grupos están interesados en qué temas.

### 5. Para los grupos de interés

Buscar que los documentos que en calidad de amicus se presentan, se hagan públicos con la finalidad de enriquecer la discusión. La deliberación plural de los argumentos tiene al final como resultado. la legitimación de las decisiones de la Corte. 49

to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An amicus curiae brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court ..." Revisada en línea el 8 de mayo de 2017: https://www.law.cornell.edu/rules/ supct/rule 37

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Así lo hace, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Generalmente cita los amicus recibidos y las partes que los presentaron y los divide por grupo de interés.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> En mi opinión esto sucedió con la decisión de matrimonio igualitario en el D.F., pues en la medida en que la argumentación social se reflejó en la discusión del Pleno, la opinión pública y especialmente, los grupos de interés que se oponían a la validación de las reformas y que apoyaban la acción del Procurador, se sintieron "representados" en el Pleno aun cuando la resolución les fue adversa. Estoy consciente de que hablar de representación ante el Poder Judicial resulta problemático, sin embargo, estoy convencida de que en la medida en que las deliberaciones jurisdiccionales se acercan a la conversación que se da en la opinión pública, ésta acepta con mayor convicción

Que las asociaciones de abogados tanto nacionales, como locales, busquen protagonizar más presentando *amicus* como técnicos jurídicos con la idea de que como practicantes del Derecho señalen las posibles repercusiones y los efectos de una decisión; así como, el cómo es en la práctica alguna cuestión sometida a la consideración de la Corte<sup>50</sup>.

Que las asociaciones académicas y científicas se involucren más en allegar de datos e información técnica que puede tener alguna influencia en la toma de decisiones. Cada día llegan a la Corte asuntos mucho más especializados<sup>51</sup> que requieren de información técnica o científica que puede auxiliar a los y las ministras a tomar mejores decisiones.

Que la academia comience a investigar el número de *amicus* que se han presentado en casos relevantes y rastrear su influencia en los proyectos, en las discusiones<sup>52</sup> y las sentencias y votos que las acom-

las decisiones y la Corte legitima su autoridad. Esta reflexión requeriría otro trabajo, pero valga dejarla aquí como provocación.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> En esté sentido, se destacan las ventajas de la participación de la barra de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la presentación de *amicus* pues a pesar de que se señala que se representan más intereses empresariales, la realidad muestra que no, que la presencia de la barra y fundamentalmente, de la profesión en la presentación de argumentos ante la Corte no es necesariamente mala, sino que ayuda a tecnificar los casos y a que la Corte seleccione aquellos de mayor relevancia para formar el Derecho. Véase: *The Amicus Machine. op. cit.* No tengo conocimiento si las asociaciones y barras de abogados mexicanas recurren a los *amicus* de manera frecuente.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Por ejemplo, existen varios asuntos relacionados con aspectos médicos como los de la ley sobre espectro autista, el amparo sobre el joven con Asperger o militares con VIH, interrupción del embarazo, gestación subrogada y píldora del día siguiente. Aquellos relacionados con cuestiones medioambientales, fenómenos como el *bullying* o la alienación parental, así como los referidos a cuestiones de espectro radioeléctrico o asuntos tecnológicos.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> La Corte ha hecho públicas tanto las versiones taquigráficas como los videos de las sesiones del Pleno, por lo que es posible rastrear, como se hizo para este trabajo, si en dichas discusiones los y las ministras hacen referencia a los amicus, y directamente a los argumentos en ellos planteados.

pañan. Los estudios estadounidenses podrían ser de enorme utilidad para plantear las problemáticas y las rutas a seguir.

Que el Gobierno se vea a sí mismo como grupo de interés y presente informes en calidad de amicus curiae. Si bien, en los procesos de control de constitucionalidad, la autoridad responsable presenta informes para justificar su actuación (o son las propias sentencias las que están sujetas a revisión), no me parece descabellado pensar que un órgano gubernamental pudiera entregar un informe para presentar argumentos ante la Corte en un asunto donde no es parte pero que analiza una ley de su competencia,53 ello en el plano de aplicación de la ley en cuestión, por ejemplo, donde la agencia de gobierno tiene la experiencia de su aplicación.

### 6. Conclusiones

Pensar en un plano de control jurisdiccional dialógico<sup>54</sup> lleva a involucrar a distintos actores por distintos medios en la arena judicial, haciendo posible un ideal de democracia deliberativa. Mucho se ha criticado el papel contramayoritario55 de las cortes capaces de invalidar

<sup>53</sup> Se me ocurre, por ejemplo, en los amparos directos en revisión en materia penal, donde el Ministerio Público es la autoridad que investiga y persigue los delitos, es decir, quien está trabajando directamente con la Ley penal y quien podría remitir a la Corte evidencia sobre efectos o impactos en determinadas decisiones, o la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) que, sin ser parte, pudiera enviar un amicus ante la Corte cuando ésta revisa alguna norma relacionada o que tenga impacto en la biodiversidad.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Sobre esto véase GARGARELLA, Roberto (comp.), Por una Justicia Dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI editores, Argentina, 2014. En especial el artículo del mismo autor: "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los pesos y contrapesos". Así como: TUSHNET, Mark, "Dialogue and Constitutional Duty", Harvard Public Law Working Paper, núm. 12-10, 20 de marzo, 2012. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=2026555

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> El clásico es BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics (1962). Recomiendo también de FRIEDMAN, Barry. "The History of the Countermajoritarian Difficulty", Artículo en 5 partes publicadas en la New York University Law Review, entre 1998 y 2002. Consultado en SSRN: https://ssrn.com/ abstract=60449

normas contrarias a la Constitución, sobre todo con respecto al mito de la "última palabra". <sup>56</sup> Cuando esa "última palabra" se pronuncia después de una deliberación plural, esto es, cuando varios actores se involucran en la deliberación, el resultado –o para hablar claro–, la sentencia poseerá mayor legitimidad, pues la resolución fue parte de una conversación y no, como se ha criticado por los defensores de la posición contramayoritaria, una imposición por parte de una élite no electa.

Aún así, es evidente que hay que tomar tanto lo positivo como lo negativo de otras experiencias. Por ello, me parece que algo que podría ser problemático en nuestro país sería la representación a través de amicus curiae de intereses específicos, y sobre todo de intereses económicos o de clases privilegiadas, que en países como México son los grupos de interés que más posibilidades tienen para presentar este tipo de informes. Habría pues que considerar la enorme brecha de desigualdad que existe en México. De esta forma, una cuestión relevante que habría que evitar sería la evolución de una "máquina de amicus" que acabe reforzando el empoderamiento de los privilegiados. Se me ocurre que la propia Corte podría solicitar motu proprio informes a grupos vulnerables o históricamente discriminados para presentar sus argumentos generando con ello una plaza de interés para profe-

BASSOK, Or, "The Two Countermajoritarian Difficulties", *St. Louis University Public Law Review*, vol. 31, 2012. Consultado en SSRN el 12 de mayo de 2017: https://papers.ssrn.com/sol3/Results.cfm?RequestTimeout=50000000

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Afirmo que es un mito, pues aún en el modelo de "checks and balances" (opuesto al dialógico) el Derecho constitucional es parte de un diálogo, aunque la Suprema Corte pronuncie la última palabra sobre el asunto sometido a su consideración, siempre queda la posibilidad de la reforma o la enmienda constitucional. Esta última palabra se refiere al litigio, pero no a la cuestión. Son claros los ejemplos del arraigo, que en un primer momento fue declarado contrario a la Constitución por la Corte y posteriormente fue introducido mediante reforma constitucional a su texto. O el caso de la impugnación de normas generales por contradecir tratados internacionales por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que fue negado por la Corte y en 2011 mediante la llamada reforma de derechos humanos, se modificó la norma en cuestión para permitir a la Comisión justamente dicha facultad.

sionales del Derecho y relacionados<sup>57</sup> para que den apoyo a dichos grupos. Con ello se logaría una mayor equidad entre grupos.

Otro problema que habría que reflexionar es el señalado arriba sobre la transmutación del concepto amigos de la Corte en amigos de una de las partes. Me parece que al hablar en general de "amigos de una de las partes" es inexacto cuando lo que se está estudiando son intereses generales. Me explico. Cuando se analiza, por ejemplo, la reforma para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y se presentan amicus para apoyar la reforma, es decir, apoyar a la Asamblea y al Gobierno del D.F., no se está apoyando "a una de las partes", se está apoyando un principio general de no discriminación por orientación sexual que tendrá efectos erga omnes y que acabará beneficiando por un lado, a los grupos discriminados; y por otro, a la generalidad, pues prevalece la normatividad constitucional. Lo mismo puede decirse cuando se trata de amparos, pues aunque las partes son particulares, se apoya el concepto amplio de no discriminación y no en la controversia concreta de los particulares (es decir, su matrimonio en específico).

Me parece muy difícil encontrar algún ejemplo de casos revisados por una Corte Constitucional en donde los intereses de una de las partes no tengan, a la larga, efectos generales. Entiendo la objeción para asuntos en tribunales inferiores, donde se resuelven disputas, pero en México, cuando la Corte conoce el fondo de algún asunto, esto es porque lleva alguna cuestión de interpretación constitucional, necesariamente acabará influyendo la manera de entender el orden fundamental.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Pienso por ejemplo en clínicas universitarias u organizaciones que obtienen recursos financieros de otras formas y que apoyan a los grupos vulnerables.

Aún así, me parece que una de las cuestiones más relevantes cuando hablamos de informes del tipo *amicus curiae* es la transparencia. Pienso que en la medida en que estos se hagan visibles, por un lado, podrán desplegar sus efectos dialógicos; y por otro, podrán haber controles sobre las objeciones de privilegios e intereses específicos a que me he venido refiriendo.

Ahora bien, una ventaja que encuentro es la de especializar en argumentos jurídicos a los litigantes, así como mejorar la presentación de demandas. El hecho de que se ejercite una mejor argumentación por parte de los actores involucrados en litigios (organizaciones de la sociedad civil, colegios de abogados, despachos, academia) tendrá repercusiones en el tipo de demandas que se presentan ante la Suprema Corte. Quizá se acabe por especializar la presentación de demandas ante la Corte, como sucede en Estados Unidos, lo cual sería bueno en términos de la calidad de los asuntos que lleguen a revisión a la Corte y la cantidad de asuntos que efectivamente se planteen. Pienso que crear una costumbre de presentar amicus ante la Corte acabará por crear una cultura sobre el tipo de asuntos que deben llegar a ella y con ello, el tipo de argumentos que deben plantearse para que efectivamente sean revisados. Abrir la posibilidad del diálogo, hará que tengamos una mejor conversación.

Afortunadamente, en México la emisión de votos concurrentes y particulares es una práctica bastante arraigada entre nuestros Ministros y Ministras. Sobre todo en los asuntos de mayor relevancia, los y las Ministras recurren a votos en donde aclaran su postura, aun cuando sean parte de la mayoría. En los Estados Unidos es bien sabido que la presentación de *amicus* favorece la emisión de votos concurrentes o particulares por parte de los Jueces, y ello tiene muchas ventajas, pues los votos forman parte de la deliberación democrática alrededor de la definición del contenido de las normas constitucio-

nales.<sup>58</sup> Los votos particulares o concurrentes quedan muchas veces como el argumento "perdedor" del momento, pero históricamente se trata de elementos valiosísimos para un análisis cualitativo de las decisiones de la Corte.

En su interesante texto, Orr Larsen y Devins se plantean argumentos a favor de los *amicus*<sup>59</sup> que pienso pueden trasplantarse a México:

- 1. La posibilidad de influir en los asuntos que realmente debe revisar la Corte por contener cuestiones constitucionales de importancia y trascendencia, es decir, aquellos dedicados a conformar reglas de interpretación –y no, aquellos que resuelven conflictos. Lo que lleva, además, al planteamiento de argumentos de Derecho relevantes y no solamente de intereses particulares de las partes involucradas en el asunto. Ello, como decía yo arriba, reforzaría el carácter de Tribunal Constitucional de nuestra Corte.
- 2. Una razón relevante para apoyar la presentación de *amicus* por parte de grupos de interés reside en que se da la participación ciudadana al nivel de la Procuraduría General (Fiscalía una vez que entre en vigor la reforma al 102 A constitucional) y de la Consejería Jurídica, dispersando su ventaja entre varios actores. Es decir, se refuerza la teoría de que la revisión constitucional es una cuestión democrática en tanto que lo que se defiende son los valores fundamentales plasmados en la Constitución, en este sentido, cualquiera está "invitado a

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Véase por ejemplo. HÄBERLE, Peter, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Mohr Siebeck, 1998. O UROFSKY, Melvin I, *Dissent and The Supreme Court. Its Role in the Court's history and the Nation's Constitutional Dialogue*. Pantheon Books. Nueva York, 2015. Urofsky cita a la decana Kathleen Sullivan respecto de los votos particulares: "[dissents are like] buried ammunition for future generations to unearth when the time comes."

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> ORR, L., y DEVINS, N., The Amicus Machine... op. cit., p. 141.

participar" pues los Jueces no solamente quieren escuchar los argumentos de las partes, sino a cualquiera que tenga algo que decir.<sup>60</sup>

Para finalizar, quisiera referirme a dos problemas endémicos de México.

Justamente una de las críticas que se hace al Derecho es su cooptación por los grupos de poder, las élites, los grupos privilegiados. Ellos son quienes definen el Derecho a partir de su experiencia, entonces me parece que la posibilidad de los *amicus* podría ser muy positiva como herramienta de participación de los *excluidos* en una conversación hasta ahora, elitaria. Sin embargo, esta herramienta, como apuntaba arriba, podría ser un arma de dos filos si esta posibilidad es cooptada por los grupos privilegiados para participar por otras vías en la deliberación, excluyendo de hecho a los desaventajados. Insisto que habría que ver la manera de incluirles a través de este medio.

Por último, pienso que un gran problema que ha obstaculizado la labor jurisdiccional de la Suprema Corte como Corte Constitucional es el número de asuntos que llegan a su conocimiento. No diré nada nuevo si refiero a que hace falta una reforma para que la Corte sea un tribunal que revise solamente cuestiones de constitucionalidad y que tenga la posibilidad de rechazar de una manera más ejecutiva aquellos asuntos que no cumplen con los requisitos de importancia y trascendencia. Pero insisto, esto también está relacionado con el tipo de asuntos que se presentan, por ello, creo que abrir la deliberación sobre la interpretación constitucional puede repercutir en el perfeccionamiento de los argumentos que se presentan ante la Corte, y ello solo puede ser bueno.

<sup>60</sup> Cfr. Ibid., página 113.

Peter Häberle destaca que en el constitucionalismo contemporáneo no podemos hablar de un numerus clausus de intérpretes constitucionales<sup>61</sup> pues en las sociedades abiertas, quien vive la norma, la cointerpreta y en este sentido, todo el que vive en y con el supuesto de hecho que la norma regula, se convierte en intérprete de ésta.

Con esta idea en mente, me parece que los informes en calidad de amicus curiae permiten hablar tanto de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, como de un proceso dialógico de revisión constitucional y de mecanismos que conforman una democracia deliberativa, en donde todas las personas podemos participar en la conformación y definición de los principios y las normas que hemos elegido para convivir.

Con las salvedades mencionadas, me parece que el fomento de los amicus curiae como parte de la apropiación constitucional tendrían efectos positivos en la cultura constitucional mexicana<sup>62</sup> y propiciaría una participación más activa por parte de ciudadanos, profesionales del Derecho y, en general, de cualquier destinatario de las normas constitucionales.

<sup>61</sup> Véase su artículo "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución" que ha sido reproducido en distintas revistas en español. Yo consulté el texto original en alemán Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, publicado en la revista Juristen Zeitung de 1975, páginas 297-305.

<sup>62</sup> Esto si atendemos a los resultados de la más reciente Encuesta Cultura Constitucional, donde el 65% de los encuestados considera que conoce poco la Constitución. "Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado". IFE-IIJ, UNAM, 2011.



# ¿Existe un constitucionalismo transformador en méxico? Una reflexión a partir de las sentencias del matrimonio igualitario

David García Sarubbi\*

We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order.

Chaskalson P F en *Soobramoney vs Minister of Health KwaZulu-Natal*1998(1) SA 765 (CC).

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Constitucionalismo transformador y México. 3. Sudáfrica y México: dos casos de sentencias transformadoras. 4. El constitucionalismo transformador frente a una objeción cultural típica.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio igualitario, Tribunal Constitucional, Suprema Corte de Justicia-México.

## 1. Introducción

n el presente artículo analizo las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de matrimonio igualitario –aquellas que han declarado la inconstitucionalidad de la exclusión de las parejas homosexuales por considerarlas discriminatorias–

<sup>\*</sup> Secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de Derecho constitucional en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

con una perspectiva distinta a la utilizada comúnmente para abordar el tema. No me interesa discutir los méritos de la interpretación constitucional realizada por la Corte para sustentar la irregularidad constitucional de ciertas legislaciones civiles, sino extraer de sus decisiones lo que ésta piensa sobre lo apropiado de la intervención judicial para transformar condiciones estructurales de desigualdad incompatibles con la Constitución. Estas sentencias se han emitido en distintos juicios de control constitucional; sin embargo, el juicio de amparo sigue siendo el medio de protección de derechos humanos más relevante en México.

Así, el objeto de análisis de este artículo son las partes relativas de las sentencias emitidas en distintos juicios de amparo en el tema, relativas al interés legítimo, la justiciabilidad de ciertos daños inmateriales, y la forma de diseñar medidas de reparación, esto es, aquellos aspectos a través de los cuales la Corte afirma su poder para conocer y, en su caso, remediar conflictos sociales que históricamente quedaban fuera del alcance de la justicia; una de las conclusiones relevantes será evidenciar que para la Suprema Corte su poder transformador no se manifiesta de una vez y en definitiva cuando declara que una ley es inconstitucional, sino de manera progresiva a través de distintas estrategias de política judicial y que, detrás de las razones que conforman estas partes de sus sentencias, éstas se encuentra

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Por su relevancia para los posteriores pronunciamientos sobre el tema, destaca la acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Pleno de la Suprema Corte el 16 de agosto de 2010, por la cual se reconoció la validez de la primera legislación del país que reconoció el derecho de las personas del mismo sexo de acceder al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. El precedente es relevante, pues sienta el actual entendimiento del concepto de familia en el artículo 4o. constitucional, como uno que no protege una concepción ideal de familia, sino una realidad social. Ver la tesis P. XXIII/2011, de rubro: "FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES)". Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto 2011, pág. 871. Reg. IUS 161309.

una concepción de *constitucionalismo transformador* relevante para explicar esa innovadora forma de control constitucional, el cual lo pretende desarrollar en un continuo en el tiempo.

La exposición se desarrolla con la siguiente estructura: *i*) se introducirán las características relevantes de lo que se ha denominado constitucionalismo transformador y se justificará la pertinencia de su utilización para el caso mexicano; *ii*) se traerán a colación las sentencias de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de matrimonio igualitario como uno de los mejores ejemplos de este tipo de constitucionalismo, con el cual se trazará un modelo básico de intervención judicial (transformador) en este tópico, con el cual se analizarán las sentencias de la Corte mexicana; y *iii*) finalmente, abordaré una de las principales objeciones opuestas a estas sentencias –la que aboga por la restauración de una concepción despolitizada de la justiciaque, en mi opinión, debe descartarse como inadmisible.

# 2. Constitucionalismo transformador y México

Por constitucionalismo transformador se entiende el modelo de Estado constitucional que busca el cambio de un *statu quo* considerado injusto, a través de la actuación estatal consciente y guiada por las normas constitucionales, cuyo principal ejemplo es Sudáfrica; y que puede identificarse en oposición a aquel constitucionalismo mejor entendido por referencia a las tradiciones de un país y dirigido a concebir a la Constitución como guardián de un estado de cosas considerado deseable, principalmente, en contra de cambios abruptos, cuyo principal ejemplo podría es la Constitución americana previo a la guerra civil.<sup>2</sup>

 $<sup>^2</sup>$  SUNSTEIN, Cass R., Designing Democracy.What Constitutions Do, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

Como lo señala Karl E. Klare, un estudioso del caso sudafricano, las constituciones transformadoras, promulgadas y reformadas contra una historia autoritaria, racista o clasistas, como la de 1996 de aquél país africano, buscan romper con esas tradiciones y proclaman contenidos que son sociales, redistributivos, participativos, horizontales y multiculturales, presentándose como modelos auto conscientes de su posición histórica y de su misión transformadora. Con este sentido, por ejemplo, deben entenderse los derechos sociales reconocidos en la Constitución de Sudáfrica, con el poder para nivelar condiciones estructurales a favor de las condiciones materiales de los sectores más vulnerables.

Con su promulgación en 1996, la Constitución hace norma jurídica la pretensión de erradicar las bases del régimen del *apartheid* y emprende una ingeniería social para hacer una sociedad política incluyente y respetuosa de los derechos humanos. Por ello, el preámbulo de esta Constitución reconoce las injusticias del pasado y establece que la adopción de ese texto tiene el objeto de "sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales", <sup>4</sup> así como "sentar las bases correspondientes a una sociedad democrática y abierta en la cual el gobierno represente la voluntad del pueblo y en la que todos los ciudadanos sean igualitariamente protegidos por la ley". <sup>5</sup>

El propósito transformador de esta Constitución no se queda en una enunciación de propósitos, sino que trasciende en todo el diseño de

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> KLARE, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, pp. 146-188.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> El texto completo del preámbulo puede consultarse en http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-Africa-1996-1

<sup>5</sup> Idem.

ingeniería institucional, destacando la decisión de investir a la Corte Constitucional de este país de una responsabilidad institucional para facilitar el cumplimiento de esa misión, a través de sentencias que genuinamente podemos calificar como "transformadoras". La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales y discriminación se presenta como el ejemplo más efectivo en el mundo de intervención judicial para provocar que la realidad práctica se ajuste a los ideales constitucionales. Sin embargo, como lo señala otro estudioso del tema, Mark S. Kende, los precedentes de la Corte Sudafricana en materia de matrimonio igualitario, más que sobre otro tema, conforman la cause célèbre de la justicia constitucional del país, incluso por encima de la discriminación racial. De ahí la relevancia de esta experiencia comparada para el presente artículo.

Como lo señala Eric C. Christiansen –un autor que seguiré para analizar el caso mexicano—, el constitucionalismo transformador se refiere a un esfuerzo intencional de crear una nación que se vuelque al propósito de cumplir con una justicia sustantiva en su faceta política y económica. Si bien se espera que, en un constitucionalismo de este tipo, sean los poderes constituidos con legitimidad democrática los principales actores del cambio social, se reconoce que el proceso político no se realiza en condiciones ideales, sino en aquellas heredadas del sistema anterior –división racial, pobreza y exclusión—, por lo que el tribunal constitucional ocupa una posición especial para señalar cuándo no se puede confiar en los resultados democráticos.<sup>7</sup>

Sin embargo, este constitucionalismo no desconoce la fuerza de la objeción contramayoritaria identificada por Alexander Bickel, el cual

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> KENDE, Mark S., Constitutional Rights in Two Worlds. South Africa and the United States, Cambridge, Nueva York, 2009, pp. 133 a 161.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> CHRISTIANSEN, Eric, "Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice", *Gender Race & Justice*, vol. 13, núm. 575, 2009-2010, pp. 575-614.

recuerda que, en un modelo de Estado democrático, los representantes populares son los que toman las decisiones colectivas, por lo que los Jueces deben ser cuidadosos de no suplantarlos al pasar revisión judicial a las leyes.<sup>8</sup> Lo que ofrece es una respuesta renovada, desde donde se defiende que el tribunal constitucional no puede verse más con los prismas clásicos del constitucionalismo liberal, como un "poder neutro", "sin voluntad política" o como un mero "ente inanimado", "boca de la ley". Ciertamente el Tribunal Constitucional no busca suplantar a la democracia, pero sí acompañarla, cuidando que ésta se realice en condiciones abiertas y deliberativas, controlando el proceso democrático a la luz del proceso ideal de deliberación trazado en la Constitución.

Por ello, este tribunal, a diferencia de los otros poderes, no puede guardar ninguna herencia del viejo régimen. Tenía que nacer con la Constitución de 1996, con un diseño que lo posicionara fuera de los tres poderes clásicos, especialmente del Poder Judicial, el cual ayudó a legitimar al antiguo régimen, muchas veces cultivando una actitud interpretativa restrictiva, formalista y conservadora. Así, se celebra al tribunal constitucional por hacerse valer como un poder contrama-yoritario, en el sentido estricto de la palabra, encargado de interpretar teleológicamente los compromisos fundamentales del texto constitucional. Según el mismo Christiansen, en un constitucionalismo transformador como el sudafricano, al tribunal constitucional se le considera el primero entre pares, al ser el máximo intérprete de esos compromisos transformadores convertidos en norma jurídica, quien a través de su jurisprudencia guía la dirección del sentido de transformación del statu quo.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986.

Así, según este autor, el constitucionalismo transformador requiere de ciertas características del tipo razonamiento producido por el tribunal constitucional, como es la interpretación a partir de principios. la aplicación creativa de su jurisdicción y de los remedios procesales a su alcance. En esta tarea, considera esencial que el tribunal no busque limitarse a la letra de la ley, sino profundizar en sus propósitos para darle voz a los valores subyacentes.

De esta breve caracterización del constitucionalismo transformador. y de su mejor exponente, -Sudáfrica-, se pueden anticipar mis razones para traerlo como referente para analizar el caso mexicano. Como también lo afirma el último de los autores citado, el éxito del experimento sudafricano sugiere la posibilidad de que otros países tomen prestados componentes de ese sistema, cuando se presenten similitudes vis a vis, una sociedad dividida y desigual que busca la transición y el cambio social a través del derecho. Como Sudáfrica, varios países aprueban constituciones después de movimientos revolucionarios. como reacción y remedio a su propia historia de discriminación, exclusión y opresión. Me parece que esto no es ajeno al sentido fundacional de la Constitución mexicana de 1917.

Justo en el centenario de su promulgación, en México, creo, valoramos que la Constitución de 1917 llegue al 2017 por algo que nos acerca al constitucionalismo transformador, esto es, porque sobrepasa un primer siglo de supra-ordenar a la sociedad un compromiso básico revolucionario, a saber, un compromiso con la democracia igualitaria, un listado de derechos básicos oponibles al Estado y una responsabilidad estatal para igualar las condiciones de los grupos más vulnerables.9 Desde un inicio, la Constitución no buscaba preservar

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Teniendo como centro gravitacional de todo el edificio constitucional a la dignidad de las personas. Así lo ha entendido la Suprema Corte, en específico, su Primera Sala,

el statu quo sino emprender un proyecto de ingeniería social continuo que terminara sustituyendo estructuras desiguales de la sociedad por unas más democráticas, incluyentes y respetuosas de la dignidad humana. Si no fuera así ¿por qué celebrar el componente social, densamente igualitario y constitucionalizado como conquista de una dolorosa lucha revolucionaria iniciada en 1910, que se opuso a una concepción libertaria de "la ley del más fuerte"?

En mi opinión, sólo desde esta premisa –que nuestra Constitución no es neutra, sino transformadora– es posible dotar de sentido a la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de matrimonio igualitario; de no aceptarse esta perspectiva inicial, los pronunciamientos de la Corte implicarían una extralimitación del poder de pasar revisión judicial a la leyes y el inicio de un peligroso "gobierno de los jueces".

No es mi propósito asimilar totalmente el caso sudafricano al mexicano. Sin embargo, tampoco se pueden dejar pasar ciertas semejanzas relevantes que justifican el ejercicio comparado. Aunque nuestra Suprema Corte no fue diseñada para acompañar activamente un proceso de ingeniería social tan profundo—incluso se mantiene como cabeza del Poder Judicial de la Federación y buena parte del siglo se mantuvo como un poder poco activo para revisar la regularidad de las leyes—, no podemos negar que después de 1994, ésta fue reposicionada con un papel más activo, asimilándola a un genuino tribunal constitucional y que a partir de 2011, su papel se redimensionó para, desde una lógica contramayoritaria, interpretar los valores de la

en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016, de rubro: "DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto 2016, Tomo II, pág. 633. Reg. IUS 2012363

En efecto, si cabe hablar de constitucionalismo transformador en relación a la Corte mexicana, debe advertirse que ello no lo es por el texto original de 1917, sino por distintas reformas posteriores, que progresivamente han cambiado la naturaleza de la Corte a la de un tribunal constitucional (1994), así como de otras más que han consagrado un parámetro de control constitucional similar al de Sudáfrica, como por ejemplo, la reforma de 2011 que sustituye la arcaica concepción de garantías individuales por la más amplia de los derechos humanos o por ejemplo, aquellas que incluyen nuevos derechos, que reivindican exclusiones históricas –los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la cláusula antidiscriminación que identifica categorías sospechosas para su reforzada protección constitucional-. En conjunción, con estos cambios en 2011, la Corte y los Jueces constitucionales en México no pueden evitar verse como órganos contramayoritarios, encargados de tutelar las decisiones transformadoras de la Constitución como "cotos vedados", "ámbitos indecidibles", "contenidos indisponibles" o "cartas de triunfo" que ni los poderes constituidos ni las mayorías legislativas pueden vulnerar. ni dejar de considerar so pena de toparse con una declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial.

Como lo señala Owen Fiss "la función de los Jueces es la de evaluar la realidad práctica a la luz de los valores convertidos en autoritativos por el derecho y después buscar formas para conformar esa realidad en línea con esos valores." Al realizar esta tarea, en mi opinión, no

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> FISS, Owen, *The Law as It Could*, New York University Press, Nueva York, 2003.

puede dejarse de considerar el tipo de constitucionalismo utilizado como parámetro de control.

# 3. SUDÁFRICA Y MÉXICO: DOS CASOS DE SENTENCIAS TRANSFORMADORAS

En lo que sigue analizaré las sentencias de la Corte mexicana desde la perspectiva del constitucionalismo transformador, tomando la aproximación teórica de Christiansen que ahora procedo a explicar.<sup>11</sup>

La propuesta innovadora para aproximarse al constitucionalismo transformador para este autor no es concentrarse, como lo hacen la mayoría de quienes se dedican al derecho constitucional comparado, en evaluar las Constituciones de distintos países para constatar la riqueza de su listado de derechos y la forma en que sus tribunales tratan de aplicar esos derechos a los casos concretos; él considera esto sólo el punto de partida. Su propuesta es tomar como objeto de estudio las reglas que otorgan jurisdicción a los tribunales constitucionales, las relativas al acceso de las partes a esa jurisdicción, las facultades que tienen para diseñar remedios o reparaciones judiciales, así como las reglas relativas a la interpretación que deben realizar. Para él, estos elementos explican de mejor manera la capacidad de la Corte Constitucional de Sudáfrica para avanzar los fines de justicia sustantiva derivados del texto constitucional.

La hipótesis de este autor es que el análisis de estas partes específicas de las sentencias de la Corte Constitucional de Sudáfrica en materia de matrimonio igualitario visibilizan los resortes de su poder transformador para avanzar en la obtención de la igualdad material (estructural).

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> CHRISTIANSEN, E. "Transformative Constitutionalism in South Africa", art. cit.

En lo que sigue, como lo había anticipado, no me propongo destacar las conclusiones de fondo de las sentencias de la Corte mexicana—por ejemplo que existe un derecho constitucional de los homosexuales a no ser excluidos del matrimonio—, sino explorar los presupuestos procesales que rodean esas conclusiones; la forma en que la Corte fue ampliando el acceso de esa minoría a la jurisdicción, los métodos de interpretación desplegados para hacer justiciables daños intangibles y los remedios procesales diseñados para cambiar la realidad práctica en línea con los principios constitucionales.

Según Christiansen, la Corte Constitucional de Sudáfrica no hubiera logrado una transformación si en la base de este diseño institucional no se hubiera dado por sentado su atribución de máximo intérprete de todas las cuestiones constitucionales, incluidas las atinentes a las cuestiones jurisdiccionales.

Lo interesante del caso de Sudáfrica es que la Corte de ese país ha justificado la amplitud de ambos poderes (permitir el acceso a la jurisdicción a personas que tradicionalmente no tendrían derecho y diseñar creativamente las medidas de reparación) en la historia de exclusión de Sudáfrica y la dificultad práctica de traer al conocimiento judicial la mayoría de los casos de injusticia. Por ello ha determinado que su principal deber es la de otorgar remedios efectivos frente a la violación de derechos. No obstante, ello no quiere decir que para esa Corte siempre deba preferirse la intervención judicial por encima de cualquier otra consideración. Muchas veces, para que la actuación judicial sea transformadora, según el mismo autor que he venido citando, el Tribunal Constitucional requiere auto limitarse, siendo el ejemplo más relevante sus criterios de deferencia al legislador demo-

crático para diseñar políticas públicas dentro de una agresiva doctrina de justiciabilidad de los derechos sociales. En mi opinión, esta es la forma en que la objeción contramayoritaria se aborda en ese país, tratando de encontrar un equilibrio entre la intervención judicial y la libertad política de las instituciones representativas para tomar decisiones a nombre de la población, y ello se demuestra en la forma de evolución de las sentencias de esa Corte en materia de matrimonio igualitario.

Al abordar las leyes de matrimonio, el tribunal constitucional emprendió un esfuerzo transformador progresivo en dos fases distintas de intervención judicial. En la primera, la inconstitucionalidad decretada no reclamó la exigencia de respuesta del legislador, mientras que la segunda sí. Su objetivo unificador se puede resumir en lo manifestado por el Juez Albie Sachs en su voto concurrente en el caso *NCGLE v Minister of Justice*, el primer caso que aquí analizaremos, "aunque la Constitución por sí misma no puede destruir el prejuicio homofóbico puede requerir su eliminación de las instituciones públicas que se basan y a su vez perpetúan esos prejuicios." <sup>12</sup>

La forma en que la Corte de ese país abordó el problema fue a través de una línea ascendente de intervención hasta lograr la definitiva transformación de las instituciones públicas que ayudaban a perpetuar los prejuicios en contra de las personas con preferencias homosexuales.

En un principio, en el referido caso *NCGLE* de 1998, la Corte determinó que la negativa legislativa de extender los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales actualizaba una discriminación que atentaba contra su dignidad, por lo que debía considerarse inconsti-

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> 1999 (1) SA 6 (CC).

tucional; sin embargo, los efectos de su sentencia los limitó para imponer una *interpretación conforme de la ley*—aquella técnica de control constitucional que busca encontrar una interpretación compatible con la Constitución de la ley para evitar la expulsión del ordenamiento jurídico del enunciado normativo analizado, prohibiendo cualquier otra interpretación posible—, 13 con lo cual evitó involucrar al legislador a iniciar un nuevo proceso legislativo. Por ello, en la parte final de su ejecutoria, la Corte determinó que el efecto de la concesión vinculaba a los Jueces a leer en el lenguaje de legislación la inclusión necesaria para curar el defecto constitucional.

Sin embargo, esta sentencia, a pesar de lo relevante que fue, no logró vencer la pasividad del proceso político para abordar el estado de cosas discriminatorio en contra de las personas con preferencia homosexual, pues el legislador no consideró necesario adaptar la legislación civil, reservando el debate del matrimonio igualitario a un espacio estrictamente técnico de la Corte con el poder judicial (de interpretación conforme). Así inicia la segunda fase del proceso transformador de la Corte Constitucional sudafricana.

En 2005, al resolver el caso *Fourie & Another v Minister of Home Affairs & Another*, <sup>14</sup> dicho Tribunal reiteró lo que ya no era noticia, que la exclusión de las demandantes (una pareja del mismo sexo) era inconstitucional, por lo que debía otorgárseles la protección judicial. Lo relevante, sin embargo, fue el diseño de la medida de reparación decretada. En lugar de ordenar a los Jueces a leer en la ley la inclu-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> La Suprema Corte en México ha establecido que esta es la primera posibilidad de escrutinio constitucional a explorar. Ver la tesis P. IV/2008 de rubro: "INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN". Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, febrero 2008, pág. 1343. Reg. IUS 170280.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> 2005 (1) SA 524 (CC) at para. 7 (S. Afr.)

sión de los peticionarios para poder solicitar el reconocimiento de su matrimonio, determinó que siendo la ley inconstitucional, debían otorgarse 12 meses al legislador para que arreglara los defectos constitucionales de su legislación –y, por tanto, ordenó la suspensión de su sentencia para el caso concreto judicial hasta en tanto el legislador actuara. Estos efectos claramente más expansivos los justificó la Corte en la suficiencia de la preparación del congreso para revisar y por fin ajustar el diseño general del derecho familiar y en la conclusión de que la mera preservación de la ley antigua –su sola existencia– generaba una discriminación indirecta contra las personas por su preferencia sexual, que ese tribunal no podía tolerar más.

Así, en Fourie, la Corte determinó que la protección de la igualdad era una responsabilidad principalmente legislativa y que había llegado el momento de vincular al Poder Legislativo respectivo a actuar sobre la base de dos principios; el primero, que el legislador no podía seguir negando reconocimiento a la unión de las parejas del mismo sexo y que, al abordar el problema no podía optar por suprimir la institución del matrimonio para todos con el fin de evitar el reconocimiento de este derecho a esa minoría, pues ello no abonaría al ideal de igualdad constitucional; en segundo lugar, advirtió que la reacción legislativa no podía generar una nueva marginalización inconsistente con la Constitución, por ejemplo, mediante la creación de un régimen alterno exclusivo para las parejas homosexuales, adelantando que de ser el caso declararía la ilegitimidad de cualquier régimen de "iguales, pero separados". Para justificar ello, la Corte expresó una frase que, sin duda, caracteriza a una sentencia transformadora en el sentido utilizado en este artículo: "no es viable ignorar el contexto que alguna vez convenientemente permitió la discriminación de un sector de la población. La Corte no puede ser ciega al contexto en que sucede; la igualdad y dignidad requieren consideración de los daños intangibles

como de los tangibles involucrados". 15 Este criterio demuestra la intención de la Corte de oponer al legislador una visión sustantiva (estructural) de la igualdad y de hacerla justiciable mediante la visibilización de daños inmateriales antes exento de revisión judicial.

Como lo afirma Christiansen, la sentencia referida es transformadora por su insistencia en la necesidad de una solución integral para el problema de la discriminación en el matrimonio, la cual no se hubiera podido generar de no ser por el uso creativo y discrecional por parte de la Corte de su poder jurisdiccional para diseñar medidas reparadoras, que provocaran la reacción del legislador. Con esta sentencia, la Corte visibilizó los daños intangibles generados por la inactividad legislativa y reclamó al legislador su responsabilidad para subsanar un problema de igualdad estructural, que los Jueces no hubieran podido igualar ni con todas las sentencias imaginables que impusieran una interpretación conforme.

En mi opinión, esta sentencia de la Corte Constitucional Sudafricana no puede caracterizarse como un cambio de criterio, sino más bien como una decisión de política judicial de ampliar su espectro de intervención judicial para culminar un proceso progresivo de transformación iniciado por el mismo propósito inicial: erradicar las discriminación por razón de preferencia sexual de las instituciones públicas; la culminación de un proceso que debía iniciar necesariamente en una intervención modesta, como es la ofrecida por la interpretación conforme de los códigos civiles. Sin embargo, en este último caso, la Corte consideró que una reiteración de sus precedentes para amparar a las personas en lo individual no avanzaría en los fines de justicia

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Traducción propia, del inglés: "The Court will not be blind to the context in which that happens; equality and dignity require a concern for the intangibles as well as the tangibles involved", párrafo 153 de la referida sentencia.

sustantiva de la Constitución, al ser insuficiente para erradicar los prejuicios sociales. A partir de ese momento, su sentencia debía detonar una discusión política en la sociedad y eso fue lo que el caso *Fourie* logró: hacer reaccionar a las ramas políticas para reparar una condición estructural de desigualdad.

Esto fue posible, hay que reiterarlo, por los amplios poderes de la Corte Constitucional de Sudáfrica para hacer justiciable ante ella litigios constitucionales —que normalmente no llegarían a una instancia de esa naturaleza— y concomitantemente por sus amplios poderes para diseñar discrecionalmente reparaciones judiciales, todo basado en una responsabilidad interpretativa dirigida a desentrañar las exigencias de los principios subyacentes al texto constitucional para permitir a la Constitución cumplir su misión transformadora.

Una vez explorados los casos sudafricanos, podemos analizar las sentencias de la Suprema Corte mexicana, cuyos méritos pueden analizarse desde las dos mismas perspectivas relevantes identificadas por Christiansen, en primer lugar, desde la lógica interna de la pregunta constitucional relativa a la regularidad de las leyes que excluyen a los homosexuales —que es la que clásicamente adoptan los estudiosos del derecho constitucional comparado—, y en segundo lugar, desde la estrategia utilizada por la Suprema Corte mexicana de manera equivalente a la Corte Constitucional de Sudáfrica para lograr a través de sus sentencias un efecto transformador de condiciones estructurales de desigualdad.

Desde la primera perspectiva, la jurisprudencia mexicana puede dividirse en dos momentos a su vez. La primera que transcurre de 1917 a 2011, en la cual, al menos por lo que se refiere a este tema, la Suprema Corte no asume una responsabilidad transformadora, ni siquiera de un genuino tribunal constitucional encargado de proteger

a las minorías "discretas e insulares" del proceso político ordinario. 16 En esta etapa —debemos decirlo— la Corte consideraba que el matrimonio era una figura sumergida en el inmenso océano de la libertad configurativa del legislador, en donde los Jueces no tenían permitido intervenir, sino para garantizar "la exacta aplicación de la ley". Su papel no era erradicar los prejuicios de las instituciones políticas en esa época, sino simplemente garantizar la igualdad formal ante la lev. Su formalismo impidió a la Corte avanzar los principios de justicia sustantiva subvacentes a una Constitución recientemente aprobada bajo postulados indubitablemente transformadoras.

De esta primera etapa destaca la resolución de 1932 del recurso de revisión por la Segunda Sala de la Suprema Corte, interpuesto por Carlos Won Sun contra la legislación civil del estado de Sonora que impedía a las mujeres de esa entidad casarse con hombres de raza china. 17 La Corte confirmó la negativa de amparo, al considerar que

Iclonforme al artículo 130 de la Constitución Federal, el matrimonio es un contrato civil de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades de ese orden, en los términos prevenidos por las leyes. Por tanto, el Estado de Sonora ha tenido plena soberanía para legislar sobre la materia, y en tal virtud, la ley que expidió el Congreso de aquel Estado, prohibiendo el matrimonio de las mujeres mexicanas con individuos de raza china, no es anticonstitucional, ya que tal prohibición no implica una restricción a las garantías individuales, toda vez que el Código Supremo del país da al matrimonio el carácter de contrato civil. Esa prohibición no viene a ser sino un impedimento

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Por utilizar la frase utilizada por la Suprema Corte de Estados Unidos para justificar un escrutinio de las leyes que impusieran desventajas a las minorías en United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938). Para mayor referencia véase H. ELY, John, Democracy and Distrust, Harvard University Press, Harvard, 1981.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ver la tesis aislada civil de rubro: "MATRIMONIO EN SONORA, PROHIBICIONES PARA CONTRAERLO". Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXXVI, pág. 2072. Reg. IUS 362659

más que hay que agregar a los que consigna el Código Civil de Sonora, para celebrar esa unión en el Estado."

La Corte determinó que esa ley que distinguía entre las personas sobre la base de su raza no violaba el principio de igualdad porque no era aplicable únicamente en contra del señor Won Sun, "sino para todos aquellos casos en que se pretendiera contraerse un matrimonio en las circunstancias que ella prohíbe". Como se observa, este tipo de criterios hiperformales legitimaron la preservación del *statu quo* y a negar un poder transformador a la función judicial.

Después de esta etapa, en la segunda mitad del siglo se dieron varias enmiendas constitucionales de gran calado, como se anticipó desde el inicio de este artículo; se reformó el artículo 1o. constitucional para introducir una cláusula antidiscriminación, que desde entonces identifica una serie de "categorías sospechosas", entre las que se incluyó, las preferencias sexuales, cuyo uso desde su inclusión, según la Corte:

debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. Con todo, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.<sup>18</sup>

Asimismo, en la Constitución se sustituyó la decimonónica concepción de las garantías individuales por la de derechos humanos y a

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ver páginas 31 y 32 del amparo en revisión 581/2012.

Con motivo de estos cambios, el 5 de diciembre de 2012, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 581/2012, interpuesto por una pareja homosexual a la que se le negó su petición para contraer matrimonio, con base en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, que establecía que "[e]l 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 este primer caso, la Corte no tuvo que abordar temas procesales relevantes, pues la pareja peticionaria del amparo acudió al juicio luego de recibir la negativa de la autoridad registral, acreditando el interés jurídico clásicamente exigible para acceder al juicio de amparo.

Así, la Corte, sin encontrar obstáculo a su jurisdicción, abordó los méritos del planteamiento de fondo y determinó que, al introducir una clasificación realizada sobre la base de una categoría sospechosa –preferencias sexuales y el sexo–, la ley impugnada debía someterse a evaluación bajo un escrutinio estricto, el cual no superó, ya que aunque la medida legislativa perseguía una finalidad imperiosa, toda vez que el artículo 4o. constitucional impone al legislador la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia, no lograba superar la segunda grada del test, consistente en que la medida esté estrechamente vinculada con esa finalidad, ya que como lo había

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la caracterización que la Corte hace de sí misma como un genuino tribunal constitucional en la jurisprudencia P./J. 98/99 de rubro: "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL". Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, septiembre de 1999, pág. 703. Reg. IUS 193259.

establecido la Corte en un caso previo, <sup>20</sup> la familia que constitucionalmente debía protegerse por la ley no corresponde a "un modelo de familia ideal", que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual, sino aquella que es una realidad social (familias nucleares, monoparentales, extensas o consanguíneas y las homoparentales), considerado lo cual concluyó que la medida legislativa se evidenciaba como abiertamente sub-inclusiva:

porque 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. La distinción es *discriminatoria* porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.<sup>21</sup>

La Corte fue más allá en esta importante sentencia, primera de su tipo, y con un firme sentido transformador aclaró que no podía concluirse en sentido opuesto, ya que "se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del legislador, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. La ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es una consecuencia directa de la prolongada discriminación que ha

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> La acción de inconstitucionalidad 2/2010, por la cual se reconoció la validez de la legislación civil del Distrito Federal que reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ver la tesis 1a. CII/2013 (10a.), derivada del presente asunto, de rubro: "MATRI-MONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN". Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, abril 2013, Tomo I, pág. 964. Reg. IUS 2003311.

Con base en lo anterior, la sentencia de Corte remata su consideración argumentando que "[e]n este sentido, negarle a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran 'ciudadanos de segunda clase'. No existe ninguna justificación racional para darle a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja." En palabras de la Corte "[a]sí, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación: no sólo se priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se les excluye de los beneficios materiales."<sup>23</sup>

En mi opinión, hasta aquí llegarían las consideraciones de la Corte en relación a su criterio de fondo, las cuales muestran una firme convicción de interpretar teleológicamente las normas constitucionales para derivar las implicaciones de sus principios subyacentes, declarando la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, en esta

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Ver la tesis aislada C/2013 derivada de esta resolución, visible en la página 963 del Libro XIX (abril de 2013), Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA QUE DEFINE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO, CONTIENE UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA."

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ver la tesis aislada CIV/2013, derivada de esta ejecutoria, visible en la página 959 del Libro XIX (abril de 2013), Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE ESTA EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO."

parte, debemos separar el criterio de fondo de la muy diversa cuestión, relativa a los efectos de la sentencia o al diseño de la medida reparadora apropiada, siendo esta última la que nos presenta la intensidad el resorte del constitucionalismo transformador escogido por la Corte. Justo es a partir de esta parte que la sentencia discute qué tipo de intervención judicial es idónea para transformar el estatus quo.

Y aquí, la Corte mexicana determinó autolimitarse como la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso *NCGLE vs. Minister of Justice* de 1998, ya que concluyó que no debía vincularse al legislador a modificar su legislación y decidió que "[e]n este caso concreto, la manera más efectiva de *reparar la discriminación normativa* consiste, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es 'perpetuar la especie' y, por otro lado, realizar una interpretación conforme de la expresión 'un solo hombre y una sola mujer' para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre 'dos personas', de tal manera que con dicha interpretación se evita la declaratoria de inconstitucionalidad de esta porción normativa." ( cursivas propias). La Corte reiteró que:

[e]n este orden de ideas, el efecto de la sentencia de amparo no sólo es para que se desaplique a las quejosas en el presente y futuro la porción normativa declarada inconstitucional, sino también para que se les aplique la parte restante del precepto interpretado de conformidad con el principio constitucional de igualdad, de tal suerte que se entienda que "el matrimonio es un contrato civil celebrado entre dos personas para proporcionarse ayuda mutua en la vida". Así, al haberse removido los obstáculos que impedían a la autoridad responsable que aplicó la norma impugnada atender la solicitud para contraer matrimonio formulada por las quejosas, ésta deberá darle trámite.

La decisión de la Suprema Corte mexicana marcó un parteaguas en la jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, al mismo tiempo de afirmar un inmenso poder, la Corte mexicana, como la Sudafricana en un primer momento, se autolimitó al negarse a obligar al legislador a trasformar las condiciones estructurales que ayudan a perpetuar los prejuicios contra los homosexuales. Por así decirlo, la discusión del matrimonio igualitario en ese momento terminó limitándose a una discusión técnica dentro del Poder Judicial sobre la interpretación conforme de códigos civiles en vigor desde tiempos previos a la Constitución de 1917.

Con el tiempo, la intervención de la Corte mexicana, como la propia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, se percibió como insuficiente ante la inactividad del legislador para emitir nueva legislación. Por el juicio de amparo, esta sensación de insuficiencia se basó en dos razones adicionales: 1) para acceder al amparo en México se requiere de un costoso y doloroso proceso, ya que las parejas homosexuales requerían pasar por el trámite humillante de solicitar matrimonio ante las autoridades registrales y resentir una negativa formal; y 2) además de tener que soportar la tardanza normal del trámite del juicio de amparo y sus respectivos recursos, en caso de lograr la concesión del amparo, los efectos sólo los beneficiaban en lo particular a quienes decidieran pasar por ese humillante proceso, preservando la ley en su lugar, con los efectos discriminatorios indiretos e intangibles a los que posteriormente hizo referencia la Corte Constitucional Sudafricana y que, de alguna manera la Primera Sala había detectado.

Con este transfondo llegamos a la segunda de las sentencias relevantes en México. No tuvieron que pasar tantos años como en Sudáfrica para que llegara una sentencia que, de manera más firme, mostrara una intensión de mayor intervención judicial. Apenas con cerca de dos años de distancia, el 23 de abril de 2014, la Primera Sala resolvió

♦

96

el amparo en revisión 152/2013, interpuesto en contra del mismo artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

Lo relevante de este caso, como en *Fourie*, no era determinar si la Corte mexicana reiteraría su criterio. Ello se daba por sentado. Lo relevante fue la discusión que inició la Corte sobre aquellos aspectos sobre los que Christiansen basa el papel transformador de un tribunal constitucional, como por ejemplo, la posibilidad de ampliar su jurisdicción para conocer de casos que tradicionalmente no podrían resolverse por los rezagos materiales e históricos de ciertos grupos vulnerables para acceder a los tribunales y sobre la amplia discrecionalidad para determinar las medidas de reparación de sus decisiones.

La resolución del amparo en revisión 152/2013 es, ante todo, una decisión de política judicial de la Corte mexicana, como Tribunal Constitucional, sobre el umbral de afectación requerido para tener por acreditado el interés legítimo de los peticionarios acceder a los tribunales. Como en otro precedente ya lo había determinado la Corte, "[e]I interés legítimo es el presupuesto procesal establecido en la Constitución para acceder al juicio de amparo, en ausencia del cual los jueces constitucionales se encuentran inhabilitados para someter a revisión jurisdiccional los actos de las autoridades políticas, especialmente, de aquellas elegidas democráticamente."<sup>24</sup>

El caso que ahora comentamos abría el debate porque los peticionarios del amparo eran 39 residentes del estado de Oaxaca que impugnaban el precepto legal por su sola existencia, sin acreditar acto de aplicación, esto es, sin haber sufrido una negativa de la autoridad

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Tesis 1a. CLXXXI/2015 (10a.) de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO. ES NECESARIO ACREDITARLO PARA ACTIVAR EL PODER DE REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LOS PODERES POLÍTICOS". Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, mayo 2015, Tomo I, pág. 447. Reg. IUS 2009199.

familiar para acceder al matrimonio, ya que afirmaron que no era su pretensión contraer matrimonio, sino combatir los efectos de las discriminación indirectos generados por la mera existencia del precepto legal. El Juez de Distrito que conoció en primera instancia del caso declaró improcedente el juicio al no comprobarse un acto de aplicación.

La Corte conoció del caso porque ejerció una facultad discrecional para reasumir competencia. Así, al resolver el recurso de revisión, la Corte mexicana revocó la sentencia de primera instancia y reconoció interés legítimo a los quejosos.

En mi opinión, lo relevante de la sentencia es que al reconocer interés legítimo a los 39 quejosos, la Corte decide tornar justiciable un nuevo universo de daños intangibles de minorías vulnerables previamente ajenos al conocimiento judicial, que podrán repararse en sede de control constitucional.

Para entender la decisión de la Corte es necesario puntualizar brevemente la forma como funciona el amparo contra las leyes. En la jurisprudencia de la Corte se ha determinado que las normas generales se pueden combatir ya sea desde su publicación, cuando genere una afectación relevante con su sola entrada en vigor –denominándolas autoaplicativas— o bien, cuando con motivo de su primer acto de aplicación se genera la afectación por primera vez –denominándolas heteroaplicativas. En palabras de la Corte "[s]i se trata de un contenido normativo incondicionado, la norma es autoaplicativa. Si su contenido está condicionado, se trata de una norma heteroaplicativa."

En el amparo en revisión 152/2013, la Corte reconoció que esta construcción conceptual es netamente formal porque depende de la noción material que se adopte de "daño", de tal forma que lo relevante es la

apreciación judicial del tipo de reclamo planteado en el juicio, la evaluación del caso concreto y de lo apropiado de su discusión en sede judicial.<sup>25</sup> De esta forma reconoce que es probable hacer cognoscibles para el juicio de amparo los daños tangibles como los intangibles.

En México las reglas del matrimonio –reglas técnicas, referidas a los requisitos exigidos para lograr un resultado deseado— se caracterizaban típicamente como leyes heteroaplicativas y su impugnación se podía realizar hasta que existiera un acto de aplicación. Es decir, no se podían impugnar con motivo de su mera existencia o publicación. Por eso las parejas homosexuales debían pasar por un humillante proceso de negativa ante la autoridad registral para alegar violación a su derecho contra la discriminación.

Sin embargo, la Corte precisó que el presente caso actualizaba un caso de excepción a esta doctrina, con motivo del reconocimiento de una afectación "intangible" generada de manera incondicionada por la norma que denominó una afectación "expresiva", contenida en la parte valorativa de la regla. Para ello, la Corte precisó que las leyes transmiten mensajes, referidos a reportar la toma de posición de los representantes populares sobre ciertos debates. En su sentencia, la Corte afirmó que "el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo". Por tanto "es posible afirmar que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también una valorativa", siendo esta última la que ayuda a la construcción de significados sociales.<sup>26</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Ver la tesis aislada 1a. CCLXXXI/2014 (10a.), derivada de esta ejecutoria, de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO Y JURÍDICO. CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS LEYES HETEROAPLICATIVAS Y AUTOAPLICATIVAS EN UNO U OTRO CASO". Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, pág. 148. Reg. IUS 2006963.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ver la tesis 1a. CCLXXXIII/2014 (10a.), de rubro: "INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO CONTRA LEYES. PERMITE IMPUGNAR LA PARTE VALORATIVA DE LAS NORMAS

Con base en lo anterior, la Sala concluyó que "cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos."

Así, la Corte argumenta que "la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño de estigmatización por discriminación."

En su sentencia, me parece, la Corte no sólo asume una gran responsabilidad en la misión transformadora de la Constitución, sino que también de alguna manera reprueba su criterio previo utilizado para resolver el amparo del señor Won Sun a principios del siglo pasado, mediante el cual reconoció la validez de la norma de la legislación del estado de Sonora que prohibía a las mujeres casarse con hombres de raza china; pues en su sentencia se reprocha no haber detectado que "el precepto legal de Sonora contenía un mensaje estigmatizador por discriminatorio para una categoría de personas, por razón de su raza, mediante el cual pretendía reprobar su permanencia y aceptación en la sociedad, así como su posible mezcla con las personas asumidas como de 'raza mexicana' (sic). Las consecuencias de no adaptar al amparo como un medio de control constitucional apto para someter

a escrutinio este tipo de mensajes incluidos en las leyes, independientemente de su parte dispositiva, se observa con el contenido de la tesis transcrita [de la cual se dio cuenta al narrar el caso más arriba], la cual se convierte en un transmisor complaciente de dicho mensaje."

Pareciera que la Corte busca separarse de ese pasado y señalar ahora que no podía mantenerse pasivo, concluyendo que "aunque el artículo impugnado contenga obligaciones asignadas condicionadas a quienes pretendan casarse (contenidos que pueden calificarse como heteroaplicativos, como es la obtención de la autorización de la autoridad para la celebración del contrato), lo relevante es que la norma genera una clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejosos como terceros: la estigmatización por discriminación, la cual es incondicionada", consideración que lo lleva a justificar la procedencia del juicio.

Sin embargo, la Corte intenta dialogar con la objeción contramayoritaria porque en la sentencia determina que la afectación por estigmatización no podía confundirse con una mera oposición ideológica a la ley, que justificara la intervención judicial en todos los casos. En palabras de este Tribunal: "[I]a afectación por estigmatización es una especie de afectación concreta y distinguible de la mera oposición o disidencia ideológica a una ley, generable por un mensaje tachado de discriminatorio por la utilización de una de las categorías sospechosas establecidas en el artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso es destinatario por ser miembro de uno de los grupos vulnerables identificados mediante una de esas categorías. Así, la estigmatización por discriminación no solo depende de las impresiones subjetivas del quejoso, sino de una evaluación impersonal y objetiva del juzgador, lo que se determina mediante la derivación de entendimientos colec-

tivos compartidos, el contexto social en que se desenvuelve y la historia de los símbolos utilizados". <sup>27</sup>

No obstante, ello no quita que esta decisión signifique efectivamente la afirmación de una potestad judicial inédita para conocer de daños intangibles. Tal es la determinación de la Corte que afirma que, en estos casos, el juicio de amparo se puede promover en cualquier momento. En sus palabras:

[e]n el caso de una ley que en su parte valorativa estigmatice por discriminación –por acción o por omisión– ésta perpetúa sus efectos en el tiempo, por su naturaleza, puesto que implica una reiteración por parte de la ley creando así una situación permanente que se lleva a cabo día a día mientras no se subsane la discriminación en la ley. Esta peculiaridad conduce a que, en el supuesto mencionado, el plazo para la interposición de un amparo no pueda computarse a partir de un momento concreto, pues el agravio subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador. Por tanto, se trata de una violación permanente. En virtud de lo anterior, basta con que se demuestre que el mensaje transmitido por la parte valorativa de la norma estigmatiza por discriminación a los quejosos para que no se consume la oportunidad en la interposición del plazo.

Así, la Corte determinó ejercer discrecionalmente sus poderes jurisdiccionales para ampliar el interés legítimo y detectar un daño intangible permanente producido por las leyes, que se perpetúa en el tiempo mientras exista y con ello hacer más accesible el juicio de amparo; pero también ejerció este poder discrecional para diseñar una medida

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Tesis 1a. CCLXXXIV/2014 (10a.), de rubro: "ESTIGMATIZACIÓN LEGAL. REQUISITOS PARA TENER POR ACREDITADO EL INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO INDIRECTO PARA COMBATIR LA PARTE VALORATIVA DE UNA LEY Y EL PLAZO PARA SU PRO-MOCIÓN". Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 8, julio de 2014, Tomo I, pág. 144. Reg. IUS 2006960.

de reparación, pues a través de esta sentencia, determinó que no era admisible imponer una interpretación conforme.

En efecto, como lo había mencionado, una vez que la Corte analizó la regularidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, sus conclusiones no fueron sorpresivas, ya que se limitó a reiterar las consideraciones desarrolladas en al amparo en revisión 581/2012. Lo relevante fue un cambio similar al realizado en el caso *Fourie* de la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el sentido de considerar insuficiente corregir la irregularidad vía interpretativa.

La Primera Sala concluyó que, al tratarse de un mensaje proyectado por la ley en contra de una minoría vulnerable, los efectos de su resolución debían ser distintos. Así, en lugar de integrar el enunciado normativo, la Corte determinó que debía declararse su inconstitucionalidad, ya que "de la misma no se lee que haya sido otra la intención del poder legislativo, sino por el contrario, la intención era limitar la figura del matrimonio a parejas heterosexuales". En sus palabras:

En ese sentido, esta Primera Sala considera que habiendo establecido que es la norma en sí misma la que discrimina a las quejosas y quejosos, y la cual tuvo como origen claro limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar por motivo de preferencia sexual. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por las quejosas y los quejosos. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos.

Así, para la Corte mexicana la interpretación conforme de las leyes no logra eliminar el daño intangible que en primer lugar justificó la procedencia del juicio. En sus palabras: "[s]i se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma."

Como se podrá apreciar en este punto de la exposición, no puede dejarse de encontrar una cierta similitud de propósitos entre esta sentencia y la emitida por la Corte Constitucional Sudafricana en el caso *Fourie*. En ambos casos, la pretensión de la intervención judicial era lograr un efecto transformador. Así, en la parte final de su sentencia, la Primera Sala –evocando a su homólogo africano– precisó "que el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutivos y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente *transformativo y sustantivo*" [énfasis propio]. Con base en ello, la Corte remata:

En ese entendido, la obligación de reparar a los quejosos cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones –discriminación con base en categorías sospechosas— debe no sólo puntualizar la violación

específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1o. constitucional. En ese sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido caracterizado por la Corte Interamericana como *jus cogens*, oponible *erga omnes*.<sup>28</sup>

No obstante, debemos decir que la Corte mexicana no fue más allá, como lo hizo la Corte Constitucional Sudafricana, pues en contraste con el caso *Fourie*, en el AR 152/2013, la Corte mexicana no dio al legislador una plazo para modificar la ley con el efecto de curar el defecto constitucional; sin embargo, en la sentencia sí se vinculó a todas las autoridades del estado de Oaxaca a cumplir con el fallo, logrando un efecto equivalente. En la sentencia se lee:

[l]os efectos del presente amparo vinculan a todas las autoridades del Estado de Oaxaca a tomar en consideración la inconstitucionalidad del mensaje transmitido por el precepto impugnado, por lo cual no podrán utilizarlo como base para negar a los quejosos beneficios o establecer cargas relacionados con la regulación del matrimonio, lo que es un efecto propio de la concesión de un amparo contra leyes, que es la inaplicación futura de la ley. En este orden de ideas, los quejosos no deben ser expuestos al mensaje discriminador de la norma, tanto en el presente como en el futuro.

Finalmente, no puede dejarse pasar otra similitud entre las sentencias de ambos países. Como en el caso *Fourie*, en el AR 152/2013 – siguiendo, a su vez, el AR 581/2012 – la Corte consideró que el legislador no podría reparar la discriminación generada por la ley, creando un régimen

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

distinto, propio para las parejas homosexuales, ya que ello generaría una discriminación indirecta con motivo de un régimen de "separados pero iguales" que debe entenderse contrario al ideal igualitario de la Constitución. En este sentido, la Corte dejó en claro que la reacción legislativa debía ser la inclusión incondicional de las parejas homosexuales a la misma regulación accesible para las parejas heterosexuales, lo que desde otro ángulo, también equivale a una forma de vinculación del poder legislativo.

Así, a partir de la resolución del amparo en revisión 152/2013, la Suprema Corte determinó que, en lo sucesivo, su criterio sería que los enunciados normativos discriminadores contra minorías en razón de su preferencia sexual no podrían corregirse por interpretación conforme porque su subsistencia en las leyes genera por sí mismo un efecto discriminador indirecto incorregible.

Luego de reiterar este criterio en diversos precedentes, la Primera Sala emitió la jurisprudencia 47/2015, vinculante para todos los Jueces del país, con el rubro NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR, en la cual se estableció que: "[c] uando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 10 constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas."<sup>29</sup>

Como había precisado, a diferencia de *Fourie*, la Primera Sala decidió no vincular al legislador a reparar su legislación; sin embargo, sí

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Esta tesis de jurisprudencia 1a./J. 47/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 2, agosto de 2015, Tomo I, pág. 394. Reg. IUS 2009726.

exploró otra forma de dirigirse a él, ya que a través de reiteración de este criterio en otros precedentes, la Primera Sala estuvo en condiciones de emitir una jurisprudencia—de las identificadas como temáticas— que establece que con independencia de la legislación de que se trate (México es una federación donde coexisten legislaciones en materia familiar) cada vez que se encuentre una exclusión de las parejas homosexuales, los Jueces deben declararla inválida, lo que demuestra la inequívoca de generar una transformación social a partir de la función judicial.<sup>30</sup>

No puedo finalizar la descripción de las sentencias de la Corte, sin hacer mención a dos acciones de inconstitucionalidad de suma importancia en el tema resueltas poco después de los referidos asuntos.

Como nota previa cabe decir que la acción de inconstitucionalidad es un juicio de control abstracto—no requiere de la acreditación de una afectación— que sólo puede ser promovida por ciertos sujetos de derecho público, con el fin de preguntar en abstracto a la Corte si ciertas normas generales violan la Constitución, cuyas sentencias, en caso de encontrar la irregularidad de los preceptos impugnados, pueden declarar su invalidez con efectos *erga omnes*. Por tanto, estos juicios otorgan la oportunidad a la Corte de culminar procesos interpretativos transformadores a veces de manera más efectiva que cualquier decisión dictada en un juicio de amparo.

Así, en primer lugar, debe destacarse la acción de inconstitucionalidad 8/2014 resuelta el 11 de agosto de 2015 por el Pleno de la Suprema

<sup>30</sup> Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), de rubro: "MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL". Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, pág. 536. Reg. IUS 2009407

El Pleno determinó que era inconstitucional la ley por resultar discriminatoria, <sup>31</sup> pues, aunque las autoridades deben regular la institución de la adopción de menores sobre la base del interés superior de éstos, "es insostenible la interpretación –implícita o explícita– en el sentido de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados". <sup>32</sup>

Lo interesante de la resolución es que introdujo como objeto de escrutinio constitucional factores estructurales o contextuales de discriminación indirecta anunciados en el amparo en revisión 152/2013. Así, en la parte relevante de la ejecutoria, la Corte precisó que "[l]a determinación de la discriminación indirecta requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa." Por ello:

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Tesis P./J. 14/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. EL ARTÍCULO 19 DE LA LEY REGULATORIA DE SOCIEDADES CIVILES DE CONVIVENCIA DEL ESTADO DE CAMPECHE VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre 2016, Tomo I, pág. 5. Reg. IUS 2012586.

También ver la tesis P. XII/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE SER CONSIDERADO COMO ADOPTANTE CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL ES INCONSTITUCIONAL". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 253. Reg. IUS 2012595.

<sup>32</sup> Tesis P./J. 8/2016 (10a.), de rubro: "ADOPCIÓN. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD SE BASA EN LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES, DENTRO DE LA CUAL SON IRRELEVANTES EL TIPO DE FAMILIA AL QUE AQUÉL SERÁ INTEGRADO, ASÍ COMO LA ORIENTACIÓN SEXUAL O EL ESTADO CIVIL DE ÉSTOS". Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 6. Reg. IUS 2012587.

para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita genera un efecto discriminatorio en una persona [...] es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación, entre los cuales se ubican las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la orientación sexual, la clase o la pertenencia étnica, las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados y las condiciones socio-económicas.

Con base en ello, los Jueces deben analizar "la discriminación estructural", la cual existe "cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada."<sup>33</sup>

En esta resolución, la Corte advierte que "[e]I contexto social adverso que enfrentan las personas pertenecientes a estos grupos puede ser producto de condiciones fácticas de desigualdad —como la carencia de recursos— o de condiciones simbólicas de desigualdad producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado."

En suma, la citada sentencia evidencia la decisión de la Corte de redimensionar sus competencias judiciales para dirigirlas a realizar

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Tesis P. VIII/2016 (10a.), de rubro: "DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE DE UN ESTUDIO SOBRE LA EXISTENCIA DE FACTORES ESTRUCTURALES O CONTEXTUALES". Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 254. Reg. IUS 2012596.

la misión transformadora de la Constitución. Si el papel transformador de una corte constitucional se asocia con sus criterios de justiciabilidad de la desigualdad estructural,34 en mi opinión, el Pleno de la Corte mexicana acepta participar en la construcción de criterios y de este asunto emite la tesis de rubro DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADOS. SU DIFERENCIA, en la cual precisa las condiciones de esta nueva forma de intervención judicial.35

En segundo lugar, debe destacarse la acción de inconstitucionalidad 28/2015, resuelta el 26 de enero de 2016 por el Pleno de la Suprema Corte; juicio interpuesto por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco por la definición que realiza del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, la cual fue encontrada inconstitucional, por discriminatoria. La relevancia del caso radica en que fue la primera ejecutoria aprobada por unanimidad de votos de los integrantes del Pleno y la primera sentencia en este tipo de juicio en declarar la invalidez de la norma con efectos generales.

<sup>34</sup> Véase SABA, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Tesis P. VII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 255. Reg. IUS 2012597, con el siguiente texto: "El parámetro de regularidad constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconoce que esta última ocurre no sólo cuando las normas y prácticas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación -categoría sospechosa-. Esta invocación evidente como causa motivadora de la distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria e injusta corresponde con la idea de discriminación por objeto o discriminación directa; no obstante, la discriminación por resultado o indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Así, la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo en situación de vulnerabilidad, sino también cuando los efectos de su aplicación les genera un daño de discriminación. Esto significa que una ley que, en principio, parezca neutra, podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas. La determinación de la discriminación por resultado requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa".

### 4. El constitucionalismo transformador frente a una objeción cultural típica

Pues bien, en este artículo he tratado de dotar de sentido a la dimensión procesal de las sentencias de la Suprema Corte mexicana en materia de matrimonio igualitario, a partir de la concepción del constitucionalismo transformativo surgido en Sudáfrica para justificar una determinada forma de control constitucional. Cuando menos este artículo pretende visibilizar la relevancia de estas decisiones de política judicial ubicadas a lado de los criterios de fondo, sobre los cuales nos solemos enfocar.

Como lo había anticipado, este tipo de intervención judicial genera resistencias; no todas, desde mi opinión, carentes de méritos. Así, considero que la Corte mexicana debe hacer suya y ofrecer una respuesta a la objeción contramayoritaria cada vez que pasa revisión a las decisiones de las instituciones democráticas, sobre todo, cuando su propósito es el cambio de las condiciones estructurales de la sociedad. Sin embargo, esta objeción lejos de generar una renuncia a al ejercicio de este tipo de poder jurisdiccional, debe invitar a una mayor responsabilidad en su ejercicio.

Sin embargo, lo que sí considero inaceptable es anteponer como crítica una resistencia cultural, incompatible con una Constitución como la mexicana, vigente en 2017, a saber, aquella que apuntala la idea de que los Jueces no deben ejercer poder político a través de sus resoluciones porque la función judicial se debe mantener naturalmente como despolitizada. Heredera de la filosofía clásica del principio de división de poderes, esta objeción defiende que el poder judicial se debe componer de Jueces "inanimados", como un "poder sin voluntad política", o como el poder "menos peligroso" o simplemente "la boca de la ley", limitando la función judicial a una aplicación mecánica

del derecho (cognoscible objetivamente), especialmente cuando se trata de cuestiones procesales, que comúnmente sin más se califican como "técnicas", en los cuales no deben introducirse valoraciones sustantivas. Esto es, la objeción que propone dividir derecho y política a través de una franja infranqueable, que niega a la jurisdicción todo papel en el cambio social.

A un siglo de la promulgación de la sentencia de 1917, me parece impostergable reconocer que controlar la validez de las leyes supone el ejercicio de un poder político, ¿de qué otra forma entender la interpretación de principios tan indeterminados como el debido proceso, la libertad de expresión y el principio de igualdad?; y me parece que, con independencia del tipo de justicia constitucional que consideremos apropiado, no se puede seguir negando que la interpretación constitucional sea una arena racional de debate de filosofías políticas. Como se ha pretendido demostrar en este artículo, este tipo de razonamientos sustantivos también son inevitables al resolver aquellas cuestiones jurisdiccionales marginales al fondo, pero relevantes para precisar el alcance del poder de revisión constitucional, pues a través de ellos se puede legitimar la conservación del *statu quo* o bien, el inicio de su cuestionamiento.

Karl E. Klare documenta cómo esta objeción cultural se alzó contra el poder transformador de la Constitución de Sudáfrica de 1996 <sup>36</sup> y buena parte de sus reflexiones son aplicables a México. En su opinión, el primer obstáculo a la Corte Constitucional fue la cultura jurídica que servía de motor a los procesos interpretativos de los Jueces en la época del *apartheid*. Ante ello, la Corte Constitucional y una nueva generación de constitucionalistas abordaron un reto intelectual

 $<sup>^{\</sup>rm 36}$  Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 S. Afr. J. on Hum. Rts. 146 1998.

formulado de la siguiente manera: un modelo constitucional que busca la transición hacia la democracia ¿no exige una mayor amplitud para la interpretación creativa y la innovación de las normas constitucionales, para promover esos valores constitucionales que se pretenden informen todas las relaciones jurídicas?

En las condiciones posrevolucionarias de Sudáfrica, el referido autor señala la inevitabilidad de una respuesta afirmativa a lo anterior, y cómo su paulatina aceptación en la sociedad sudafricana ha logrado culminar una concepción de ideal del Estado de derecho —the rule of law ideal— que no puede concebirse más como una concepción despolitizada del Derecho, desconectada de la aspiración de desarrollar métodos de control constitucional que contribuyan a un cambio social igualitario.

No obstante, una vez más, ello no quiere decir que los Jueces deban actuar sin restricción institucional alguna, pues, al fin y al cabo, su función es jurisdiccional, por lo que aquella pregunta relevante sobre si los Jueces constitucionales deben ejercer poder político debe sustituirse por la de ¿cómo conciliar la interpretación constitucional con una práctica disciplinada y constreñida por reglas, historia, precedentes e historia, con un sentido transformador? El mencionado autor defiende que esta conciliación es posible y considero que lo mismo podríamos concluir para México.

Por lo pronto, debe concluirse que la distinción política/derecho para limitar el poder de los Jueces debe tomarse como una reducción simplista del control constitucional. De reconocerse un espacio para la política judicial a los Jueces constitucionales, éste en su caso no sólo se apertura y se clausura con la resolución de los problemas de fondo, sino también en las cuestiones vistas históricamente como "técnicas" o procesales. Los juicios de valor de los Jueces no pueden

ser excluidos de sus operaciones jurídicas en el contexto del control constitucional, pues no hay procesos neutrales que determinen la forma de interpretar un principio constitucional, y de esto no se escapan la resolución de problemas procesales. Como lo demuestra la resolución del amparo en revisión 152/2013, una decisión de sobreseimiento puede ofrecer una arena para resolver una tensión de principios constitucionales y los Jueces no pueden pretender ejercer una función mecánica que descubre respuestas únicas y correctas, so pretexto de que se trata de una cuestión "técnica-procesal".

En suma, concluyo este artículo diciendo que la objeción cultural anunciada es inaceptable porque genera la irresponsabilidad política ahí donde no la debe haber. Como lo afirma Karl E. Klare, la negación del poder interpretativo de los Jueces, ante la indeterminación jurídica, los ayuda a descargarse de la responsabilidad de las decisiones que toman y de sus consecuencias sociales, las cuales pueden hacer pasar como netamente técnicas. Esto permite preservar el statu quo sin la carga moral. Lo que el constitucionalismo transformador debe lograr como mínimo es reconocimiento del poder político de los Jueces, aunque sea para rechazarlo. Al ejercer la función judicial, los Jueces necesariamente tienen una responsabilidad en el grado de desigualdad que sufre el país.



# Nosotros el pueblo, ¿ustedes la Corte? La reacción conservadora AL MATRIMONIO IGUALITARIO

Arturo Sotelo Gutiérrez\*

Conservatives could not turn back the clock on the rights revolution. But they could make a rights revolution of their own

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. La Constitución y el Pueblo. 3. Suprema Corte: su función contramayoritaria y matrimonio igualitario. 4. Las reacciones social y política conservadora ante el matrimonio igualitario: el caso del Frente Nacional por la Familia (FNF) y las legislaturas locales.

PALABRAS CLAVE: Suprema Corte, constitucionalismo popular, matrimonio igualitario, conservadores.

#### 1. Introducción

n el año 2000 una mayoría de ciudadanos (61%) aprobó, a través de la figura de referéndum, la Proposición 22, la cual

<sup>\*</sup> Abogado y Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad Autónoma Metropolitana y Maestro en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Agradezco especialmente a Oscar Emmanuel Martínez Ángeles, Fernando Ramírez Ordás, Dulce Miriam Benítez Oropeza y Héctor Miguel Castañeda Quezada, prestadores del servicio social en el Centro de Estudios Constitucionales por su colaboración en la búsqueda y sistematización de la información que se concentra en este capítulo.

reformaba el Código de Familia de California, Estados Unidos. La propuesta planteaba que el matrimonio era sólo aquel celebrado entre un hombre y una mujer. Para el mes de mayo de 2008, la Corte Suprema del estado de California, con una votación de cuatro contra tres, resolvió que las leyes locales que limitaban el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio quedaban invalidadas. A la par que se daba esta decisión, grupos de ciudadanos¹ juntaron firmas para provocar un nuevo referéndum, la llamada Proposición 8.

En noviembre de ese mismo año, a la par de las elecciones donde Barack Obama fue elegido Presidente por primera vez, triunfó la Proposición 8, con un 52.5 % en favor de "eliminar el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse". Para mayo de 2009, la Corte Suprema de California sostiene en un caso (*Strauss vs Horton*) que la limitante al matrimonio en el estado es válida (Quorum VIII, 2014). Ante una nueva demanda, ahora ante un Juez federal, el Gobierno de la ciudad de San Francisco obtiene una decisión que anula la Proposición 8. Después de pasar por una Corte Federal de Apelaciones, el asunto llegó a la Suprema Corte de Estados Unidos, la cual negó en junio de 2013 (con votación cinco contra cuatro) la legitimidad procesal a la orga-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Algunos de los grupos involucrados, según el sitio de noticias XEGA, son: la Conferencia católica de obispos de California, la Coalición para la protección del matrimonio, Iglesia de Jesucristo de los santos de los últimos días y Mujeres concienciadas de América. *Cfr.* Acerca de la 'Proposición 8' del estado de Califonica (EEUU), en XEGA. ORG, 1o. de octubre de 2008, consultado en: http://temp.xega.org/xega/node/2218. Otras fuentes reportan participación importante de mormones, como GARZA ITURBIDE, Roberto, "Gays de California iuníos!", *La Jornada semanal*, 23 de noviembre de 2008, núm 716).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> En la papeleta se colocó dicha leyenda en razón a que el Fiscal encargado de su redacción, Jerry Brown, sostenía la postura contraria a la materia de dicho referéndum. GINES, Pablo J., "La batalla por California: cómo las familias vencieron al pensamiento único", *Fórum Libertas.com Diario Digital*, 7 de noviembre de 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Algunos de los grupos que apoyaron la interposición de los juicios son: Igualdad de California, Liga de mujeres votantes de California y el Partido demócrata de California. (XEGA, 2008).

nización ciudadana ProtectMarriage para impugnar la invalidación de la Propuesta, por lo que definitivamente la modificación a las leves de California fue desechada.<sup>5</sup> Al respecto, el Juez de la Suprema Corte Anthony Kennedy dijo que "la esencia de la democracia es que el derecho de hacer leyes descansa en el pueblo y se desplaza hacia el gobierno, no en el otro sentido... la gente ejerció su propio derecho soberano inherente a gobernarse a sí mismos. La corte hoy frustró esa elección".6

A partir de la narración anterior se advierte la tensión entre quién debe prevalecer, si las decisiones de las mayorías o el control ejercido por la justicia constitucional. Esta misma tensión se replica en otros países como México, donde el debate contramayoritario está presente con el matrimonio igualitario. 7 El presente capítulo tiene la intensión de indagar, en este caso, qué tipo de decisiones por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) son correspondientes a cierto tipo de reacciones sociales y políticas.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> LUZARDO, Hirania, "Proposición 8 de California va no existe: pareias del mismo sexo podrán casarse", The Huffington Post, California, 26 de junio de 2013; y DOLAN, Maura, "California Supreme Court rejects bid to revive Prop. 8", Los Angeles Times, 14 de Agosto de 2013, LAT-Home, Collections, California Supreme Court.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Para junio de 2015, el caso *Obergefell vs Hodges* fue decidido por la Suprema Corte de Estados Unidos en favor de garantizar el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse en cualquier entidad del país. En la decisión del caso en una parte se lee: "La idea de la Constitución era retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política, situarlos fuera del alcance de las mayorías y los funcionarios y establecerlos como principios jurídicos para ser aplicados por los tribunales". West Virginia Bd. De Ed. v. Barnette, 319 U. S. 624, 638 (1943). Por ello, "los derechos fundamentales no pueden someterse a votación. No dependen del resultado de ninguna elección". Ibid. (traducción libre del autor de Obergefell et al.v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al ).

<sup>6</sup> Traducción libre del autor. MEARS, Bill, "Supreme Court dismisses California's Proposition 8 appeal", CNN Politics, 27 de junio 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> En ocasiones se le ha denominado matrimonio gay, matrimonio entre personas del mismo sexo, no obstante, siguiendo las razones de Karla Quintana, la denominación de matrimonio igualitario resulta aquella que incluye todos los supuestos que prevén ese tipo de normas. QUINTANA, Karla, "Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la judicatura", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año I, núm. 1, julio-diciembre 2015.

La estructura de este ensayo consta de tres apartados. El primer apartado aborda los estudios identificados con el *constitucionalismo popular* y sus derivaciones teóricas, que parten de problematizar quién debe tener la última palabra sobre la Constitución y que, en ese sentido, son de utilidad para construir explicaciones sobre fenómenos complejos que implican la actividad de la SCJN, legisladores locales, el Presidente de la República y, por supuesto, movimientos sociales de manera conjunta.

Para poder plantear qué tipo de acciones desplegó la SCJN en este tema, en el segundo apartado se reconstruye un panorama general de su labor contramayoritaria y se analiza la trayectoria de las decisiones relativas al matrimonio igualitario. Dada la complejidad y amplitud del término *pueblo*, en el tercer apartado de este trabajo se realizará un análisis sólo a partir de dos grupos de observables: uno que atienda a la vertiente social, desde donde se analizará el discurso y actividades del Frente Nacional por la Familia (FNF), como un movimiento social que se inscribe del lado de la opinión social mayoritaria y la vertiente política, vista a partir de la actividad legislativa en el tema, de parte de los Congresos Locales de todo el país.

La tesis que se busca sostener en estas páginas es que, desde una aproximación del constitucionalismo popular es explicable que una serie de decisiones contramayoritarias de la SCJN, que argumentativamente son contundentes respecto a la protección jurídica del matrimonio igualitario, en parte causen una reacción social focalizada y reacciones políticas por vía de la resistencia por omisión.

#### 2. La Constitución y el Pueblo

En la segunda mitad del siglo XX se desarrollaron diversas corrientes de pensamiento identificadas con el nombre de constitucionalismo

121

En reacción a estas corrientes surgen las propuestas del llamado Constitucionalismo Popular de autores como Larry Kramer (The People Themselves. Popular Constitucionalism and Judicial Review, 1994) y Mark Tushnet (Taking the Constitution Away from the Courts, 1999). Kramer afirma que nada garantiza la infalibilidad de las Cortes y por tanto debe haber una garantía de que sus decisiones pueden ser controladas por el pueblo. Sostiene que la frase inicial de la Constitución americana, "We the people" ("Nosotros el pueblo") es la garantía para la participación política de la gente para interpretar directamente la Constitución, sin mediadores. Tushnet, por su parte, sostiene que es posible identificar las decisiones del pueblo a partir de sus formas de expresión política, protestas, manifestaciones, campañas de difusión; la supremacía constitucional que detentan las Cortes Constitucionales resulta injustificable.

Kramer y Tushnet, en su calidad de fundadores de esta corriente, dejan dos puntos claros: 1) el poder de interpretar y aplicar la Constitución rebasa a la legitimidad de los Jueces constitucionales y 2) en todo caso le corresponde al pueblo intervenir política y activamente en los conflictos de orden constitucional. Este planteamiento se

<sup>8</sup> ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, Constitucionalismo popular en Latinoamérica, Editorial Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2013.

advierte como el inicial y más extremo de la corriente, a partir de él derivan al menos otros cuatro tipos de expresiones: *constitucionalismo popular mediado*, *progresista*, *democrático* y *contestatario*.

El autor Barry Friedman apoya la versión *mediada* del constitucionalismo popular. Friedman explica con estadísticas que las Cortes Constitucionales en la práctica no son tan contramayoritarias como se piensa. Los Jueces requieren, en lo general, del apoyo del pueblo cuando toman sus decisiones o se arriesgan a represalias (*Court Packing*). El sistema de apoyos al que refiere Friedman consiste en:

el apoyo específico está dado por el acuerdo con políticas particulares, y es una medida acerca de si una persona piensa que una institución está haciendo un buen trabajo en términos de los resultados de las políticas (policy outputs). El apoyo difuso, por otro lado, consiste en una reserva de actitudes favorables de buena voluntad que ayuda a los miembros a aceptar o tolerar resultados a los cuales se oponen o cuyos efectos ven perjudiciales para sus necesidades.<sup>10</sup>

Friedman en otra de sus obras sobre la influencia de la opinión pública en la Suprema Corte americana<sup>11</sup> afirma que el problema está desen-

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> El presidente norteamericano Roosevelt promovió una serie de leyes en el contexto del llamado *New Deal*, sobre salarios, trabajo, pensiones y precios agrícolas. La Corte Suprema invalidó buena parte de dichas medidas. Roosevelt, una vez pasada su reelección y con una amplia mayoría del Partido Demócrata en el Congreso, publicitó un plan de recomposición de la Corte (*Court Packing Plan*), donde buscaba aumentar el número de Jueces para desdibujar el poder de los que hasta ese momento habían bloqueado las políticas del *New Deal*. El presidente Roosevelt llegó a afirmar sobre el tema que la Nación debía actuar para salvar la Constitución de la Corte y a la Corte de sí misma. Al final, dicho aumento de Jueces para hacer a la Corte a modo no se realizó, dado que la Corte Suprema reviró en sus criterios y liberó el camino para las reformas propuestas por el Poder Ejecutivo. FISS, Owen M., "El grado adecuado de independencia", en BURGOS S., Germán (ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Colombia, 2003, pp. 27 y 52.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> FRIEDMAN, Barry, "Constitucionalismo popular medidado", trad. *Revista Jurídica de Palermo*, Octubre, núm. 61, 2005, p. 141.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> FRIEDMAN, Barry, The Will of the People. How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2009.

focado, no es la *dificultad contramayoritaria*<sup>12</sup> sino la tensión entre mayorías y minorías (sociales y políticas) en el que el *judicial review* está llamado a ser el mediador. Friedman sostiene que "nadie realmente quiere una Suprema Corte que simplemente se incline por la opinión mayoritaria", <sup>13</sup> al grado de que ni los perdedores en los juicios pedirán la desaparición de la función contramayoritaria.

La función de la Suprema Corte, desde la visión de Friedman, no es tener la última palabra sobre el significado de la Constitución, sino iniciar un "proceso dialógico de decisión judicial –respuesta popular-re-decisión judicial". <sup>14</sup> Este autor sostiene que el sistema de diálogo funciona si los Jueces resuelven apropiadamente, y funciona mejor cuando los Jueces no lo hacen. En estos procesos, dice el autor, el éxito de ciertos movimientos sociales marcará la pauta de aquello que tendrá que revisarse y, en su caso, reformularse por parte de la Suprema Corte.

Otros autores como Erwin Chemerinsky, con una postura más bien moderada, <sup>15</sup> señalan que las Cortes son útiles y cumplen funciones que en ocasiones ninguna otra institución puede realizar, lo que no es justificación para dejar fuera a la participación popular. Este autor señala que la integración de las Cortes varía en el tiempo y que eso provoca inestabilidad en los criterios, por lo que la intervención democrática puede controlar ese tipo de variaciones.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> FRIEDMAN, B., *The Will of the People. How Public Opinion has Influenced..., op. cit.,* p. 379.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ibidem, p. 381.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> CHEMERINSKY, Erwin, "En defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo populista", en CHEMERINSKY, Erwin y PARKER, Richard D., *Constitucionalismo popular*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar-Colombia, 2011, pp. 61-72.

Por su parte, Richard Parker señala que existe un rechazo injustificado a la intervención del pueblo en las Cortes Constitucionales por dos razones: 1) fetichismo del texto constitucional, 2) desprecio a las mayorías. 16 La propuesta de este autor es que las élites deben aprender a procesar la energía política proveniente de las inconformidades sociales generadas por las decisiones constitucionales.

Bajo esa misma línea continúan Robert Post y Reva Siegel, quienes son defensores de un constitucionalismo *democrático*. Estos autores señalan que las leyes no necesariamente reflejan el pensar de las mayorías, en razón a una crisis de representación política en Latinoamérica. Los autores afirman que ningún progresista consentiría vivir en donde el "nosotros el pueblo" se refiera sólo al criterio de los Jueces constitucionales.<sup>17</sup>

A partir de dos casos resueltos por la Corte americana, Post y Siegel sostienen que existen al menos dos formas de procesar los reclamos ante las decisiones de las Cortes. Se trata de las sentencias *Roe vs Wade*<sup>18</sup> y *Planned Parenthood of Southeastern Pensnsylvania vs Casey*. <sup>19</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> PARKER, Richard, "'Aquí el pueblo gobierna': un manifiesto populista constitucional", ibidem.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013, p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> En 1973 la Corte de Estados Unidos decidió autorizar el aborto en razón de la protección del derecho a la privacidad de las mujeres. La resolución estableció un esquema dividido en trimestres, en los que se tutelan los principios de salud y la vida prenatal. SIEGEL, Reva B., "La constitucionalizarían del aborto", en Cook, Rebecca J., Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M. (eds.), El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias, FCE, México, 2016, p. 39.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> El caso, resuelto en 1992, planteaba la revisión de la ley de Pensilvania que requería que las mujeres recibieran información persuasiva de los procedimientos abortivos, que la mujer que pretendiera abortar notificara a su cónyuge, y en el caso de las menores de edad que tuvieran autorización de sus padres. La Corte norteamericana utilizó el concepto de "carga indebida" para rechazar todos aquellos requisitos

Los autores sostienen que la primera de estas sentencias generó una reacción política (polítical backlash) de furia contra ese fallo, "Roe declaró un ganador en uno de los debates más difíciles y divisorios dentro del derecho público en la historia estadounidense... no sólo vigorizó el movimiento próvida y aceleró la integración del sectarismo religiosos en la política estadounidense, sino que también radicalizó a muchos tradicionalistas". <sup>20</sup> La Corte Suprema no supo generar un acuerdo político con la sentencia al pretender acelerar un cambio social. <sup>21</sup> Los opositores a la sentencia comenzaron a organizarse, de forma lenta, pero en una década comenzaron a incidir, por ejemplo, en la designación de Jueces de la Suprema Corte estadounidense.

Por otra parte, la sentencia del caso *Casey*,<sup>22</sup> que versa sobre la invalidez de la obligación de notificar a los hombres la decisión de las

que fueran impedimentos reales, dejando cierto margen de actuación a la administración para actuar con otro tipo de estrategias disuasivas. Ibidem, p. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> POST, R. v SIEGEL, R., *Constitucionalismo democrático...*, op.cit., p. 73

<sup>21</sup> Luis Roberto Barroso afirma que "las supremas cortes desempeñan, ocasionalmente, el papel de vanguardia iluminista, encargada de empujar la historia cuando ella se atasca. Se trata de una competencia peligrosa, que debe ser ejercida con gran parsimonia, por el riesgo democrático que representa..." en BARROSO, Luís Roberto, "La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales", en GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO, Roberto (coords.), Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet, IIJ-UNAM-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 155. Este autor resalta el papel que en su momento representaron fallos como Brown vs. Board of Education, en Estados Unidos; el caso BverfGe de Alemania que prohibió la negación del holocausto o, en Brasil, la ADPF número 132 sobre el reconocimiento de uniones homosexuales.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Las expectativas que generó este regreso de los temas de aborto a la Corte Suprema estadounidense ejerció presión política sobre los Jueces encargados de la decisión. Según narra Friedman, los Jueces O ´Connor, Kennedy y Souter manifestaron que en razón al precedente de oposición social en contra del fallo Roe, la Corte debería "fundamentar verdaderamente [la sentencia] en principios, y no en compromisos con las presiones sociales y políticas", en FRIEDMAN, B., *The Will of the People, op. cit.* p. 380. Por otra parte, la postura del Juez Scalia reniega de compromiso con el consenso social y se ciñe a que su función es de determinación objetiva de la ley. Ambas posturas se tocan en algún punto, no obstante la primera es consciente del contexto social de la decisión del caso y sus posibles consecuencias mientras que la otra opta por un aislamiento juridicista.

mujeres a interrumpir su embarazo, resultó en un instrumento conciliador ya que no sólo descartó por inconstitucional ese procedimiento de notificación (ratificando de alguna forma el criterio de *Roe vs Wade*), sino que le recordó al gobierno que aún conserva sus facultades para brindar información a la población y a las mujeres para no optar por un aborto. Post y Siegel sostienen que el desacuerdo social y la justicia constitucional no son incompatibles, según los autores el constitucionalismo, es una conjunción de la política con lo jurídico.

Una última variante la representa David Peña Rangel, quien propone un modelo de constitucionalismo popular *contestatario*. Desde esta variante se niega que las cortes constitucionales, bajo el argumento de supremacía, tengan la última palabra. Las discusiones posteriores a las sentencias son valiosas y deben ser tomadas en consideración. Esto demanda de los Jueces constitucionales una mayor responsabilidad ya que se verán sometidos al escrutinio público mediante expresiones ciudadanas (protestas, uso de medios de comunicación, cartas e inicio de procedimientos alternos como las comisiones de derechos humanos).

Una reflexión sobre el constitucionalismo, a partir de la premisa de que la supremacía constitucional es propia de la Constitución y no de sus intérpretes oficiales, tiene al menos dos puntos destacables: 1) reivindicación política de la justicia constitucional y 2) las implicaciones argumentativas del constitucionalismo popular.

Desde estos enfoques es posible reivindicar una doble cara de la justicia constitucional: lo que concierne a su relación con los otros

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> PEÑA RANGEL, David, "Constitucionalismo popular contestatario", *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, pp. 225-243.

poderes públicos (vertiente política), por ejemplo conducir al poder legislativo a expedir de nuevo una ley por haberla encontrado inconstitucional, y lo relativo a su relación con la ciudadanía (vertiente social), con fórmulas como el apoyo popular (difuso o específico) hacia las Cortes, para poder invalidar una norma jurídica expedida por legisladores elegidos a través de elecciones. Es a partir de esta caracterización que el constitucionalismo popular aporta al análisis de casos, en los que se ponga en acción, la facultad contramayoritaria de una Corte Constitucional.

El uso de algunas de las categorías teóricas de estos autores para un análisis empírico, que se pretende aplicar a una geografía distinta a la de sus principales exponentes, presenta el reto de extraer la lógica que subyace a cada uno de los conceptos y ubicar sus posibles equivalencias en el análisis que a continuación se presenta.

## 3. Suprema Corte: su función contramayoritaria y matrimonio igualitario

La facultad de control constitucional de la SCJN que será abordada en este capítulo se presenta en dos vías: acción de inconstitucionalidad (AI) y juicio de amparo. La primera de ellas con características de control abstracto, centralizado y *a posteriori*, esto quiere decir que la materia de estos juicios puede invalidar una ley con efectos para todos (*erga onmes*). Este control sólo lo ejerce la Corte y es posterior a la entrada en vigencia de una norma.

Por otra parte, aunque los juicios de amparo son un control descentralizado, concreto y *a posteriori*, es posible que la Corte conozca de ellos mediante mecanismos de reasunción de competencia o facultad

de atracción.<sup>24</sup> Los efectos de los juicios de amparo sólo afectan a las personas que interpusieron el amparo (*inter partes*).<sup>25</sup>

Cualquiera de las dos formas (Al o juicio de amparo) es la puerta de entrada para el ejercicio del poder contramayoritario. Este término refiere a la posibilidad que tienen los Jueces (cuyo nombramiento no es mediante elección popular) de suprimir la aplicación de leyes expedidas por el Poder Legislativo (elegidos por sufragio directo). Los Jueces con esta facultad pueden ir en contra de lo que "las mayorías" han decidido, sea el caso de mayorías legislativas, pero también de mayorías sociales.

En este apartado se apuntarán tres grupos de datos cuantitativos, sobre: 1) la función contramayoritaria de la SCJN, 2) la percepción de la opinión pública al respecto del desempeño de la SCJN en general, y sobre 3) la aprobación/desaprobación social del matrimonio igualitario y la adopción<sup>26</sup> por parejas del mismo sexo. En la segunda parte de esta sección, desde un acercamiento más cualitativo, se recons-

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> La relación entre estos dos términos (reasunción de competencia o facultad de atracción) es de una categoría principal con una residual: para todo aquello que la Constitución o la ley de amparo contemplen como competencia de la SCJN se entenderá como su competencia originaria y por tanto los asuntos que quieran analizar los Ministros los pueden conocer a través de la figura de reasunción de competencia. Por el contrario, todos aquellos casos que no son de competencia originaria de la SCJN podrán ser conocidos por ésta mediante la facultad de atracción. La Segunda Sala ha emitido jurisprudencia en la que aclara la especificidad de ambas figuras: Tesis: 2a./J. 33/2012 (10a.), del rubro FACULTAD DE ATRACCIÓN. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO DEBE EJERCERLA PARA CONOCER DE ASUNTOS DE SU COMPETENCIA ORIGINARIA SINO, EN SU CASO, REASUMIR ÉSTA, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, pág.1033, Reg. IUS 2000579.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> RÍOS FIGUEROA, Julio, "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", en HELMKE, Gretchen y RÍOS FIGUEROA, Julio (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, SCJN, México, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> La materia de adopción se retoma en este apartado en razón a que el derecho a ser considerado en igualdad como adoptante de las parejas del mismo sexo se enlaza, según los criterios de la SCJN, inseparablemente con el reconocimiento al matrimonio igualitario.

truye la génesis argumentativa que la SCJN ha tomado en sus decisiones sobre estos temas.

Desde un parámetro cuantitativo puede saberse que la Suprema Corte mantiene un ejercicio contramayoritario *activo*, en relación al número de casos que conoce. Un ejemplo es el sentido de las resoluciones en materia de los juicios de Al. De 1995 a 2014, el sistema de información oficial @lex (2017) reporta que, de 801 sentencias contempladas, el 39% tiene el sentido de invalidez, es decir casi cuatro de cada diez juicios de Al invalidan las normas que se impugnan. No obstante, las materias sobre las que tratan estas Al son: electoral (42%), fiscal (33%), administrativo (12%), penal (6%) derechos humanos (2%), y la categoría "otros" (5%), en la cual se engloban las materias laboral, civil, seguridad social, notarial, seguridad pública, familiar, mercantil y ambiental. Aún sumadas las materias que abordo en el presente capítulo (familiar y de derechos humanos) no tienen un porcentaje significativo respecto al total.

En el ámbito de la aprobación social, cada decisión de la SCJN tiene su propio peso. Según datos de Parametría (2016), las variaciones en la aprobación y desaprobación no tienen una tendencia clara en los últimos diez años, sino que se enfatizan en ciertos casos para después estabilizarse (el promedio de *aprobación* es de 30.04%, mientras que el de *desaprobación* es de 34.69%). Los casos reportados con mayor variación son los casos negativos: la despenalización del aborto en la Ciudad de México (48% de desaprobación) y la liberación de la ciudadana francesa Florence Cassez (47% de desaprobación).

En ese sentido, el diagnóstico de Barry Friedman, sobre que las Cortes Constitucionales no son tan contramayoritarias como se piensa, es aplicable a México. Si se deja de tener en consideración tanto la materia electoral, que implica —en la mayor parte de los casos—, partidos políticos llevando a juicios de Al prerrogativas económicas, como la materia fiscal que implica sobre todo juicios de la Federación contra impuestos locales, la proporción de Al resueltas sobre las otras materias será sólo del 25%. Por otra parte, en cuanto a la percepción de la ciudadanía sobre la labor de la SCJN, la *desaprobación específica* (casos de aborto y Cassez) es notoria sólo en algunos casos, en tanto que en dupla *aprobación / desaprobación* del tipo *difusa* se mantienen sin tanta variación.<sup>27</sup>

Sobre el caso del matrimonio igualitario en México, en el siguiente cuadro se muestra un par de resultados de encuestas que preguntan sobre el matrimonio y la adopción entre parejas del mismo sexo. El resultado apoya la tesis de que las decisiones de la SCJN en estos casos son un ejemplo claro de control contramayoritario:

Cuadro 1. Matrimonio y adopción en la opinión pública

Encuestador	A favor	En contra
Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública (CESOP) (2016)	Matrimonio: 41 % Adopción: 27 %	Matrimonio: 59 % Adopción: 68 %
Parametría (2016)	Matrimonio: 36 % Adopción: 24 %	Matrimonio: 59 % Adopción: 72 %

<sup>\*</sup>Fuente: elaboración propia con datos de CESOP y Parametría 2016.

<sup>\*\*</sup>Los porcentajes suman 100 si se consideran las respuestas de "no sabe/no contesta".

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Parametría (2016) presenta el resultado de 42 encuestas realizadas entre enero de 2006 y enero de 2015, en las que preguntaron: "En general, ¿usted aprueba o desaprueba la forma en que los Ministros de la Suprema Corte de Justicia realizan su trabajo?" En dichas encuestas, como ya se dijo, el promedio de *aprobación* es de 30.04% y el de *desaprobación* es de 34.69%. A partir de esos datos se obtuvo la desviación estándar (promedio de qué tanto se alejan de la media los porcentajes en las 42 encuestas): de la aprobación (6.45) y la desaprobación (8.17).

así como las variaciones en aprobación/desaprobación de la opinión pública, es momento de exponer qué ha hecho la Corte en materia de matrimonio igualitario en los últimos años. Los textos académicos producidos en esta materia refieren a una consolidación de la Corte como actor político relevante en casos polémicos como la interrupción del embarazo, el derecho a la identidad sexual y, por supuesto, el matrimonio entre personas del mismo sexo;<sup>28</sup> o en derecho comparado, dan cuenta de la forma en que México,<sup>29</sup> a partir de las decisiones judiciales, se ha posicionado en cierta tendencia internacional.<sup>30</sup> Este apartado busca sumarse a estos esfuerzos de comprensión de las decisiones de la Corte al sintetizar y mostrar una travectoria de las siguientes decisiones:

A partir del panorama sobre el ejercicio contramayoritario de la SCJN,

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> MADRAZO, Alejandro y VELA Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", Texas Law Review, vol. 7, núm. 89, 2011, pp. 1963-04

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Cfr. BUSTILLOS, Julio, "Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 4, núm. 132, septiembrediciembre 2011 y DIEZ, Jordi, The Politics of Gay Marriage in Latin America. Argentina, Chile and México, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

<sup>30</sup> Otra vertiente de trabajos, a partir de argumentos analíticos, desacredita las decisiones de la SCJN y coincide en señalar los efectos negativos posibles. Cfr. TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver", Revista de Derecho Privado, edición especial, 2012, pp. 311-326. Véase también BARROSO FIGUEROA, José, "La adopción efectuada por matrimonio homosexual", Revista Cultura Jurídica, núm. 2, abril-junio 2011; VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, El matrimonio y la Suprema Corte, Porrúa-Universidad-Panamericana, México, 2012.

Cuadro 2. Decisiones de la SCJN sobre matrimonio igualitario<sup>31</sup>

Instancia	Juicio	Fecha de resolución	Normas	Criterio (C) y efectos (E)	Aprobación (+) Desaprobación (-)
Pleno	AI 2/2010	16/08/2010	Art. 146 y 391 del CC, <sup>32</sup> Distrito Federal / CDMX	C: Libertad configurativa de las Entidades Federativas y la protección constitucional a to- dos los tipos de familias (igual- dad) E: la norma es constitucional.	(+)39 (-)36
1ra Sala	AR 581/2012	5/12/2012	Art. 143 CC, Oaxaca	C: Igualdad y no discrimina- ción. E: Eliminación de la finalidad de la institución matrimonial ("perpetuación de la especie") e interpretación conforme del sexo de los contrayentes ("un solo hombre y una sola mujer").	(+)30 (-)27
1ra Sala	AR 457/2012	5/12/2012	Art. 143 CC, Oaxaca	C: Igualdad, no discrimina- ción, libre desarrollo de la per- sonalidad y derecho a la iden- tidad. E: Eliminación de la finalidad de la institución matrimonial e interpretación conforme del sexo de los contrayentes.	(+)30 (-)27
1ra Sala	AR 567/2012	5/12/2012	Art. 143 CC, Oaxaca	C: Igualdad, no discrimina- ción, libre desarrollo de la per- sonalidad y derecho a la iden- tidad. E: Eliminación de la finalidad de la institución matrimonial e interpretación conforme del sexo de los contrayentes.	(+)30 (-)27
1ra Sala	AR 152/2013	23/4/2013	Art. 143 CC, Oaxaca	C: Igualdad, no discrimina- ción, discurso de odio (mensaje de la legislación a efecto de la procedencia). E: Eliminación de la finalidad de la institución matrimonial y del sexo de los contrayentes.	(+)29 (-)43

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> La Segunda Sala de la SCJN ha resuelto un par de juicios en los que reproduce el esquema de respeto a la igualdad y no discriminación de las personas unidas en matrimonio sin importar su sexo. Dichos casos no forman parte del estudio en razón a que impugnan normas de carácter administrativo federal en contrario a las normas locales de derecho familiar. Los juicios pueden consultarse con los números AR 485/2013 y AR 710/2016.

<sup>32</sup> Código Civil.

1ra Sala	AR 615/2013	4/6/2014	Art. 147 Constitución de Colima y 102 del CC	C: Igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad. E: Eliminación de "un solo hombre y una sola mujer que se unen para perpetuar la especie" de la Constitución y el C.C. (Constitución reformada el 3/8/2013 para crear matrimonio y enlace conyugal).	(+)31 (-)38
1ra Sala	AR 122/2014	25/6/2014	Art. 7 Constitución de Baja California y Art. 143 y 144 CC	C: Igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la identidad. E: Eliminación de las referencias al sexo de los contrayentes y a la finalidad de la institución matrimonial (la constitución local se reformó en tres ocasiones: 24/5/2011, 10/4/2015 y 6/1/2017.	(+)31 (-)38
1ra Sala	AR 263/2014	24/9/2014	Art. 40 y 165 del C de Familia de Sinaloa	C: Igualdad, no discrimina- ción, (mensaje de la legis- lación, a efecto de proceden- cia). E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las personas en matrimonio y concubinato.	(+)27 (-)44
1ra Sala	AR 591/2014	25/2/2015	Art. 4.1 Bis del CC del Estado de México	C: Igualdad, no discrimina- ción, libre desarrollo de la per- sonalidad y derecho a la iden- tidad. E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las personas en matrimonio.	Sin dato
1ra Sala	AR 704/2014	18/3/2015	Art 147 Constitución de Colima y diversos Art. del CC y CPC <sup>33</sup>	C: Igualdad, no discriminación (contra el criterio "separados pero iguales") E: Declarada inconstitucional la reforma a la Constitución local (6/6/2013 para incluir matrimonio y enlace conyugal) y las normas del CC y CPC.	Sin dato

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Código de Procedimientos Civiles.

1ra Sala	AR 735/2014	18/3/2015	Art 147 Cons- titución de Colima y diversos Art. del CC y CPC	C: Igualdad, no discriminación (contra el criterio "separados pero iguales") E: Declarada inconstitucional E: Declarada inconstitucional la reforma a la Constitución local (6/6/2013 para incluir matrimonio y enlace conyugal) y las normas del CC y CPC. Posterior reforma del 25/5/2016 para incluir matrimonios igualitarios.	Sin dato
1ra Sala	AR 483/2104	15/4/2015	Art. 40 y 165 C. de Familia, Sinaloa	C: Igualdad, no discrimina- ción, y al libre desarrollo de la personalidad. E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las personas en matrimonio y concubinato.	Sin dato
1ra Sala	155/2015	27/5/2015	Art 147 CC, Nuevo León	C: Igualdad y no discrimina- ción E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las contrayen- tes (matrimonio) y a la finali- dad de la institución matrimonial.	Sin dato
Pleno	AI 8/2014	11/8/2015	Art. 19 Ley Sociedades Civiles de Convivencia Campeche	C: Interés superior del menor, igualdad y no discriminación E: Eliminación de limitante de los convivientes para realizar adopciones.	Sin dato
Pleno	AI 28/2015	26/1/2016	Art 260 CC, Jalisco	C: Igualdad y no discrimina- ción E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las personas en matrimonio (El código fue re- formado el 5/3/2015 para au- mentar la edad legal para ca- sarse)	Sin dato
1ra Sala	AR 1127/2015	17/2/2016	Art 291 Bis CC, Nuevo León	C: Igualdad y no discrimina- ción (protección integral de las familias) E: Eliminación de las referen- cias al sexo de las personas en el concubinato.	Sin dato
1ra Sala	AR 706/2015	1/8/2016	Art 134 y 135 CC, Chihuahua	C: Igualdad y no discrimina- ción (análisis de las posibilida- des reparadoras del amparo) E: Eliminación de las referen- cias al sexo de los contrayen- tes y a la finalidad de la institu- ción matrimonial.	Sin dato

		1			
1ra Sala	AR 1266/2015	28/9/2016	Art 147 y 291 Bis CC, Nuevo León	C: Sin dato (no hay engrose) E: Eliminación de las referencias al sexo de las personas en el concubinato y matrimonio.	Sin dato
1ra Sala	AR 207/2016	28/9/2016	Art 8, 11 y 13 Ley para la Familia Hidalgo	C: Sin dato (no hay engrose) E: Eliminación de las referencias al sexo de las personas en el concubinato y matrimonio.	Sin dato
1ra Sala	AR 582/2016	28/9/2016	Art 144, 145, 298 CC, Chiapas	C: Sin dato (no hay engrose) E: Eliminación de las referencias al sexo de las personas en el concubinato y matrimonio.	Sin dato
1ra Sala	AR 630/2016	1/3/2017	Art 147 y 291 Bis CC, Nuevo León	C: Sin dato (no hay engrose) E: Eliminación de las referencias al sexo de las personas en el concubinato y matrimonio.	Sin dato

<sup>\*</sup>Fuente: elaboración propia con datos de www.scjn.gob.mx y Parametría, 2016.

En el cuadro 2 se observan los datos de identificación de los juicios, el criterio utilizado para resolver y los efectos jurídicos de esas decisiones. Adicionalmente, el cuadro muestra los porcentajes de aprobación y desaprobación general de la SCJN que corresponden a los meses de emisión de las sentencias. Resalta el criterio del AR 153/2013 con una desaprobación del 43% que se sitúa en uno de los picos más altos en los últimos diez años. Esta decisión sobre Oaxaca fue la primera sentencia que declaró inconstitucional la porción normativa de "un solo hombre y una sola mujer", por tanto la cobertura mediática fue excepcional.

A partir del cuadro 2 también es posible observar la génesis argumentativa de la SCJN en estas materias. Comenzó con una lógica de facultado para incluir, luego prohibido discriminar, para terminar con obligatorio legislar para incluir. La primera sentencia, Al 2/2010, tiene su centro en sostener que las entidades federativas están facultadas para aprobar reformas a la legislación civil sobre del matrimonio igualitario. En este mismo caso la Corte asentó un criterio sobre que la Constitución protege a todos los tipos de familias, sin importar el

sexo de las personas que lo conformaran, porque se trata de "lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromisos mutuos de quienes desean tener una vida en común".

En la escala hacia la *prohibición de discriminar* la SCJN fue subiendo de intensidad. En los amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012, todos relativos al estado de Oaxaca, el criterio empleado fue decir que estaba prohibido ceñir el fin de la familia a la procreación y, por otra parte, sostuvo que existe una interpretación conforme de la legislación en la que cuando se dice quiénes se pueden casar y diga "un hombre y una mujer", debe entenderse que se habla de personas sin hacer referencia a su sexo.

El segundo momento de la prohibición también de Oaxaca, se da en el caso del AR 152/2013,<sup>34</sup> en el que se declaró inconstitucional tanto el fin (exclusivo) de la familia vinculado a la reproducción, así como la referencia al sexo de las personas para contraer matrimonio. Esto es, la legislación en materia de familia tiene *prohibido* hacer referencia a estos dos puntos: a la finalidad cerrada de familia y al sexo de las personas en el matrimonio. En esta misma escala se encuentran los casos de Colima (AR 615/2013), Baja California (AR122/2014), Nuevo León (AR 155/2015), Sinaloa (AR 263/2014), Jalisco (Al 28/2015) y Chihuahua (AR 706/2015). En este mismo criterio de la prohibición, pero en su vertiente *extendida*, se encuentran los casos de Sinaloa (AR 484/2014), Nuevo León (AR 1127/2015, 1266/2015 y 630/2016), Hidalgo (AR 207/2016) y Chiapas (AR 582/2016) que

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Este juicio fue resuelto a partir de un criterio novedoso para la SCJN y, en general, para la procedencia del juicio de amparo en contra de normas autoaplicativas impugnadas a través de la figura de interés legítimo fuera de los plazos convencionales de 15 y 30 días. Para mayor referencia ver el capítulo III de esta obra a cargo de David García Sarubbi.

abarcan la eliminación a las referencias al sexo de los contrayentes en matrimonio y de las personas que constituyen el concubinato.<sup>35</sup>

En el último grado en la escala, obligatorio legislar para incluir, se ubican los casos de Colima (AR 735/2014 y 704/2014) y Campeche (Al 8/2014). En el caso de Campeche se aprobó la figura de los convivientes, los cuales tienen similares derechos y obligaciones a las personas unidas en matrimonio, exceptuando el derecho a adoptar en pareja (o individualmente), a lo que la Corte respondió diciendo que esa forma mediante la cual se pretendía dar protección a personas unidas del mismo sexo resulta discriminatoria. Así mismo fue en el segundo caso, con la figura de *enlace conyugal* aprobada por la legislatura local de Colima, al estimar que es inconstitucional que se pretenda proteger a las personas a través de una figura distinta a la del matrimonio aunque se tengan el mismo catálogo de derechos, bajo la doctrina traída de la tradición norteamericana de la negación del "separados pero iguales". En ambos juicios, la SCJN sostiene que la protección que se pretenda brindar por parte de las legislaturas locales es obligatoriamente a través de la institución del matrimonio.

Contrario a lo que afirma Steven Teles para el caso de la Corte norteamericana sobre la autonomía de la agenda de las Cortes, en la temática abordada, 18 de los 21 juicios (ver cuadro 1) fueron juicios de amparos en revisión, lo que quiere decir que fue a través de mecanismos como la facultad de atracción que los juicios llegaron a la SCJN.

<sup>35</sup> Este criterio conformó una jurisprudencia temática en la que se involucró a las leyes de cualquier entidad federativa: Tesis: 1a,/J. 43/2015 (10a.) del rubro: MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL. Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, pág. 536, Reg. IUS 2009407.

Es decir, en buena medida, los Ministros buscaron resolver ese tipo de juicios, conformando su propia agenda.

A partir de los casos presentados en el cuadro 2, en la medida en que las compatibilidades del sistema judicial colombiano lo permiten, se retoma la propuesta de Diego Eduardo López Medina sobre el análisis dinámico de precedentes. En la obra titulada *El derecho de los Jueces* el autor plantea que "la lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incomprensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial."<sup>36</sup>

Este esquema de análisis dinámico propone que a partir de una pregunta (o problema jurídico) es posible ubicar en un mismo plano las sentencias a partir de dos respuestas contrapuestas en cada extremo del plano (izquierda o derecha), y se colocan de arriba hacia abajo en orden cronológico. Dependiendo de las posiciones que éstas tengan en el plano es posible diferenciarlas en aquellas que fundan, consolidan, modifican o, que en su caso, son ubicadas como hito (leading case).

El problema jurídico planteado para el caso en análisis fue sobre si la protección constitucional de las personas homosexuales ante la figura jurídica del matrimonio ha sido amplia o restringida. A su vez los parámetros que sirvieron para ubicar cada sentencia en el plano fueron determinados a partir del número de derechos involucrados en forma de precedentes en las sentencias (tesis y jurisprudencias citadas) y

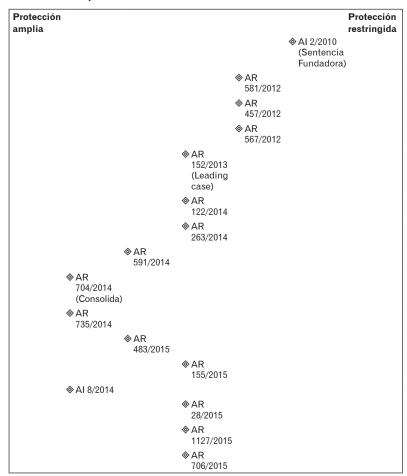
<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> La propuesta de López se inscribe en la discusión sobre si la actividad jurisdiccional es fuente del derecho. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2006, p. 139. Como una introducción al tema se recomienda consultar la obra de AGUILÓ, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Editorial Ariel, España, 2000.

◈

139

los efectos de las sentencias. A continuación se presenta la línea sobre matrimonio igualitario:

Cuadro 3. Análisis dinámico de las sentencias ¿Qué tipo de protección da la Constitución a las personas homosexuales en relación al matrimonio?



Fuente: elaboración propia.

La sentencia *fundadora* es la que habla por primera vez sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, menciona solamente el

principio de igualdad para sostener que la Constitución protege a todos los tipos de familias. La sentencia ubicada como *leading case* es la que contempla por primera vez el efecto de la inconstitucionalidad ante la procreación como fin del matrimonio y la porción limitante de "entre un solo hombre y una sola mujer", ubicándose como la sentencia más importante de la línea, en razón de que todas las sentencias posteriores contemplan los mismos efectos y varían solo a partir del número de derechos que involucran en la decisión.

La sentencia AR 704/2014, que formalmente consolida jurisprudencia en términos de la Ley de Amparo, lleva por rubro: *Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo.* No obstante, si atendemos al cuadro, a pesar de la corrección realizada al *Semanario Judicial de la Federación*, la obligatoriedad del criterio podría ubicarse desde el AR 122/2014, el quinto caso después de la AR 581/2012, si se toma como primer caso en la tesis de jurisprudencia.<sup>37</sup>

Las decisiones en materia de matrimonio igualitario tienen una marcada trayectoria hacia la protección amplia de las personas homosexuales en relación al matrimonio, lo que es inversamente proporcional a la disminución de la *libertad configurativa*<sup>38</sup> de los Estados. Los criterios

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Para abundar en el tema de la relevancia de los criterios, aún sin contar con tesis publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, es posible consultar la sentencia que resolvió la Contradicción de Tesis 40/2000 de la Segunda Sala de la SCJN y la obra de GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y cómo reportarla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

<sup>38</sup> Los autores Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala afirman sobre la libertad configurativa lo siguiente: "la ley presenta un poder innovativo completo, tanto frente a otras normas como respecto a leyes anteriores, habida cuenta que representa la voluntad de la comunidad política del tiempo presente... Un principio esencial del constitucionalismo contemporáneo es la libertad, la democracia y el pluralismo; conceptos que implican necesariamente un sistema jurídico esencialmente abierto, lo que supone el libre acceso de todos al proceso político y a los instrumentos del cambio político; esto es, la admisión esencial de distintas opciones políticas y la hipótesis de una revocación futura de las decisiones actuales" SILVA GARCÍA, Fernando y VILLEDA

facultado para incluir, prohibido discriminar y obligatorio legislar para incluir, articulados con el involucramiento de los principios de igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la identidad e interés superior del menor quedan expresados en el cuadro 3, con una ligero ajuste hacia el leading case en las últimas resoluciones. Las limitaciones a los congresos de los estados se han justificado bajo la línea argumentativa que va de la protección restringida hacia la protección amplia. Esta conclusión sería irrebatible y hasta deseable, acorde con el principio constitucional de progresividad de los derechos, no obstante, entre otros, existe un punto a ser considerado: la reacción conservadora ante el matrimonio igualitario.

# 4. Las reacciones social y política conservadoras ANTE EL MATRIMONIO IGUALITARIO: EL CASO DEL FRENTE NACIONAL POR LA FAMILIA (FNF) Y LAS LEGISLATURAS LOCALES

En esta última sección se explora la reacción popular, en sus vertientes social y política, ante las decisiones de la SCJN. Por la parte social, se analizará la trayectoria del FNF como una muestra del discurso y actividades de una organización no gubernamental que habla desde la posición mayoritaria la opinión pública (contrario al matrimonio igualitario) identificable de manera operativa con el término pueblo.

AYALA, Alfredo, "Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes", Revista del Instituto de la judicatura Federal, núm. 31, enero 2011, pp. 177-210.

La Primera Sala y el Pleno de la SCJN han establecido las siguientes jurisprudencias: A) Tesis: 1a./J. 45/2015 (10a.), del rubro: LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL. Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, pág. 533, Reg. IUS 2009405; B) Tesis: P./J. 11/2016 (10a.) del rubro: LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS CONGRESOS ESTATALES. ESTÁ LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS. Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, pág. 52, Reg. IUS 2012593.

La segunda parte de este apartado muestra cómo han reaccionado las legislaturas locales a las decisiones de la Corte como una muestra de actividad (o inacción) de una serie de organismos públicos, que por la forma de elección de sus miembros por sufragio universal que ejercen representación política de sus votantes, pueden ser referidos indirectamente como representantes del *pueblo*.

Para la comprensión de las dinámicas de los *movimientos legales conservadores* existen tres referentes indispensables, como son Steven Teles,<sup>39</sup> Erwin Chemerinsky<sup>40</sup> y Jefferson Decker,<sup>41</sup> así como diversos estudios de caso para América Latina, sobre todo para Argentina. Es notable la ausencia de bibliografía académica para el caso de México, del que sólo existen obras generales sobre el conservadurismo en el país, pero no sobre sus especificidades legales.<sup>42</sup>

La obra de Teles sobre el ascenso de los movimientos legales conservadores en los Estados Unidos explica cómo, en el transcurso de algunas décadas, la sofisticación y el grado de organización al que han llegado éstos, depende del régimen legal al que se enfrentaron en el pasado y se enfrentan en la actualidad. Este autor sostiene que las Cortes tienen un control nulo sobre su agenda ya que dependen de los casos que se les presentan. En ese sentido, las estructuras de oportunidad política<sup>43</sup> de los movimientos legales son relevantes, siempre y cuando se tomen en cuenta las decisiones de sus líderes.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> TELES, Steven M., *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> CHEMERINSKY, Erwin, *The Conservative Assault on the Constitution*, Simon & Schuster, Estados Unidos, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> DECKER, Jefferson, *The Others Rights Revolution. Conservative Lawyers and the Remarking of American Government,* Oxford University Press, Oxford, 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> PAÑI, Erika, *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, FCE, México, Tomo I y II, 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Este término ha sido muy utilizado en estudios de ciencia política y sociología para hacer notar aquellos elementos del contexto que influyen en la "periodicidad, estilo y contenido de las demandas de los activistas a través del tiempo y a través del

La conciencia de oposición, afirma Teles, requiere de la construcción de ideas que provoquen una percepción de injusticia y de la capacidad de modificar el marco legal por parte de la acción del grupo. El éxito de las organizaciones conservadoras conjuntan la habilidad de sus líderes, la ausencia de conflicto interno y el alcance y fortaleza de las redes que han construido. 44 El surgimiento del litigio conservador de interés público ha sido la herramienta que en un primer momento fue patrocinado por empresas y particulares, y después fue incorporando a las universidades en los Estados Unidos. En un segundo momento, estos nuevos abogados conservadores fueron formados con esa conciencia de oposición y forman redes que finalmente terminan incidiendo en los Jueces, sea a través de litigio o porque incursionaron dentro de la carrera judicial.

Por su parte, Chemerinsky afirma que el asalto conservador a la Constitución estadounidense es la suma de esfuerzos de varios años para alterar principios constitucionales. 45 En un primer momento, desde su lectura, el asalto se inició contra las decisiones de una Suprema Corte progresista (Warren), pero después fue permeando en otros ámbitos de las políticas del Poder Ejecutivo. Acorde con su postura sobre el judicial review, Chemerinsky defiende la existencia de esta figura, aunque pueda ser presentada como indeseable por los conservadores, en razón a que es el instrumento que salvaguarda los límites de impuestos a las autoridades electas por mayorías. Es la forma de salvaguardar el sistema de las democracias constitucionales. 46

contexto institucional", en MEYER, David S. y MINKOFF, Debra C., "Conceptualizing Political Opportunity", Social Forces, vol. 4, núm. 82, junio 2004, pp. 1457-1492 (traducción libre del autor). El uso que Teles le da al término es posible situarlo, a partir de la lectura de Meyer, como una enunciación del sistema político en general pero atravesado por un efecto específico de la intervención de los líderes de los movimientos.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> TELES, S., The Rise of the Conservative Legal Movement, op. cit., p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> CHEMERINSKY, E., *The Conservative Assault on the Constitution, op. cit.*, p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Ibídem, p. 265.

En 1998, Charles Epp publicó su libro con el título *La revolución de los derechos*. En esta obra se analiza el surgimiento en las décadas de 1950 a 1970 en Estados Unidos del activismo con agendas de libertades civiles —como derechos de las minorías raciales y derechos de las mujeres—. En respuesta a esta conocida obra, el autor Decker publicó recientemente (2016) un libro con el título *La otra revolución de los derechos: abogados conservadores y la reconfiguración del gobierno estadounidense*, en el cual se propone la reconstrucción y explicación de los conservadurismos legales que se desarrollaron ocupando la misma vía legal (el litigio de interés público) y no sólo oponiéndose a la expansión de los derechos provocados judicialmente por los opositores.

Teles, Chemerinsky y Decker denominaron *movimientos legales conservadores* a este tipo de fenómenos, mientras que a las organizaciones que han realizado en las últimas décadas formación de estructuras y despliegue de estrategias de intervención jurídico-política, que se han vinculado (y a veces desvinculado) de la Iglesia católica, se les ha llamado de muy distintas maneras en la literatura latinoamericana: *activismo católico conservador*, <sup>47</sup> *activismo religioso conservador*, <sup>48</sup> *neoconservadurismo*, <sup>49</sup> *activismo heteropatriarcal*, <sup>50</sup> *organizaciones no gubernamentales religiosas*. <sup>51</sup> El criterio que se suscribe este texto es

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> FELITTI, Karina, "Estrategias de comunicación del activismo católico conservador frente al aborto y el matrimonio igualitario en la Argentina", *Sociedad y Religión [online*], vol. 21, núm. 34-35, enero-junio, Argentina, 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> VAGGIONE, Juan Marco (comp.), *El activismo religioso conservador en Latinoa-mérica*, Editorial Ferreyra, Argentina, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> LIZT REYESM, Mauricio, "Neoconservadurismo y pánico moral. La sexualidad en México del siglo XXI", en MENJÍVAR OCHOA, Mauricio (ed.), ¿Hacia masculinidades tránsfugas? Políticas públicas y experiencias de trabajo sobre masculinidad en Iberoamérica, FLACSO, Costa Rica, 2012, pp. 21-38.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> MORÁN FAÚNDES, José Manuel, "El desarrollo del activismo autodenominado 'Pro-vida' en Argentina, 1980-2014", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 77, núm. 3, 2015

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> BERGER, Julia, "Religious Nongovernmental Organizations: An Exploratory Analysis", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 14, núm. 1, marzo 2003, pp. 15-39.

que el término *conservadurismo legal* refiere a la reivindicación, sostenida desde una institución social religiosa o no, de un orden legal previo (sexual o familiar) fundamentado en cánones religiosos que se intenta proteger del cambio que se busca conservar.<sup>52</sup>

La dinámica común en América Latina ha sido la de una expulsión doble de los conservadurismos, una política y otra académica. La política refiere a una postura de descalificación previa por parte de los opositores de cualquier demanda o petición legal que pueda ser relacionada con los principios religiosos. La académica refiere a los pocos estudios sobre conservadurismo legal que existen en la región. Ambas posturas niegan discursivamente el fenómeno, lo cual no parece incidir sobre su desarrollo: el resultado es que las formas emergentes de organización, conformación de redes y despliegue de estrategias han pasado, muchas de ellas, inadvertidas desde los ámbitos políticos y académicos.<sup>53</sup>

En México, al término de la Guerra Cristera, no obstante el discurso que hablaba de la modernización del país, las posturas conservadoras fueron relegadas. Según Víctor Muro después de ese momento, los opositores a las reformas al modelo educativo cardenista se encauzaron institucionalmente en el sinarquismo o el panismo. <sup>54</sup> A partir de ahí y hasta nuestros días se plantea la *tesis de la adaptación* de los movimientos conservadores, según la cual algunos permanecen abiertamente vinculados a la Iglesia católica y otros que sólo mantienen internalizados los principios de la religión, pero ambos se desmarcan en su estructura orgánica de la Iglesia. Para Soledad Loaeza

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> VAGGIONE, J. M. (comp.), *El activismo religioso conservador..., op. cit.*, p.15.

<sup>53</sup> Ibídem

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> MURO GONZÁLEZ, Víctor Gabriel, "Iglesia y movimientos sociales en México: 1972-1987", *Estudios Sociológicos del Colegio de México*, vol. IX, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 541-556.

los procesos políticos nacionales de finales del siglo XX (alternancia y participación ciudadana) coadyuvaron a la formación de una derecha secularizada.<sup>55</sup>

Un extremo de esa adaptación, sostiene Julia Berger, resulta en un "híbrido entre las creencias religiosas y el activismo sociopolítico". <sup>56</sup> Por último, entre los estudiosos de estos temas se plantea un *paralelismo* a partir de considerar a las iglesias y sus afiliados como un actor social más, tanto estructural como ideológicamente hablando, debido a que tiene una incidencia real en autoridades de todas las ramas (ejecutivo, legislativo y judicial), y a que utiliza las mismas vías de intervención formales (cabildeo, iniciativas de ley o promoción de juicios) e informales (marchas, bloqueos, movilizaciones, uso de medios masivos de comunicación). Las nuevas configuraciones de los movimientos conservadores, verificables en el caso del aborto y el matrimonio igualitario, han entrado en un proceso de federalización. <sup>57</sup>

#### 4.1 El conservadurismo legal del Frente Nacional por la Familia

El 17 de mayo de 2016, en el contexto del Día Nacional de la Lucha contra la Homofobia, el Presidente de la República anunció la presentación de una iniciativa de reforma al artículo 40. constitucional. En la exposición de motivos de dicha iniciativa se leen las transcripciones de tres criterios de la SCJN<sup>58</sup> referentes a la protección constitucional

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> LOAEZA, Soledad, "El fin del consenso autoritario y la formación de una derecha secularizada", en Pani, Erika (coord.), *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, FCE, México, 2009.

 $<sup>^{56}</sup>$  Traducción libre del autor. BERGER, J., "Religious Nongovernmental Organizations...", art. cit., p. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> MORÁN F., J. M., "El desarrollo del activismo autodenominado...", art. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Las tesis que trascribe la iniciativa son: 1) Tesis: P. XXI/2011, con el rubro: MATRIMONIO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO ALUDE A DICHA INSTITUCIÓN CIVIL NI REFIERE UN TIPO ESPECÍFICO DE FAMILIA, CON BASE EN EL CUAL PUEDA AFIRMARSE QUE ÉSTA SE CONSTITUYE EXCLUSIVAMENTE POR EL MATRIMONIO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER. Pleno, Semanario

de la familia y a las normas discriminatorias que impiden a personas del mismo sexo contraer matrimonio. El texto de la iniciativa propuesto para el cambio constitucional es el siguiente:

Artículo 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona mayor de dieciocho años tiene derecho a contraer matrimonio y no podrá ser discriminada por origen étnico o nacional, género, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana.<sup>59</sup>

A pesar de que este acto marcó el inicio del movimiento que posteriormente sería conocido como el Frente Nacional por la Familia, es posible ubicar a la SCJN como uno de los actores antagónicos del movimiento, según se aprecia en la siguiente cronología:

Cuadro 4. Cronología del FNF

18/5/2016	Se lanzó una petición contra la iniciativa presidencial en la plataforma digital <i>Citizen Go</i> .
25/5/2016	Organizaciones de la sociedad civil conforman el FNF, entre ellas: Ciudad Posible, Frente Nacional por la Familia, Red Familia, Comisión Mexicana de Derechos Humanos, Unión de Padres de Familia y Consejo Mexicano de Abogados. Se realizaron conferencias de prensa en 27 ciudades y manifestaciones en las inmediaciones de las oficinas del Partido Revolucionario Institucional (PRI) a nivel estatal.

Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, pág. 878, Reg. IUS: 161267, 2) Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), con el rubro: MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, pág. 536. Reg. IUS2009407; 3) Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.), con el rubro: MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MA-TRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, pág.184, Reg. IUS 2010675.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> SEGOB, "Iniciativa de decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", documento presentado el 17 de mayo de 2016.

29/5/2016	Se publica en el semanario <i>Desde la Fe</i> , un escrito de mons. Felipe Arizmendi Esquivel, que sostiene: "Dijo un Ministro de dicha Corte que la Iglesia no puede imponer su doctrina, su moral, a todo el pueblo mexicano, y que recordemos que estamos en un Estado laico. Le recordamos que ni Dios ni nadie imponen nada a nadie; somos libres, por regalo del mismo Dios. Pero un Estado verdaderamente laico y democrático debe tomar en cuenta a las mayorías de su pueblo. En este caso, la mayoría somos creyentes y no aceptamos esas leyes. No es justo, no es democrático, que no nos tomen en cuenta. Se pueden encontrar otras formas legales para proteger los derechos de las minorías, sin vulnerar, en este caso, la naturaleza de la misma familia, que no es cosa de religión, sino de biología, de antropología, de psicología, de sociología." (Semanario <i>Desde la Fe</i> , núm. 1005).
1/6/2016	Manifestación en las instalaciones del PRI nacional y en las oficinas de las embajadas mexicanas de Colombia, El Salvador, España, Brasil, Chile, Perú y Washington.
22/6/2016	Se publica un desplegado en el periódico Reforma rechazando la iniciativa presidencial. <sup>60</sup> El Sistema Informativo de la Arquidiócesis de México reporta de manera positiva este desplegado.(SIAM, 2016)
10/8/2016	El FNF se deslinda de actividades del Partido Encuentro Social y recuerda que hace suya la iniciativa presentada por el Consejo Nacional de la Familia el 23 de febrero. <sup>61</sup>
29/8/2016	Se anuncia una marcha para el 10 de septiembre y se comienza a definir su agenda contra la iniciativa del presidente y la ideología de género y en favor de su propia iniciativa de reforma. Mario Romo del FNF afirma "somos la sociedad civil organizada agrupada en el Frente Nacional por la Familia quien organiza e impulsa las marchas pacíficas los días 10 y 24 de septiembre", en el mismo comunicado se menciona que hay organizaciones religiosas interesadas como la Unión Nacional Cristiana por la Familia.
10/9/2016	Primera marcha (19 estados de la República mexicana), medios de comunicación afines al FNF reportan "más de un millón de mexicanos" (Ramos, 13/9/2016) y medios opuestos reportan al menos 150 mil ( <i>La Jornada</i> 10/9/2016).

<sup>60</sup> En ese documento se hace referencia a una supuesta decisión del "Tribunal de Estrasburgo", misma que circuló en varios sitios de noticias religiosas e incluso por mensajes de la aplicación *WhatsApp*.

<sup>61</sup> La iniciativa entre otros cambios proponía el texto siguiente: "Artículo 4o. El varón y la mujer, siendo diferentes y complementarios entre sí, son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida y apoyada por la sociedad y el Estado, a fin de que su entorno les garantice a todos sus miembros las condiciones necesarias para alcanzar un óptimo desarrollo. Se reconoce el derecho del varón y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El matrimonio es una institución de interés público y el fundamento natural de la familia; como tal debe ser protegido por el Estado, como un compromiso público que toman libremente un varón y una mujer, para amarse, fundar una familia y educar a sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad. Todo matrimonio o concubinato tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos." ConFamilia, "Nuevo Art. 4o. Constitucional. Propuesta de Iniciativa Ciudadana al Art. 4o.", URL: http://confamilia.org.mx/reforma-constitucional/nuevo-art-4o-constitucional/

presentada por el Presidente de la República

En una mesa de debate en el canal 2 de televisión abierta, en el espacio de Carlos Loret de Mola, el Ministro Arturo Zaldívar sostuvo: "Yo soy muy respetuo-

12/9/2016

17/11/2016	El FNF reitera su intención de diálogo con el Presidente y cita en su comunicado al líder de la Iglesia católica "y siguiendo el ejemplo y palabras de un líder religioso de gran autoridad moral como el Papa Francisco, seguiremos denunciando los intentos por imponer la ideología de género".
10/1/2017	Se discuten en la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México los derechos relativos al matrimonio igualitario. La redacción que se aprobó al respecto quedó en el Artículo 11, inciso H, numeral 2: "Se reconoce en igualdad de derechos a las familias formadas por parejas de personas LGBTTTI, con o sin hijas e hijos, que estén bajo la figura de matrimonio civil, concubinato o alguna otra unión civil." (Constitución CDMX, 2017)
11/1/2017	El FNF inició una campaña para demandar un plebiscito para la Constitución de la Ciudad de México por materias del derecho a la vida, matrimonio, uso de la marihuana, muerte digna e impuesto a la plusvalía.

Fuente: elaboración propia a partir de los comunicados de prensa del FNF publicados en su página de Facebook y otras fuentes citadas dentro del cuadro.

Las premisas iniciales sobre el constitucionalismo popular sostienen un deber de intervención abierto porque se considera que las Cortes pueden errar en sus decisiones. En términos estrictos, el FNF surge a partir de una reacción conservadora ante una iniciativa de reforma constitucional. No fue la forma de interpretación de la SCJN sobre la protección de todos los tipos de familia o la utilización de los criterios de igualdad y no discriminación en sus sentencias las que provocaron el movimiento. Fue hasta que se pretendió modificar el texto constitucional que este movimiento social se activó. La estructura de oportunidad política del FNF inició en contra de los reformadores de la Constitución (Presidente y Congreso de la Unión, en un primer momento) y de ahí se desplazó hacia los intérpretes de la Constitución (SCJN) y terminó derivando contra los creadores de una Constitución local (Asamblea Constituyente de la Ciudad de México).

La identificación del FNF con diversas iglesias es compleja. La identidad de los dirigentes con el discurso católico y cristiano está a la vista, no obstante se presentan como un movimiento conformado por la sociedad civil (secular), que recibe en buena lid el apoyo de organizaciones religiosas. Por su parte la Iglesia católica sin sumarse, acompaña y apoya las actividades del FNF.

La conciencia de oposición (religiosa) del FNF por un lado permite la convocatoria masiva de adeptos, mientras que sus estructuras de oportunidad extensas hacen posible que esta organización haga uso de un repertorio amplio de instrumentos formales (iniciativas de reforma a la Constitución, solicitudes de referéndum, acompañamiento a juicios de Controversia Constitucional) e informales por todo el territorio nacional (marchas, protestas, desplegados de prensa).

El argumento de la falta de representatividad democrática de la SCJN se suma a los expuestos por la Iglesia católica que, en este caso, invierte su *conciencia de oposición* para reivindicar el mandato democrático del Estado mexicano y plantear que ninguna ley (o sentencia) puede estar por encima de las preferencias de las mayorías.

Ante todo este panorama es posible afirmar que el FNF se presenta como un constitucionalismo popular contestatario que reaccionó a la iniciativa presidencial, que a su vez atendía los criterios de la Corte. Algunos datos señalan que la energía política se vierte contra la SCJN cuando el FNF acompañó una controversia constitucional relativa a la reforma del Congreso de Morelos que incluyó en su legislación el matrimonio igualitario, y el rechazo de la SCJN provocó la reacción de la propuesta de Court Packing que contenía tanto la exigencia de la destitución de Ministros, la redistribución institucional de facultades con la creación de un Tribunal Constitucional distinto de la Suprema, como la incidencia en el nombramiento de nuevos integrantes de ese Tribunal.

Por último, la interlocución entre la SCJN y el FNF ha sido nula, máxime al afirmar una y otra vez con sus resoluciones la supremacía constitucional de su interpretación, se confirma lo que sostiene Parker sobre la falta de interlocución positiva de parte de los Jueces constitucio-

nales.<sup>62</sup> La participación del Ministro Arturo Saldívar en el programa televisivo es contundente, sobre todo cuando afirma que las decisiones sobre matrimonio igualitario son irreversibles aún por una mayoría de ciudadanos. En contraste, Francisco Vázquez Gómez Bisogno, quien defiende una postura conservadora del matrimonio, en su libro *El matrimonio y la Suprema Corte* expone una dura crítica a la discusión y proyecto de sentencia de la Al 2/2010.<sup>63</sup> En una parte específica de esta obra, utiliza palabras del Ministro Arturo Zaldívar para enfatizar la validez de los reproches sociales a las decisiones de la Corte. El fragmento es el siguiente:

tomándole la palabra al Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, quien ya en 1991, y por tanto, antes de que fuera investido de la *potestas* que hoy ejerce, sostenía que "...el único límite y control eficaz que ha funcionado, a efecto de lograr que los jueces constitucionales cumplan con un método jurídico suficientemente razonado es el peso de la opinión pública" razón de más para exponer a lo largo de esta crónica las diversas manipulaciones constitucionales en que incurrieron los ministros de la SCJN integrantes de la postura mayoritaria. <sup>64</sup>

<sup>62</sup> En la resolución del caso Obergefell vs Hodges, la Suprema Corte americana, tal y como en el caso Casey, intenta una conciliación y advierte que los perdedores no lo pierden todo y que los ganadores deberán permanecer abiertos al debate. El fragmento es el siguiente: "Por último, hay que hacer hincapié en que las religiones y los que se adhieren a las doctrinas religiosas pueden seguir abogando con la más absoluta y sincera convicción de que, por preceptos divinos, el matrimonio entre personas del mismo sexo no debe ser tolerado. La Primera Enmienda asegura que las organizaciones religiosas y las personas tengan protección adecuada cuando buscan enseñar los principios que son tan satisfactorios y tan centrales en sus vidas y creencias, y para sus propias aspiraciones profundas de continuar la estructura familiar que durante mucho tiempo han reverenciado. Lo mismo ocurre con los que se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo por otras razones. A su vez, los que creen que permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo es adecuado o esencial, ya sea como una cuestión de convicción religiosa o creencia secular, puede enganchar a aquellos que no están de acuerdo con su opinión en un debate abierto y de búsqueda. La Constitución, sin embargo, no permite al Estado prohibir a las parejas del mismo sexo del matrimonio en los mismos términos que los acordados a las parejas del sexo opuesto" (traducción libre del autor, Obergefell et al.v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al., p. 27).

<sup>63</sup> VÁZQUEZ GÓMEZ B., F., El matrimonio y la Suprema Corte..., op. cit.

<sup>64</sup> Ibídem, p. 7.

Ante este tipo de cuestionamientos, cabe hacer la pregunta sobre si el control que pudiera ejercer la opinión pública sobre los Jueces supone que estos se plieguen completamente a las demandas de la mayoría (lo que nos llevaría a un contexto de crisis constitucional en términos de Friedman) o si ese control es el parámetro que marca el inicio de un diálogo constitucional, en un ciclo ciudadanía-Corte.

A partir de la información aquí vertida se pueden advertir que las demandas del FNF se ubican desde el punto de vista mayoritario que está en contra del matrimonio igualitario y la adopción. Si bien, sus acciones mediáticas y de movilización son una muestra de la fuerza de su organización, estos puntos de desaprobación son específicos y, en el caso del FNF, se avocan contra distintas instituciones según la coyuntura política (contra el Presidente o contra la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México) y, dentro de la opinión pública, se tiende a regresar rápidamente al promedio del apoyo difuso a la actividad en general de la SCJN, que si bien no es el mejor, ha logrado mantenerse a niveles funcionales.

## 4.2 La reacción política conservadora

El origen de la reacción política (political backlash) es posible rastrearlo, en parte, desde el cabildeo de los movimientos de vertiente conservadora del país, con estrategias como las del FNF y otros grupos conservadores. Este apartado no hablará de eso, sino del resultado de aquellas reacciones que es posible observar a partir de la actividad de las legislaturas de las entidades federativas del país. La revisión de las modificaciones o no de la figura del matrimonio igualitario dan como resultado tres tipos de reacción: 1) las correspondientes, 2) las omisas y 3) las contumaces a los criterios de la SCJN.65

<sup>65</sup> La información fue obtenida de las páginas electrónicas de los congresos locales de todo el país.

En el primer grupo, de las *correspondientes* encontramos siete casos: Campeche (10/5/2016), Ciudad de México (21/12/2009), Coahuila (15/12/2015), Colima (25/5/2016), Michoacán (22/6/2016), Morelos (4/7/2016) y Nayarit (22/12/2015). De ellos es relevante destacar el caso de Colima que en una primera reforma de 2013 aprobó la figura de enlace conyugal para uniones de personas del mismo sexo, misma que la SCJN anuló en el contexto del juicio AR735/2014 en 2015, lo que llevó al Congreso local a formular una nueva reforma para aprobar la figura de matrimonio igualitario con los estándares dispuestos por la Corte. Es relevante hacer notar que cuatro de estos casos de reforma se dieron en el periodo en el que se presentó la iniciativa de reforma del Presidente y las marchas organizadas por el FNF.

En el grupo de las legislaturas locales omisas se ubicaron 23 casos: Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas. Se califican así porque o bien se discutió una iniciativa pero no fue aprobada en votación, o bien aún no se discute ninguna, o bien no hay iniciativas sobre reformas para incluir el matrimonio igualitario. De estas legislaturas, medios locales de comunicación reportan la presencia numerosa de grupos que se movilizaron para apoyar la negativa de aprobación. Algunos de los grupos mencionados son: evangélicos, cristianos, simpatizantes del Partido Acción Nacional y del Partido Encuentro Social o del Frente Nacional por la Familia. Dentro de este mismo grupo de legislaturas omisas podemos ubicar a las de Guerrero, Jalisco, Quintana Roo, Sonora, que a pesar de no haber realizado cambios a sus códigos locales por la vía de los hechos, los matrimonios entre personas del mismo sexo se realizan en estos estados sin necesidad de promover juicio de amparo.

En el grupo de las legislaturas contumaces se reportan dos casos: Yucatán y Baja California. El Congreso de Yucatán reformó su Constitución el 16 de septiembre de 2009 para dejar una redacción explícita que dispusiera que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. El Congreso de Baja California tiene tres reformas a su Constitución local en los últimos seis años: 1) la del 27 de mayo de 2011, en la que agregó un segundo párrafo al artículo 7o. que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, 66 2) la del 10 de abril de 2015, en la que agrega diversos párrafos al artículo 7 sobre facultades de la Comisión Estatal de Derechos Humanos y transparencia y acceso a la información y 3) la del 6 de enero de 2017, en la que se agregó un párrafo que reconoce, entre otros derechos, que toda persona goza del derecho a la igualdad y a la no discriminación (no obstante, el párrafo agregado en 2011 no fue modificado). Cabe recordar que la sentencia de la SCJN sobre la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 70. de la constitución local se dio antes de la segunda y tercera de estas reformas.

Un caso con el que es posible contrastar las dimensiones de la reacción política es lo ocurrido alrededor del aborto en México en los últimos años. En 2009 la SCJN decidió declarar constitucional la despenalización del aborto hasta la semana 12 del embarazo, reforma al código penal de la hoy Ciudad de México. Ante tal decisión, 17 legislaturas locales reaccionaron y reformaron sus constituciones locales

<sup>66</sup> El texto del párrafo añadido es el siguiente: "La Familia constituye la base de la sociedad, es por ello que el Estado reconoce y protege como derecho social y humano, el Matrimonio, el cual se satisface únicamente mediante la unión de un hombre con una mujer para convivir y realizar los fines esenciales como institución social y civil; por lo tanto, cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que se deben los cónyuges, no surtirá efecto legal alguno". En la iniciativa de reforma constitucional elaborada por el diputado local José Alfredo Ferreiro Velazco se hace referencia a la Proposición 8 de California en los Estados Unidos como ejemplo de la protección y salvaguarda de la institución del matrimonio por parte de la sociedad.

para "proteger la vida desde la concepción". En estos casos, cinco juicios llegaron a la SCJN de los cuales sólo uno fue exitoso en invalidar una de las reformas (municipio de Arroyo Seco, Querétaro) con efectos muy limitados.<sup>67</sup>

El caso del aborto generó que 17 legislaturas locales reformaran sus constituciones para "revertir" el criterio de la SCJN. En el caso del matrimonio igualitario son dos legislaturas locales *contumaces* las que las han reformado en contrario, sin embargo hay que considerar también a las legislaturas *omisas* (22 estados) para dimensionar el grado de resistencia a las decisiones de la Corte sobre el matrimonio igualitario en el país.

Mark Tushnet señala que una justicia constitucional que está habituada al diálogo, la intimidación tiene un espacio menor. Las virtudes de la justicia dialógica entre Cortes y otras ramas del poder público replantean que la independencia judicial sea superada por la interacción y la interdependencia. Las acciones consecuentes de los poderes públicos no serán afrentas sino diálogo.

### 5. Conclusiones

La literatura agrupada por el término de constitucionalismo popular resulta pertinente para debatir las tensiones entre el control judicial ejercido por las Cortes Constitucionales o sus equivalentes y el repertorio de demandas sociales (analizadas desde el FNF) y políticas

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> SOTELO GUTIÉRREZ, Arturo, *El vínculo ciudadanía-juez constitucional en América Latina. Tres casos de disputa sobre derechos reproductivos: El Salvador, Colombia y México,* Tesis doctoral en Ciencias Sociales. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2016.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> TUSHNET, Mark, "Revisión judicial dialógica", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, núm. 1, diciembre 2013, Universidad de Torcuato di Tela.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> GARGARELLA, Roberto, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Argentina, 2014.

(legislaturas locales). A partir del estudio de los casos sobre matrimonio igualitario es posible confirmar que el centro de atención de esta aproximación teórica sigue siendo sobre quién tiene/debe tener la última palabra sobre lo que dice la Constitución.

La actividad contramayoritaria de la SCJN está focalizada en dos grandes rubros (fiscal y electoral), dejando a todas las demás materias sin tanta afectación. No obstante, cuando la SCJN decide ejercer sus facultades de control constitucional sobre las leyes, en ciertos casos, provoca una desaprobación específica sobre esas determinaciones. Mientras que la dinámica general indica un apoyo difuso en cuanto a la labor cotidiana de la Corte.

La conclusión general de estas páginas apunta a que la línea de decisiones de matrimonio igualitario de la SCJN, consistente en aumentar de manera progresiva la protección de derechos, es correspondiente a dos reacciones específicas desde: 1) la social conservadora focalizada, ya sea con las acciones y discursos del FNF o de la opinión pública en general con una desaprobación específica, y 2) la política conservadora a través de la resistencia por omisión en la mayoría de las legislaturas locales de modificar las leyes según los criterios de la Corte al resentir la restricción a su libertad configurativa (23 casos por omisión y dos contumaces).

Al menos a nivel del discurso, tanto del FNF como de ciertas legislaturas locales (omisas o contumaces), es posible afirmar que, en lo referente al matrimonio igualitario, existe una separación entre lo que se le denominaría genéricamente *pueblo* y la actividad contramayoritaria de la SCJN. La invocación de la democracia como la voluntad de las mayorías, el derecho a representarlas y de reflejar su voluntad en la legislación es reiterada en ambos casos, tanto en el social como en el político.

La conciencia de oposición se conforma al reprochar de un actor "no democrático" el respeto y conservación de una institución social (¿acaso también religiosa?) que no debe ser alterada por un grupo de Jueces no representativos, ni por su forma de ser designados en el cargo ni por la forma contra mayoritaria de posicionarse frente al matrimonio. El énfasis en el We the people está ahí para atacar al quehacer de la SCJN. Aun así, a pesar de su propuesta de Court Packing, ni el FNF ni las legislaturas locales piden la desaparición del control constitucional.

A partir de los aportes del constitucionalismo popular y sus derivaciones es posible trasladar el desacuerdo con las decisiones de las Cortes Constitucionales, en general, devuelta a la esfera de la política. La supremacía constitucional es de la Constitución no de sus reformadores o sus intérpretes. La garantía de defensa de la Constitución es que no pueda cancelarse su discusión, nadie debe apropiarse de ésta a partir de la fórmula de *la última palabra*. Es posible afirmar que la reacción política desde ciertos sectores de la población nunca está de más, si el criterio está destinado a prevalecer, como *Roe vs Wade*, la resistencia social no logrará revocarlo pero sí refinarlo para su prevalencia, como en el juicio *Casev vs Planned Parenthood*.

El caso el matrimonio igualitario funciona en muchos niveles para explicar cómo es que *el pueblo* puede aceptar decisiones que van en contra de sus preferencias en general pero, en determinado punto y bajo determinadas circunstancias, ciertas decisiones contramayoritarias deben ser capaces de sostenerse a partir de un diálogo con las mayorías (sociales y parlamentarias) que les permitan cierto grado de eficacia. Para los convencidos de la defensa del matrimonio igualitario, éste también nos es útil para identificar que los casos exitosos en la SCJN no siempre implican victorias en el derecho cotidiano de los ciudadanos a la igualdad y la no discriminación. Depende de las formas en que los poderes legislativos (federal o locales) procesan

cierto tipo de decisiones contra mayoritarias (*correspondientes*, *omisas* o *contumaces*).

La trayectoria que ha trazado la SCJN con sus decisiones (permitido/ prohibido/obligado) si bien ha protegido ciertos derechos en el plano argumentativo, también ha llevado al límite el *apoyo difuso* con el que cuenta la Corte, en razón a que se han suscitado desaprobaciones específicas para algunos de los fallos. Las mayorías políticas en los congresos locales han tenido que ser revertidas bajo el principio contramayoritario al menos en 21 juicios. Este papel de apagafuegos no ha sido suficiente para contener la reacción conservadora, que no sólo se explica con el relato de dos marchas y algunos desplegados en medios de comunicación, sino de un cabildeo a nivel nacional que ha logrado el freno de 23 legislaturas locales, así como la advertencia de incidir en el nombramiento de nuevos Ministros, al menos.

El balance de este caso no lleva necesariamente a la dimisión de la SCJN ante las presiones de ciertos grupos sociales o políticos, representen o no a las mayorías. Como sostiene Friedman, "el pueblo no necesariamente tiene que disciplinar a los jueces; si levanta un dedo, la Corte debiera captar el mensaje". 70 Abrir el diálogo no es renunciar a la independencia judicial, dialogar es asegurar un ejercicio funcional del control judicial de la constitucionalidad. Pensar en cierto tipo de sentencias que puedan mediar entre preferencias mayoritarias y defensa de derechos de minorías es el reto para cualquier corte constitucional del mundo. 71



<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Traducción libre del autor de FRIEDMAN, B., *The Will of the People. How Public Opinion has Influenced..., op. cit.,* p. 376.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> La Corte mexicana en dos casos socialmente polémicos (aborto y matrimonio) ha seguido la misma estrategia: las primeras sentencias han confirmado las facultades que tienen los congresos locales para legislar en materia penal y familiar. Para el caso del aborto ese criterio provocó la reacción conservadora de poco más de la mitad de las legislaturas locales que reformaron sus constituciones locales. En el caso del matrimonio la reacción ya ha comenzado.

Parafraseando a Decker: los conservadores no han podido revertir los fallos de la SCJN. Pero ellos han logrado sus propias metas a nivel de las entidades federativas.

#### **B**IBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico*), Editorial Ariel, España, 2000.
- ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, *Constitucionalismo po*pular en Latinoamérica, Editorial Porrúa-Escuela Libre de Derecho, México, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto, "La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales", en GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, IIJ-UNAM-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 137-65.
- BARROSO FIGUEROA, José, "La adopción efectuada por matrimonio homosexual", *Revista Cultura Jurídica*, núm. 2, abril-junio 2011. Disponible en: http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ2 Art 3.pdf
- BERGER, Julia, "Religious Nongovernmental Organizations: An Exploratory Analysis", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 14, núm. 1, marzo 2003, pp. 15-39.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

- BURGOS, Germán S. (ed.), *Independencia Judicial en América Latina.* ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?, ILSA, Colombia, 2003.
- BUSTILLOS, Julio, "Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 4, núm. 132, septiembre-diciembre 2011. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332011000300002&script=sci arttext
- CHEMERINSKY, Erwin, *The Conservative Assault on the Constitution*, Simon & Schuster, Estados Unidos, 2010.
- DECKER, Jefferson, *The Others Rights Revolution. Conservative Lawyers* and the Remarking of American Government, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- DIEZ, Jordi, *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Argentina, Chile and México,* Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- EPP, Charles, *The Rights Revolution. Lawyers, Activist and Supreme Courts in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.
- FELITTI, Karina, "Estrategias de comunicación del activismo católico conservador frente al aborto y el matrimonio igualitario en la Argentina", *Sociedad y Religión* [online], vol. 21, núm. 34-35, enero-junio,

Argentina, 2011. Disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1853-70812011000100005&lng=es &nrm=iso

- FERREIRO VELAZCO, José Alfredo, "Iniciativa de reforma a la constitución local de Baja California", Documento de trabajo, 2009. Disponible en: http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/Documento/FERREIRO\_IREF\_22ENE2009.pdf
- FISS, Owen M., "El grado adecuado de independencia", en BURGOS S., Germán (ed.), Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?, ILSA, Colombia, 2003.
- FRIEDMAN, Barry, "Constitucionalismo popular mediado", trad. *Revista Jurídica de Palermo*, Octubre, núm. 61, 2005. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica06.pdf
- \_\_\_\_\_\_, The Will of the People. How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2009.
- GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI, Argentina, 2014.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La Jurisprudencia: su conocimiento y cómo reportarla*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.
- JONES, Daniel y VAGGIONE, Juan Marco, "La política sexual y las creencias religiosas: el debate por el matrimonio para las parejas del mismo sexo", *Revista de Estudios Sociales* [online] Argentina,

163

- 2010. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id= 81535389008
- KRAMER, Larry D., The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- LIZT REYESM, Mauricio, "Neoconservadurismo y pánico moral, La sexualidad en México del siglo XXI", en MENJÍVAR OCHOA, Mauricio (ed.), ¿Hacia masculinidades tránsfugas? Políticas públicas y experiencias de trabajo sobre masculinidad en Iberoamérica, FLACSO, Costa Rica, 2012, pp. 21-38.
- LOAEZA, Soledad, "El fin del consenso autoritario y la formación de una derecha secularizada", en PANI, Erika (coord.), Conservadurismo y derechas en la historia de México, FCE, México, 2009.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, 2a. ed., Bogotá, Legis-Uniandes, Facultad de Derecho, 2006, p. 139.
- MADRAZO, Alejandro y VELA Estefanía, "The Mexican Supreme Court's (Sexual) Revolution?", Texas Law Review, vol. 7, núm. 89, 2011, pp. 1963-04. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27178.pdf
- MEYER, David S. y MINKOFF, Debra C., "Conceptualizing Political Opportunity", Social Forces, vol. 4, núm. 82, junio 2004, pp. 1457-1492.
- MORÁN FAÚNDES, José Manuel, "El desarrollo del activismo autodenominado 'Pro-vida' en Argentina, 1980-2014", Revista Mexicana de Sociología, vol. 77, núm. 3, 2015. Disponible en: http://www.revistas. unam.mx/index.php/rms/article/view/50578/45364
- MURO GONZÁLEZ, Víctor Gabriel, "Iglesia y movimientos sociales en México: 1972-1987", Estudios Sociológicos del Colegio de México,

vol. IX, núm. 27, septiembre-diciembre 1991, pp. 541-556. Disponible en: http://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/917/917

- PANI, Erika, *Conservadurismo y derechas en la historia de México*, FCE, México, Tomo I y II, 2009.
- PARKER, Richard, "'Aquí el pueblo gobierna': un manifiesto populista constitucional", en CHEMERINSKY, Erwin y PARKER, Richard D. (eds.), *Constitucionalismo popular*, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Colombia, 2011.
- PEÑA RANGEL, David, "Constitucionalismo popular contestatario", *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, pp. 225-243.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2013.
- QUINTANA, Karla, "Matrimonio igualitario en México. Su evolución desde la judicatura", *Revista del Centro de Estudios Constituciona-les*, año I, núm. 1, julio-diciembre 2015.
- RÍOS FIGUEROA, Julio, "Instituciones para la justicia constitucional en América Latina", en HELMKE, Gretchen y RÍOS FIGUEROA, Julio (coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina*, SCJN, México, 2010.
- ROSTAGNOL, Susana, "Disputas sobre el control de la sexualidad: Activismo religioso conservador y dominación masculina", en VAGGIONE, Juan Marco (comp.), *El activismo religioso conservador*

◈

165

- SIEGEL, Reva B., "La constitucionalizarían del aborto", en Cook, Rebecca J., Erdman, Joanna N. y Dickens, Bernard M. (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, FCE, México, 2016.
- SILVA GARCÍA, Fernando y VILLEDA AYALA, Alfredo, "Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes", *Revista del Instituto de la judicatura Federal*, núm. 31, enero 2011, pp. 177-210.
- SOTELO GUTIÉRREZ, Arturo. *El vínculo ciudadanía-juez constitucional* en América Latina. *Tres casos de disputa sobre derechos reproductivos: El Salvador, Colombia y México,* Tesis doctoral en Ciencias Sociales. Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2016.
- TELES, Steven M., *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, "Matrimonio entre homosexuales y adopción de hijos. Paradigmas por resolver", *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 311-326. Disponible en: https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/viewFile/7256/6534
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

- ., Revisión judicial dialógica", Revista Argentina de Teoría Jurídica, vol. 14, núm. 1, diciembre 2013, Universidad de Torcuato di Tela. Disponible en: v http://www.utdt.edu/ver contenido.php?id contenido=9173&id item menu=5858.
- VAGGIONE, Juan Marco (comp.), El activismo religioso conservador en Latinoamérica, Editorial Ferreyra, Argentina, 2010. Disponible en: https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/1837/V3 Activismo Religioso Vaggione 2010.pdf?sequence=2
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, El matrimonio y la Suprema Corte, Porrúa-Universidad-Panamericana, México, 2012.
- VIII Quorum VIII, ¿Quod est, summus? ¿en qué quedamos Supremo?, Editorial Xlibris LLC, Estados Unidos, 2014.

### HEMEROGRAFÍA

- ACIPRENSA, "Videos y Fotos. Más de 400 mil en Marcha por la Familia en México", Periódico digital Aciprensa, Inicio, noticias, América, Ciudad de México, 24 de septiembre de 2016. Disponible en: https:// www.aciprensa.com/noticias/videos-v-fotos-mas-de-400-mil-enmarcha-por-la-familia-en-mexico-17977/
- ARIZMENDI ESQUIVEL, Felipe, "Bodas igualitarias, no Matrimonios", Desde la fe, 3 cosas que te urge saber osbre la peligrosa iniciativa del Presidente, año XX, núm. 1005, del 29 de mayo al 4 de junio de 2016, p. 6, consultado en: http://www.desdelafe.com.mx/publications/ DLF/DLF-1005-6633/files/assets/basic-html/index.html#1
- Confamilia, "Nuevo Art. 4o. Constitucional. Propuesta de Iniciativa Ciudadana al Art. 4o.", sin fecha. URL: http://confamilia.org.mx/ reforma-constitucional/nuevo-art-4o-constitucional/

167

- CORRESPONSALES, "Marchan en 19 estados contra el matrimonio igualitario", *La Jornada en línea*, Ciudad de México, sábado 10 de septiembre de 2016, Disponible en: http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/09/10/inicia-marcha-por-la-familia-en-ciudades-de-la-republica
- DOLAN, Maura, "California Supreme Court rejects bid to revive Prop. 8", Los Angeles Times, 14 de Agosto de 2013, LAT-Home, Collections, California Supreme Court. Disponible en: http://articles.latimes.com/2013/aug/14/local/la-me-In-california-supreme-court-prop-8-20130814
- GARZA ITURBIDE, Roberto, "Gays de California iuníos!", *La Jornada semanal*, 23 de noviembre de 2008, núm 716. Disponible en: http://www.jornada.unam.mx/2008/11/23/sem-roberto.html
- GINES, Pablo J., "La batalla por California: cómo las familias vencieron al pensamiento único", *Forum Libertas.com Diario Digital*. 7 de noviembre de 2008. Disponible en: http://www.forumlibertas.com/la-batalla-de-california-como-las-familias-vencieron-al-pensamiento-unico/
- GÓMEZ MENA, Carolina y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Aturo, "Exige FNF crear ley nacional de la familia", *La Jornada en línea*, Ciudad de México, sábado 24 de septiembre de 2016, Disponible en: http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/09/24/inicia-marcha-nacional-por-la-familia
- LUZARDO, Hirania, "Proposición 8 de California ya no existe: parejas del mismo sexo podrán casarse", *The Huffington Post,* California, 26 de junio de 2013. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com. mx/entry/california-proposicion-8-fallo-supremo n 3504142

MEARS, Bill, "Supreme Court dismisses California's Proposition 8 appeal", *CNN Politics*, 27 de junio 2013. Disponible en: http://edition.cnn.com/2013/06/26/politics/scotus-prop-8/

Sistema Informativo de la Arquidiócesis de México (SISAME) (2017), consultado en: http://www.siame.mx/apps/info/p/?a=15078&z=32

XEGA, Acerca de la 'Proposición 8' del estado de Califonica (EEUU), en XEGA.ORG, 1 de octubre de 2008, consultado en: http://temp. xega.org/xega/node/2218

#### **VIDEOS**

Noticieros Televisa, "Debate: Matrimonio igualitario (segunda parte) con Carlos Loret de Mola", publicado el 12 de septiembre de 2016, video consultado en: https://www.youtube.com/watch?v= j9aUU-spC5Q.

RAMOS, David, "Marcha por la Familia 'marcó la historia de México'", Periódico digital Aciprensa, 13 de septimbre de 2016, video consultado en: <a href="https://www.aciprensa.com/noticias/video-marcha-por-la-familia-marco-la-historia-de-mexico-36232/">https://www.aciprensa.com/noticias/video-marcha-por-la-familia-marco-la-historia-de-mexico-36232/</a>

#### **O**TROS

Constitución de la Ciudad de México, *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 05 de febrero de 2017, vigésima época. Diponible en : <a href="http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/589/746/ef5/589746ef5f8cc447475176.pdf">http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/589/746/ef5/589746ef5f8cc447475176.pdf</a>

SEGOB, "Iniciativa de decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", documento presentado el 17 de mayo de 2016.

Disponible en <a href="http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-">http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-</a> 05-18-1/assets/documentos/Ini Art4 Cons Ejecutivo Fed.pdf

Parametría (2016), Carta paramétrica consultada en: http://www. parametria.com.mx/carta parametrica.php?cp=4739

V.V. A.A., "Iniciativa Ciudadana de Reforma constitucional al Artículo 4o.", documento elaborado por Confamilia, 2016. Disponible en: http://confamilia.org.mx/descargas/Reforma%20Constitucional %20Ciudadana%20al%20Art.%20%204%C2%BA%20%2023.02.16. pdf

Corte Suprema de Estados Unidos

"Obergefell et al.v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.", Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 28 de abril de 2015-26 de junio de 2015.

"West Virginia Bd. De Ed. v. Barnette", 319 U. S. 624, 638 (1943).





# CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS. POR EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN AMÉRICA LATINA

María del Pilar González Barreda\*

**SUMARIO:** 1. El matrimonio como contrato heterosexual. 2. La lucha por el reconocimiento del matrimonio igualitario. 3. Por una deconstrucción del concepto de ciudadanía. 4. Reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE: Activismo, ciudadanía, derechos humanos, heteronormatividad, igualdad, matrimonio, no discriminación, preferencia sexual.

# 1. El matrimonio como contrato heterosexual

esde la tradición jurídica romana, canónica y francesa, de la cual deriva el derecho latinoamericano, el matrimonio fue considerado como la unión entre hombre y mujer reconocida por la ley que tiene como finalidad la perpetuación de la especie; esta figura

<sup>\*</sup> Licenciada en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctorante en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, profesora de asignatura de la Facultad de Derecho UNAM. Correo electrónico: mpgonzalezb@derecho.unam.mx

jurídica se basa en un modelo de heterosexualidad normalizado en la sociedad, siendo considerada como el sostén de la vida familiar. Si el modelo de igualdad de la modernidad impulsado por Occidente velaba por los intereses del hombre blanco, europeo, burgués y heterosexual, las codificaciones que derivan de esta tradición, como las latinoamericanas, son su reflejo. En la actualidad uno de los temas centrales en el respeto y protección de los derechos humanos es el cuestionamiento del binomio mujer-hombre, relacionado con la normalización de la heterosexualidad y las repercusiones que esto tiene en la exclusión de otras identidades.

El matrimonio entre personas del mismo sexo es un desafío para la heteronormatividad, entendida ésta como el conjunto de normas que parten del reconocimiento de dos sexos y que considera a la heterosexualidad como un hecho biológico, por lo tanto natural, aplicable a la especie humana; el sexo es organizado socialmente a partir del género, la heterosexualidad obligatoria y la construcción de la sexualidad femenina. El cambio de paradigma hegemónico del acto jurídico del matrimonio requiere, más que de reformas legislativas, de una alteración al carácter fundacional e histórico de la heteronormatividad, en el llamado mundo occidental, que implique tanto el reconocimiento de sexualidades no heteronormativas, como la redefinición del concepto tradicional de familia.<sup>2</sup>

La llamada "célula de la sociedad" tiene una historia que no siempre correspondió a lo que actualmente se defiende bajo el título de familia nuclear. Por su raíz latina, la palabra *familia* hace referencia a los

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cfr. RUBIN, Gayle, "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo" en LAMAS Marta, *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual,* PUEG UNAM-Porrúa, México, 2013, p. 58.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cfr. DÍEZ, Jordi, *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico*, , Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 29.

esclavos bajo el mando de un hombre; para el derecho romano, la familia está integrada por el *pater familias* y todos aquellos que se encuentran bajo su poder, incluyendo a esclavos, pero también a su esposa y a la descendencia. Este poder patriarcal se reflejaba en el derecho de vida o muerte que el *pater* tenía sobre los miembros de su familia. La connotación occidental actual, que responde al modelo de familia nuclear, se configura a partir del cristianismo y la consolidación de un cuerpo de normas creadas por la institución de la Iglesia católica: el derecho canónico. El matrimonio es colocado entonces como eje rector de la vida familiar de los seres humanos, visto no solamente como un acto jurídico, sino además entendido como la forma de participar en la vida comunitaria bajo la aprobación de la sociedad que tiene a la procreación como uno de sus fines primordiales.

La conformación de familias que no responden al contrato heterosexual quebranta las leyes del parentesco estudiadas por el antropólogo Claude Lévi-Strauss. Si la familia es organizada a partir del matrimonio y la reproducción, en la unión de dos hombres o dos mujeres se presume que no habrá descendencia. En el paradigma hegemónico de la heterosexualidad hay una exigencia de expresar el deseo hacia el sexo opuesto y, cuando no se cumple con este mandato, se habla de sujetos anormales, desviados de la norma. Como ha señalado Estela Serret:

Para empezar, la regla del imaginario social moderno exige que haya una correspondencia estricta entre sexo (de hembra o macho), género (de mujer u hombre) y deseo (expresado siempre hacia el sexo/ género opuesto); la adecuación entre estos tres términos, cada uno limitado estrictamente por características normativas, es indispensable para hablar de un sujeto sano y normal. De nuevo, el problema estalla por lo constrictivo del modelo: cualquier desviación en cualquiera de los indicadores identitarios; el cuerpo sexuado; el conjunto

de rasgos de personalidad, manierismos, sueños, habilidades, gustos y actitudes; la orientación del erotismo y los sentimientos de amor, señala una patología del sujeto. La inadecuación respecto a las fórmulas aceptadas de género es severamente sancionada por la familia, los pares y el entorno, traduciéndose, en última instancia, en duras penas aplicadas por el sujeto contra sí mismo.<sup>3</sup>

Siguiendo el trabajo de Lévi-Strauss, Gayle Rubin refiere que además del tabú del incesto existe uno menos articulado contra la homosexualidad; un tabú que tendrá efectos en el intercambio de mujeres y en el que el antropólogo francés sustenta su teoría. El flujo o intercambio de mujeres entre comunidades permite la alianza con tribus vecinas, la mujer-objeto es intercambiada para afianzar nexos de amistad y cooperación con otros varones, situación que no acontecería si las mujeres establecieran relaciones con otras mujeres, lo cual debilitaría los nexos entre comunidades e incluso los pondría en riesgo. Si dos mujeres se escapan del mandato de la heterosexualidad habrá que sustituirlas con otras mujeres, de esta forma los hombres tienen derechos sobre las mujeres que ellas mismas no tienen.<sup>4</sup>

En el derecho romano, la homosexualidad no era rechazada, mas bien "era considerada como uno de tantos placeres que Eros ofrece a la humanidad". Es en la época posclásica cuando comienza una creciente resistencia a la homosexualidad apoyada por el cristianismo. Para la Iglesia católica solamente las relaciones heterosexuales res-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> SERRET, Estela, "Desafiando al género. Expresiones subjetivas de la resistencia social", en SERRET, Estela (coord.), *Identidad imaginaria: sexo, género y deseo,* Universidad Autónoma de México, México, 2015, p. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Cfr. RUBIN, G. op. cit., p. 56.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> FLORIS MARGADANT, Guillermo, "La sexofobia del clero; sus consecuencias para la ética sexual occidental y el derecho familiar" en FLORIS MARGADANT, Guillermo, La sexofobia del clero y cuatro ensayos histórico-jurídicos sobre sexualidad, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, 2001, p. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ibídem, p. 36.

ponden al plan divino, aquellas entre una mujer y un hombre, que tiene como propósito la reproducción; el deseo sexual homosexual es una inclinación al mal que no puede ser natural.7 La legislación de Justiniano contra las prácticas homosexuales representó un rompimiento significativo con las reglas anteriores sobre la actividad sexual. Hasta ese momento, el mundo antiguo nunca había visto una prohibición tan tajante y general contra las relaciones sexuales entre hombres, producto de la influencia de las autoridades cristianas.8 Durante los siglos XIII y XIV, las Siete Partidas prevén la pena de muerte para la homosexualidad.9

Para justificar que la homosexualidad era anormal, se requirió de la demostración de su patología. Desde la ciencia y la medicina<sup>10</sup> se consolidaron teorías justificando la patología de la homosexualidad en la modernidad, su poder radica en determinar qué es lo natural, lo normal y lo ambiguo con fundamento en hechos biológicos que se colocan fuera de toda discusión. 11 Por su parte, el derecho no es ajeno al discurso científico, al contrario, lo recupera y lo introduce en normas jurídicas que sancionan la anormalidad al avalar y legitimar "la binariedad de género como un valor en sí mismo y como la justificación moral válida para todo un sistema ético-político."12

Por siglos, la vida sexual de los seres humanos se colocó en el ámbito privado; sin embargo, las conductas "desviadas" fueron sancionadas

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> EMAISTRE RIPOLL, Julieta, *Laicidad y resistencia*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ-UNAM, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, "México, 2013, pp. 44-46.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BRUNDAGE, James A., La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 131.

<sup>9</sup> FLORIS MARGADANT, G., op. cit., pp. 37-38.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Un referente en este tema es la obra *Historia de la sexualidad* de Michel Foucault.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> SALDIVIA, Laura, *Laicidad y diversidad*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ-UNAM, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, México, 2013, p. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Ídem.

con dispositivos como el derecho al establecer castigos severos como la pena de muerte, sanción vigente en países como Arabia Saudita, Irán o Sudán. El feminismo fue el movimiento que pugnó por la visibilización de la vida privada de las mujeres y la eliminación de las condiciones históricas de subordinación protegidas por los ordenamientos legales.

Para el siglo XX, esta movilización produjo el reconocimiento legal de la igualdad entre mujeres y hombres, el reconocimiento a la ciudadanía y, posteriormente, la conquista de la vida sexual y reproductiva, este binomio con una arraigada tradición de destino inamovible para las mujeres. El feminismo, como producto de la Ilustración, fue motor para la reivindicación de las mujeres en el mundo occidental y continúa siéndolo de diversas formas. La convergencia de otros factores de desigualdad como la raza, la edad, la condición económica, la identidad de género y la preferencia sexual, ha dado pie a movilizaciones que ponen en cuestionamiento las estructurales político-legales que reconocen derechos en un marco liberal, pero que ignoran otras condiciones que hacen inaccesible el marco, supuestamente protector, para las personas integrantes de una sociedad. El discurso de los derechos humanos ha quedado, no en pocas ocasiones, vacío y anulado en su propia cuna -es decir, en el mundo occidental-, cuando se ignoran las necesidades de los colectivos más vulnerables, al no tomarse en cuenta su propia diversidad. La opresión de las personas homosexuales es producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres.<sup>13</sup>

El ingreso de la sexualidad a las agendas públicas, como dimensión analítica y política, "empuja a reconsiderar y a desnaturalizar muchas

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cfr. RUBIN, G., op. cit., p. 60.

de las construcciones con las que se da sentido al mundo social", <sup>14</sup> entre ellas la figura del matrimonio. El llamado 'matrimonio gay' <sup>15</sup> representa un reto en la compresión de relaciones alrededor del sexo, el género y el deseo sexual. <sup>16</sup>

# 2. La lucha por el reconocimiento del matrimonio igualitario

Si bien es importante mencionar que en cada región, el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene características específicas, es posible notar ciertos rasgos en común. En los países de Europa y América Latina que lo regulan actualmente comenzaron con la derogación del delito de sodomía o de las relaciones entre personas del mismo sexo, el derecho a la no discriminación por cuestión de preferencia sexual, pasando por el reconocimiento legal como parejas de hecho, las uniones civiles y finalmente la extensión de la figura del matrimonio. De manera ilustrativa, Bolivia (artículo 14), Ecuador (artículo 11) y México (artículo 10.) son países que constitucionalmente protegen a los ciudadanos de la discriminación basada en la orientación sexual. Bolivia reconoce constitucionalmente el matrimonio entre mujer y hombre (artículo 63); Ecuador reconoce constitucionalmente el matrimonio entre hombre y mujer y permite las uniones entre dos personas que generan mismos derechos y obligaciones que las familias constituidas mediante matrimonio, agregando que la adopción corresponde a parejas de distinto sexo (artículos 67 y 68); Honduras prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo y agrega que no se reconocerán estas figuras

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> VAGGIONE, Juan Marco *Laicidad y sexualidad*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ-UNAM, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, México, 2013, p. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Se procurará evitar el uso de la frase "matrimonio gay" debido a que este vocablo invisibiliza a los matrimonios conformados por mujeres.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> DIEZ, J., op. cit., p. 28.

cuando se hayan celebrado en otro país (artículo 112); y Paraguay establece que el matrimonio de mujer y hombre es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia (artículo 52).

País que han reconocido el Matrimonio Igualitario	Año		
Países Bajos	2001		
Bélgica	2003		
España	2005		
Canadá	2005		
Sudáfrica	2006		
Noruega	2008		
Suecia	2009		
México <sup>1</sup>	2009		
Portugal	2010		
Islandia	2010		
Argentina	2010		
Islandia	2010		
Dinamarca	2012		
Uruguay	2013		
Nueva Zelanda	2013		
Francia	2013		
Brasil	2013		
Reino Unido¹	2013-2014		
Luxemburgo	2014		
Irlanda	2015		
Estados Unidos	2015		
Colombia	2016		
Finlandia	2017		

Actualmente el matrimonio igualitario se encuentra reconocido en la norma jurídica en los países de Canadá, México, Argentina y Uruguay. El Poder Judicial se ha pronunciado a favor del matrimonio igualitario haciéndolo obligatorio con fundamento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación en los países de Brasil, Colombia, México y Estados Unidos. Es fundamental el papel que ha jugado no sólo el Poder Legislativo, sino también el Poder Judicial en el reconocimiento del matrimonio igualitario, pues en algunas regiones, este sector ha tenido mayor influencia debido a las condiciones parlamentarias estatales

y ha tenido una repercusión sobresaliente en las demandas del colectivo Lésbico, Gay, Bisexual y Transexual (en adelante LGBT+), como sucedió en Canadá, 17 Sudáfrica, Argentina, Brasil, Estados Unidos 18 y Colombia.

En Chile, dos son los sucesos que han permeado la opinión pública respecto a los derechos de las personas LGBT+, en primer lugar, la sentencia del Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y el homicidio de Daniel Zamudio en el año 2012, quien fue privado de la vida brutalmente por ser homosexual.

El Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile19 tiene como antecedentes que el padre de dos menores demanda su custodia al considerar que su integridad física y emocional estaba en riesgo, pues su madre, la señora Karen Atala Riffo (y ex esposa) tenía un pareja femenina que comenzó a convivir con sus hijas. La Corte Suprema de Justicia de Chile otorgó la custodia definitiva al padre biológico al considerar que las menores podrían ser objeto de discriminación por la homosexualidad de su madre; argumentó que había confusión por su sexualidad y que ésta había antepuesto sus propios intereses ante la incertidumbre en que

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Primer país americano en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Fue la Ley C-38, aprobada en Junio de 2005, en la que se reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Esta ley concede los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales a las homosexuales. Véase ARLETTAZ, Fernando, Matrimonio homosexual y secularización, Serie Cultura Laica, IIJ- UNAM, México, 2015, p. 67. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3874/4.pdf [último acceso 10 de marzo de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> El 26 de junio de 2015 la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió el Caso Obergefell v. Hodges; con cinco votos a favor y cuatro en contra, se amplió el derecho constitucional de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo. Cfr. MARTÍNEZ RIVAS, Julio, "La Corte Suprema estadunidense y el matrimonio gay. Análisis de la sentencia", Nexos, junio 30 2015, http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4760 [último acceso 23 de febrero de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012", Serie C No. 239 Serie C. No. 524. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec 239 esp.pdf

se encontraban sus hijas al no vivir en una familia tradicional. El asunto llegó a conocimiento de la Corte IDH, a petición de la señora Karen Atala Riffo. La Corte IDH sostuvo que en la Convención Americana de Derechos Humanos no está determinado un concepto cerrado de familia ni tampoco la protección a sólo un modelo "tradicional" de la misma. La vida familiar no está reducida al matrimonio y abarca otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (párrafo 142). Respecto al interés superior de la niñez, refiere que la orientación sexual de la madre no puede servir como medida para restringir la guarda y custodia de la descendencia, el interés superior de la niñez no puede ser utilizado para proteger la discriminación en contra de la madre o el padre por su orientación sexual (párrafo 110).

El 3 de marzo de 2012, Daniel Zamudio, adolescente gay, fue atacado por un grupo neonazi en Santiago de Chile que le dejó heridas graves en todo el cuerpo y le llevaron a la muerte días después. El homicidio conmocionó a la sociedad chilena por la brutalidad que se había ejercido en contra del joven de 24 años. El 4 de abril la Cámara de Diputados aprobó la Ley 20.609, también conocida como la ley Zamudio, la cual sanciona la discriminación por motivos de raza o etnia, situación económica, religión, estado civil, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual.<sup>20</sup> En enero de 2015 y después de cuatro años de discusión, fue aprobado el Proyecto de ley que reconoce la unión civil de parejas heterosexuales y homosexuales.<sup>21</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Aristegui Noticias "Daniel Zamudio: asesinato y heridas de homofobia en Chile", 28 de abril de 2012, Aristegui Noticias, http://aristeguinoticias.com/2804/mundo/daniel-zamudio-asesinato-y-heridas-de-homofobia-en-chile/ [último acceso: 4 de abril de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> "Chile aprueba el matrimonio homosexual", 28 de enero de 2015, El Mundo, http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/28/54c935f3ca474161208b4579.html [último acceso: 10 de abril de 2017].

183

# 2.1 El matrimonio igualitario en América Latina: Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia

En este apartado se narrará brevemente la lucha por el matrimonio igualitario en los países en donde ha sido reconocido, sea a través del proceso legislativo (Argentina y Uruguay) o bien por la actuación del Poder Judicial (Brasil y Colombia).

### Argentina

La sodomía fue sacada del Código penal a principios del siglo XIX. Para 1888 se eliminan completamente las sanciones siempre que se trate de actividades sexuales entre adultos. En 1967 se funda la primera organización gay de América Latina "Nuestro Mundo". 22 En 1991 la Corte Suprema de Justicia argentina negó el reconocimiento legal a una asociación que defendía derechos de las personas homosexuales (Caso Comunidad Homosexual Argentina CHA).<sup>23</sup> En el año de 1996 la Constitución de Buenos Aires incluye nociones de género, derechos reproductivos y orientación sexual.<sup>24</sup> La Ley No. 1004 (año 2003) de la ciudad de Buenos Aires reconoce las uniones civiles para las parejas independientemente de su sexo.<sup>25</sup> La primera unión que se celebró fue en julio de 2003 entre los activistas César Cigliutti y Marcelo Suntheim.26

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> DÍEZ J., op. cit., p. 75-77.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> SALDIVIA, L. op. cit., pp.10-18.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> PETRACCI, Mónica, Argentina, Derechos Humanos y sexualidad, Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil, 2007, p. 59.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Archivo de la Comunidad Homosexual de Argentina, *Unión Civil: Decreto de* Promulgación, http://www.cha.org.ar/centro-de-documentacion-digital/union-civildecreto-de-promulgacion/ [último acceso 2 de abril de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> SALINAS HERNÁNDEZ, Héctor Miguel, Matrimonio Igualitario en la Ciudad de México ¿Por qué quieren casarse los gays, Voces en tinta, México, 2013, p. 28.

En Febrero de 2007, María Rachid y Claudia Castro, ambas activistas, solicitaron la licencia de matrimonio en la oficina del registro civil de Buenos Aires, misma que fue negada, por lo cual promovieron un juicio de amparo. El caso llegó hasta la Suprema Corte, acompañado de diversos amicus curiae provenientes de organizaciones nacionales e internacionales. Otro asunto que llegó a la Corte fue el recurso emprendido por César Cigliutti y Marcelo Suntheim, quienes se habían casado en España y exigían el reconocimiento del matrimonio en Argentina.<sup>27</sup> También Alejandro Freyre y Antonio Di Bello promovieron un amparo para poder casarse. En noviembre de 2009 Gabriela Seijas, una Juez en lo contencioso administrativo, ordenó al registro civil realizar el matrimonio de la pareja, Freyre y Di Bello se casaron, después del entorpecimiento de algunas autoridades, el 28 de diciembre de 2009, siendo el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en América Latina.<sup>28</sup> Para febrero de 2010 se habían presentado 60 amparos en todo el país.<sup>29</sup> En abril del 2010, el matrimonio entre Norma Castillo y Ramona Cachita Arévalo se convirtió en el primero entre mujeres en América Latina.30

Activistas sabían que era importante que las y los legisladores tomaran una posición clara y pública respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual era necesario para iniciar un debate en el congreso.<sup>31</sup> Lo interesante fue que las dos organizaciones que lideraban la protesta tenían distintas perspectivas sobre los alcances de la reforma. Así, la propuesta de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) buscaba el matrimonio, pero atacando la figura heteronormativa y

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> DÍEZ, J., *op. cit.*, p. 133.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> *Ibídem*, p. 135.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> SALINAS HERNÁNDEZ, H. M. op. cit., p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> PÉREZ ZABALA, Victoria, *Es la historia de un amor,* 17 de julio de 2011, La Nación Revista, http://www.lanacion.com.ar/1389941-es-la-historia-de-un-amor [último acceso: 22 de marzo de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> DÍEZ, J., op. cit., p. 137.

La estrategia judicial fue a la par del trabajo que activistas hacían con integrantes del Poder Legislativo: el activismo le dio gran impulso a la reforma en las distintas esferas políticas. La primera votación se realizó en el mes de abril de 2010. Se hicieron varias audiencias públicas donde diversas personas expresaron sus argumentos a favor o en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo. La primera votación fue favorable, 20 votos a favor y 18 en contra. Hinmediatamente después de las votaciones en un primer nivel, la Iglesia católica comenzó a liderar la oposición. La votación en la Cámara de Diputados fue el 4 de mayo, el proyecto fue aprobado por 126 votos a favor, 109 en contra y cinco abstenciones. Es importante referir que el 65% de las mujeres legisladoras votó a favor, frente al 46% de hombres que también votó a favor. Dentro de la discusión, para el Senado había la preocupación de que sus integrantes, al ser representantes de áreas rurales y conservadoras, no apoyaran la reforma; fue en este momento

<sup>32</sup> SALINAS HERNÁNDEZ, H. M., op. cit., p. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Ídem.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Ídem.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> DÍEZ, J., op. cit., pp. 141-142.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> SALINAS HERNÁNDEZ, H. M., op. cit., p. 31.

cuando se lanzó la campaña llamada "Matrimonio igualitario" (frase que hace relación directa al derecho a la igualdad), donde colaboraron activistas, actores, músicos y artistas.37 Jorge Bergoglio, presidente de la Conferencia Episcopal Argentina, declaró que esta iniciativa de reforma no era sólo un proyecto legislativo, sino que era "una movida del padre de la mentira que pretende confundir y engañar a los hijos de Dios", es "la pretensión destructiva del plan de Dios". 38 La postura de la iglesia fue decisiva para influir la opinión, pero en el sentido opuesto al que ellos esperaban, pues varios senadores repudiaron públicamente las declaraciones de Bergoglio. 39 Por otra parte, se dice que la influencia de Cristina Fernández de Kirchner no fue ajena al debate, algunos senadores manifestaron después, que hubo una fuerte presión presidencial para votar a favor de la reforma. 40 El 15 de julio, el Senado aprobó la iniciativa con 33 votos a favor, 27 en contra y tres abstenciones. 41 En la ceremonia del 21 de julio de 2010, Cristina Fernández de Kishner promulgó el decreto de la Ley 26 618, que autoriza el matrimonio, incluyendo la posibilidad de adoptar. 42 Algunos sugieren que la influencia reducida de la Iglesia católica fue un factor decisivo, al menos en comparación con otros países de la región. Por supuesto, el Ejecutivo en ese momento, representado por Cristina Fernández de Kirchner, fue difícilmente influenciado por la Iglesia católica (recuérdese la relación de tensión entre la mandataria y Jorge Bergoglio).43

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> DÍEZ, J., op. cit., pp. 144-147.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> La Nación, "Bergoglio dice que la boda gay 'es la pretensión destructiva del plan de Dios'", *La Nación*, 8 de julio de 2010, http://www.lanacion.com.ar/1282778-bergoglio-dice-que-la-boda-gay-es-la-pretension-destructiva-del-plan-de-dios [último acceso: 19 de marzo de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> DÍEZ, J., *op. cit.*, p. 147.

<sup>40</sup> Ibídem, p.150.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> SALINAS HERNÁNDEZ, H. M., op. cit., p. 31.

<sup>42</sup> Ídem.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> BBC, "Las claves de la tensión entre Bergoglio y los Kirchner", 15 marzo 2013, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/03/130314\_tensiones\_entre\_el\_ kirchnerismo y jorge mario bergoglio bd [último acceso 14 de febrero de 2017].

Las organizaciones religiosas no tenían una postura unánime, había grupos de iglesias protestantes, luteranas, anglicanas y metodistas, así como judíos que apoyaban la propuesta.44 Es importante hacer notar, como sostiene Vaggione, que la laicidad no implica la anulación de lo religioso como dimensión legítima de la política, en cambio, resultan necesarios "[...] modelos analíticos y normativos que permitan compatibilizar los discursos sobre laicidad y sobre la autonomía entre Estado e Iglesia. 145 En este sentido, la presencia de la religión es fuerte en las naciones latinoamericanas, principalmente las relacionadas con la práctica cristiana. Es crucial pensar que el discurso de los derechos humanos, de forma precisa el discurso de los derechos sexuales y reproductivos, convive con el discurso religioso, y que es necesario pensar en estrategias que propicien encuentros de comunicación de ambos lados. En efecto, cuando se establecen verdades absolutas, la posibilidad de diálogo es imposible, sin embargo es posible reconocer en posturas religiosas que han cambiado a lo largo del tiempo y que están abiertas al diálogo respecto al tema que se ha discutido en este trabajo, así "[...] las identidades religiosas también pueden ser una posibilidad para la democratización de la sexualidad en sus distintos niveles". 46 En Argentina, la heterogeneidad religiosa fue relevante para la aprobación del matrimonio igualitario, referentes evangélicos y católicos se pronunciaron a favor del cambio legal, mientras que algunos legisladores católicos aceptaron la reforma legal desde argumentos provenientes de la propia religión.47 El apoyo de diversos sectores religiosos a esta ley evidenció que la religión puede ser una aliada.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> DÍEZ, J., op. cit., p. 148.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> VAGGIONE, J. M., op. cit., p. 29.

<sup>46</sup> *lbídem*, p. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> *Ibídem*, p. 37.

#### Uruguay

De los países latinoamericanos, Uruguay se ha caracterizado por la evolución normativa dirigida a la protección de derechos humanos. Es el primer país en América Latina que aprueba las uniones civiles a nivel nacional y que, posteriormente, legaliza el matrimonio gay en 2013.<sup>48</sup> En este país las uniones civiles era posibles desde 2007, la adopción fue permitida en el 2009 y en el 2013 se aprobó la extensión del matrimonio en la Ley 19075.<sup>49</sup>

El activismo en la región fue fundamental para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Ovejas Negras, un colectivo que tuvo una incidencia muy importante, organizó varias campañas que comenzaron en el año 2010 y pugnaron por un proyecto de ley que no incluyera solamente al matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que fuese una ley de carácter integral, "no se trataba de tener que casarse, sino de poder ejercer ese derecho," era un ataque al heteropatriarcado, pues cuestionaba aspectos del matrimonio (edad para contraerlo, actualización de las causas de divorcio, orden de los apellidos de los hijos), el proyecto fue distribuido entre varias organizaciones que realizaron sugerencias y modificaciones. <sup>50</sup> La movilización social fue muy importante.

La reforma al Código Civil fue en el sentido de cambiar el concepto de matrimonio, entendido como la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo; también se reconoce la adopción por parte de parejas homosexuales y la opción de que las parejas (heterosexuales y homosexuales) decidan el orden de los ape-

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> DÍEZ, J., *op. cit.*, p. 256.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> ARLETTAZ, F., op. cit., p. 70.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Colectivo Ovejas Negras, "Campaña Matrimonio Igualitario", http://ovejasnegras. org/es/campanas/ [último acceso: 15 de abril de 2017].

189

Ilidos de la descendencia, en el caso de las parejas heterosexuales se señala que el primer apellido será el del padre, salvo que haya acuerdo para poner en primer lugar el de la madre.<sup>51</sup>

En el país uruguayo hay activismo y alianzas dentro de la política, aunque también es significativo que no hubiese una obstrucción de fuerzas conservadoras.<sup>52</sup> La votación del matrimonio igualitario fue de esta forma: en el Senado la votación terminó 23 a 8, mientras que en la Cámara de Diputados 71 votos a favor, de los 92 presentes en la sesión.53

No pasa desapercibido el momento político que atravesaba Uruguay por esos años. El gobierno encabezado por José Mujica es conocido por la serie de reformas que fortalecieron al Estado uruguayo en el tema de derechos humanos. Tanto la legalización del aborto (2012) como el matrimonio igualitario son acciones que tuvieron un amplio apoyo por parte del gobernante y la bancada del Frente Amplio, igual aconteció con la regularización de la producción y consumo de la marihuana (2013).

#### Brasil

La situación del país brasileño es diversa a la planteada en Argentina y Uruguay; en Brasil se celebra el matrimonio entre personas del mismo sexo sin legislación al respecto. Se trata de un país con un activismo consolidado en América que no ha adoptado al matrimonio gay como una prioridad pues se ha enfocado al combate de la violencia

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Ley No. 19075, fecha de publicación 09/05/2013, https://www.impo.com.uy/bases/ leyes-originales/19075-2013 [último acceso 14 de abril de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> DÍEZ, J., op. cit., p. 258.

<sup>53</sup> PEREGIL, F., "Uruguay valida la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo," El País, 10 de abril de 2013, http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/ actualidad/1365633649 404726.html [último acceso: 14 de abril de 2017].

por motivos de orientación sexual, si bien no hay una lucha por el matrimonio, sí la hay por el reconocimiento de las uniones civiles.<sup>54</sup> En 2011 el Supremo Tribunal Federal de Brasil falló a favor de las uniones civiles en todo el país y posteriormente, en 2013 el Consejo Nacional de Justicia ordenó que todos los registros civiles, reconocieran las uniones civiles como matrimonios igualitarios<sup>55</sup> y decidió que los funcionarios públicos no pueden excusarse de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.<sup>56</sup> En marzo de 2017, desde el Senado se presentó un proyecto de ley para reconocer al matrimonio igualitario, el cual deberá pasar por diversos trámites antes de su aprobación.<sup>57</sup>

Ante el reconocimiento de derechos desde el Poder Judicial, cabe la pregunta: ¿cuál es el papel de los Jueces frente a un marco heteronormativo y la exigencia por el reconocimiento de derechos humanos que trastocan con el marco jurídico? Alicia Ruiz sostiene que los Jueces tienen la labor de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues tales derechos no son valores inmutables ni transhistóricos, pues son "el resultado de largas luchas sociales, concreción del sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso, que no merecen ser traicionados, y esperanza —aunque incompleta— para las generaciones por venir". 58 El trabajo de los Jueces puede ser fundamental en naciones donde acceder por la vía del poder legislativo parece obstaculizado por la ideología de sus integrantes. En este caso,

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> DÍEZ, J., op. cit., p. 254.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> DÍEZ, Jordi, "El Matrimonio Igualitario en Chile y América Latina", *Policy Brief* No. 2/2016, p.3, http://www.representacion.cl/docs/el-matrimonio-igualitario-en-chile.pdf [último acceso: 30 de marzo de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> ARLETTAZ, F., op. cit., p.70.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Diario Las Américas, *Senado brasileño aprueba reglamentar como ley el matrimonio gay*, Diario Las Américas, 8 de marzo de 2017, http://www.diariolasamericas.com/america-latina/senado-brasileno-aprueba-reglamentar-como-ley-el-matrimoniogay-n4116663 [último acceso: 14 de abril de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> RUIZ, Alicia E. C., *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del Derecho,* Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 56.

el litigio puede ser considerado como una herramienta de emancipación dentro del propio discurso jurídico, a pesar de la rotunda negativa del Poder Legislativo o incluso del Poder Ejecutivo. Mediante el litigio, visto como una estrategia de resistencia jurídica, se ejercitan derechos y se reclama justicia a través de tribunales ordinarios y constitucionales o ante instancias internacionales. 59

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha tenido un papel primordial en la deconstrucción del concepto de matrimonio, incluso de forma mas contundente que los cambios que se han realizado desde el poder legislativo; en noviembre de 2016 la Comisión de Derechos Humanos del Congreso declaró improcedente la iniciativa de ley enviada por Enrique Peña Nieto para reformar el concepto de matrimonio en el Código Civil Federal. Si bien es cierto que el reconocimiento legal es estratégico, el Poder Judicial de la Federación ha emitido jurisprudencia vinculante para todos los juzgados del registro civil del país, por lo que el matrimonio igualitario es una realidad vigente para todas aquellas personas que desean celebrar este contrato, a pesar de los obstáculos que persisten dentro de las entidades federativas, propiciados por las y los funcionarios que desacatan el mandato de la SCJN.

#### Colombia

El Poder Judicial ha jugado un papel fundamental en el reconocimiento de derechos del colectivo LGBT+, incluso frente a una reticencia para legislar en estos temas, para las organizaciones y defensores de derechos humanos recurrir a la Corte ha sido una acción provechosa para visibilizar la discriminación y violencia sobre las personas LGBT+.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> ENRÍQUEZ ROSAS, Lourdes, "Eficacia performativa de las estrategias de resistencia jurídica para defender los derechos de las mujeres" en RAPHAEL, Lucía y PRIEGO, María Teresa (coords.), Arte, Justicia y Género, Fontamara-SCJN, México, 2013, p. 147.

En 2007, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-075/07 declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección de la unión de hecho se aplique también a las parejas homosexuales; la Corte reconoció los mismos derechos, al presumir la existencia de una sociedad patrimonial después de dos años de convivencia o cuando la pareja manifieste ante notaría o un centro de conciliación la existencia de su unión, su disolución cuando finaliza la vida en pareja y el derecho del sobreviviente. 60

En el año 2011, en la sentencia No. 577/11, donde se resolvió la inconstitucionalidad del artículo 113 del Código Civil respecto al matrimonio, la Corte reconoció que las parejas del mismo sexo pueden conformar una familia, agregando que la familia constitucionalmente reconocida no es sólo la que nace del matrimonio, por lo que exhortó al Congreso para que antes del 29 de junio de 2013 legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a estas parejas, agregando que si para esa fecha el Congreso no hubiere expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o Juez competente a formalizar el vínculo contractual.<sup>61</sup>

Colombia Diversa (organización por los derechos LGBT+) señala que en los últimos dos años se han celebrado aproximadamente 40 matrimonios civiles a raíz de esta sentencia, mientras que hay registro de Jueces y notarios que han celebrado contratos discriminatorios

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> SENTENCIA No. C-075/07, Expediente D-6362, Actores: Marcela Sánchez Buitrago y otras, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Colombia, 7 de febrero de 2007, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Sentencia No. 577/11, Expedientes acumulados D-8367 y D-8376, Demandantes: Carlos Andrés Echeverry Restrepo y otros, Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá Colombia, 26 de julio de 2011, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm

que no protegen a las parejas y las dejan en un limbo legal; por su parte, la Procuraduría General de la Nación ha buscado anular el matrimonio de las parejas del mismo sexo, incluso emitió una circular para que las notarías se negaran a registrar los matrimonios. Para la organización defensora de derechos humanos, "la falta de una interpretación unívoca de la sentencia C-577 de 2011, generó un caos institucional sin precedente."62

Otro referente en el tema relacionado con la adopción de menores es la sentencia No. C-071/15, en la cual la Corte, con fundamento en los derechos diferenciados entre las parejas heterosexuales y homosexuales, reconoce que, en lo relativo a la figura de la adopción contemplada en el Código de la Infancia y la Adolescencia, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas las parejas del mismo sexo, "cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. "63 Fue en la sentencia C-683/15 que la Corte colombiana concluyó que "la adopción de niños de personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor, ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral," con fundamento en la Ley 1098 de 2006 (por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia) y la Ley 54 de 1990.64

En el año 2016, al emitir sentencia respecto a seis acciones de tutela, la Corte se pronunció respecto a la interpretación de la sentencia

<sup>62</sup> Colombia Diversa, "Matrimonio igualitario", http://www.colombia-diversa.org/p/ matrimonio-igualitario 45.html [último acceso 2 de abril de 2017].

<sup>63</sup> Sentencia C-071/15, Expediente D-10315, Accionante: Diego Andrés Prada Vargas, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá, Colombia, disponible en: http:// www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Sentencia No. C-683/15, Expediente D-10371, Accionantes: Sergio Estrada Vélez y otros, Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá, Colombia, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm

C-577 de 2011 y declaró que los matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados con posterioridad al 20 de junio de 2013 gozan de plena validez jurídica, por ajustarse a una interpretación constitucional de la sentencia C-577, señalando que este fallo tiene carácter vinculante para autoridades judiciales, notarios públicos y registrados del Estado civil del país. Debe decirse al respecto que la Corte señaló que la Procuraduría General carecía de legitimación activa para presentar acciones de tutela encaminadas a impedir la celebración del matrimonio de parejas del mismo sexo. La Corte es determinante en señalar que con fundamento en "los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual." 65

Al igual que sucedió en México, el Poder Judicial en el país colombiano cuestiona el paradigma de la heteronormatividad, al pronunciarse en repetidas ocasiones a favor del matrimonio igualitario a partir de la incansable labor de activistas y defensores/as de derechos humanos.

# 3. Por una deconstrucción del concepto de ciudadanía

Este 2017 se cumplen diez años de la aprobación de las sociedades en convivencia en la Ciudad de México, figura que modificó el concepto de familia basado en la unión heterosexual.<sup>66</sup> De la narrativa internacional planteada en el apartado anterior se desprende que la deconstrucción del concepto de una ciudadanía incluyente se presenta,

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Sentencia SU214/16, Expediente T-4.167.863 AC, Acciones de tutela formuladas por: Luis Felipe Rodríguez Rodas y otros, Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos, 28 de abril de 2016, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> MEDINA TREJO, Antonio, "Los imaginarios de la libertad: 10 años de sociedades de convivencia", 15 de marzo de 2017, Agencia Cimac. Disponible en: http://www.cimacnoticias.com.mx/noticia/10-os-de-sociedades-de-convivencia

mediante esfuerzos *graduales*, a partir del esquema siguiente: 1) La eliminación de sanciones de carácter penal impuestas a las relaciones homosexuales. 2) Protecciones específicas en contra de la violencia homófoba y la discriminación. 3) Ciertos países optan por crear un nuevo Estado civil diseñado para uniones homosexuales, mientras que otros desarrollan leyes que regulan a las uniones no casadas, otorgando ciertos derechos a la unión homosexual.<sup>67</sup> 4) El concepto de matrimonio deja de hacer mención sobre el sexo de los contrayentes (lo cual se amplía a otros derechos, como la adopción).

En un sistema liberal de derechos, el argumento "separados, pero iguales" (reforzado por figuras creadas *ad hoc* como las sociedades en convivencia) puede ser analizado y cuestionado a partir del derecho a la no discriminación por motivos de sexo, identidad de género o preferencia sexual. En el Caso *Brown v. Board of Education* en los Estados Unidos de América se expuso la discriminación por motivo de raza y la vulneración al derecho de igualdad de los estudiantes afroamericanos al existir leyes que distinguían entre escuelas para estudiantes afroamericanos y escuelas para blancos. La Primera Sala de la SCJN también se ha pronunciado en este sentido, así, en la tesis jurisprudencial 1a./J.46/2015 estableció que "los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen una régimen de "separados pero iguales." <sup>68</sup> Distinguir

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> CALVO, Kerman, "Las respuestas de las democracias al movimiento homosexual: una primera aproximación", España, Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 22-23, http://www.uam.es/ss/Satellite?pagename=FacdDerecho%2FPage%2FUAM\_lis tadoCombo&cid=1242658791834&language=es&busca\_combo=1242659633215% 3AUAM\_Multimedia\_FP, [último acceso: 20 de enero de 2017].

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Tesis [J.]: 1a./J. 46/15, del rubro MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO.

entre matrimonio, unión de hecho o una figura creada *ad hoc* para personas que se encajonan en un grupo por 'desviarse' de la normatividad es crear distintos niveles de ciudadanía. En efecto, más allá de asumir la complejidad del vocablo ciudadanía, la creación de distintas figuras podría bien reflejar la discriminación desde el derecho que acoge el principio de igualdad pero reconoce que existe una normalidad y sólo concede una clase de derechos a aquellos 'anormales'. A propósito, Francesca Gargallo sostiene que:

[...] fue desde mediados de la década de 1960, gracias a los aportes teóricos de los movimientos feminista, lésbico gay transexual y bisexual (LGTB), de la negritud, indígena, es decir de los movimientos sociales que ponen el ser, la propia identidad, en el centro de sus reivindicaciones políticas, que estas preguntas nos han ofrecido la posibilidad de analizar el derecho a las diferencias vitales –legales, económicas, de organización de los afectos, de derechos a la sexualidad– como inherentes al ideal de justicia y a la construcción de una ciudadanía compleja.<sup>69</sup>

Hay especialistas que consideran que los modelos de ciudadanía responden a la historia política de cada nación. Kerman Calvo sostiene que "existe una relación entre la cultura política y la vía adoptada para atender a las demandas del movimiento homosexual". <sup>70</sup> Explica que en el caso de países como Francia o España, cuyos modelos de ciudadanía están basados en la homogeneización, la cultura política desincentiva las políticas basadas en la diferencia, es decir, responde al pensamiento liberal de derechos y rechaza categorías específicas

Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, libro 22, septiembre de 2015, p. 253. Reg. IUS 2009922.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> GARGALLO, Francesca, "La justicia, las demandas de la ciudadanía y las frustraciones ante los derechos humanos de las mujeres", en SAUCEDO, Irma y MELGAR, Lucía (coord.), ¿Y usted cree tener derechos? Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia, PUEG-UNAM, México, 2011, p. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> CALVO, K., op. cit., p. 28.

para grupos concretos.71 Calvo refiere que es imposible responder si una política sexual basada en la diferencia es discriminatoria o no, para el sociólogo "un estado civil específicamente diseñado para las uniones homosexuales puede o no ser discriminatorio, siempre en función del modelo de ciudadanía imperante y de la visión dominante del principio de igualdad", mientras que algunos pueden pensar que la clave del principio de igualdad reside en la homogeneización absoluta, otros creerán que "la clave de la convivencia en la polis reside en la capacidad de la comunidad política para generar soluciones a las especificidades de cada grupo social."72

Esta idea resulta crucial para el análisis planteado. Con una fuerte incidencia política, los representantes de la Iglesia católica han manifestado su oposición a la modificación del concepto de matrimonio (como lo hizo Jorge Bergoglio en Argentina o Norberto Rivera en México), y su postura es asumida por actores políticos que reproducen argumentos basados en creencias religiosas o convicciones morales relacionadas con el hecho biológico de la reproducción y de la sexualidad normal y contra natura. Ante este escenario, desde el panorama latinoamericano resulta complejo pensar en figuras distintas para el reconocimiento de derechos, cuando el propio discurso que lo promueve está conformado por ideas discriminatorias, estereotipadas y de segregación. El concepto complejo de ciudadanía exige de los Estados respuestas acordes al discurso de los derechos humanos, que eliminen la discriminación legal y que den respuesta al cuestionamiento del orden heteronormativo protegido por el discurso legal. En palabras de Alicia Ruiz "La igualdad de la ciudadanía choca con la diferencia de la subjetividad porque en la regulación liberal esa igualdad, profundamente selectiva ignora diferencias tales como raza, propiedad,

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> *Ibídem*, p. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> *Ibidem*, p. 33.

sexo, que luego vendrán a ser los objetos centrales de las luchas igualitarias". 73 Resulta invaluable repensar al derecho como una "práctica viviente" de la cual se exige la protección de mínimos fundamentales para una vida digna de ser vivida, bajo la cual el orden heteronormativo, que excluye la protección de la diversidad, sea cuestionado y eliminado.

La crítica a la figura del matrimonio y la exigencia del reconocimiento de los mismos derechos civiles de los que gozan las personas heterosexuales hace pensar también en el cuestionamiento en sí de la figura jurídica del matrimonio heterosexual. En este sentido, la crítica central cuestiona la reproducción como fin principal del matrimonio y los roles de género que se han reproducido sistemáticamente a lo largo de la historia humana donde desde la familia se vive la violencia sistemática en contra de las mujeres. Tómese en cuenta los argumentos que cuestionan el matrimonio igualitario, pues se muestra preocupación en que esta figura –aunque reformada– refuerce las relaciones de poder existentes en el matrimonio heterosexual y que, históricamente, ha sido una figura jurídica con grandes cargas para las mujeres. No se debe idealizar "una estructura que hasta ahora se ha basado en la desigualdad -de género y entre generaciones- y que forma parte de un sistema social permeado todavía por la dominación masculina".74 Lo que es incuestionable, es que no existe un único modelo de familia. Como refiere Lucía Melgar, existen diversas formas de ver a la familia y de vivir en ella:

Las *viejas familias* no son (o no solo son) las que mantienen una estructura nuclear heterosexual; son las que preservan una división

<sup>73</sup> RUIZ, E.C., op. cit., p.72.

<sup>74</sup> MELGAR, Lucía, "Familia: en resignificación continua", en MORENO, Hortensia y ALCÁNTARA, Eva (coords.), Conceptos clave en los estudios de género, Volumen I, PUEG-UNAM, México, 2016, p. 100.

sexual del trabajo injusta y conceptos rígidos de los roles y relaciones de género; las que siguen siendo funcionales a un sistema socioeconómico basado en la desigualdad que se beneficia del trabajo no remunerado de las mujeres, y que al integrarlas en el ámbito laboral no deja de explotarlas. En contraste, las nuevas familias no serían (o no solo) las que rompen con la heteronormatividad, sino, más bien, aquellas que promueven la igualdad entre sus integrantes, donde se ejercen nuevas y menos rígidas maternidades y paternidades, y donde se da una real apertura a más amplios conceptos (y realidades) de aénero. 75

La argumentación de Melgar es fundamental en el tema analizado, no basta con quebrantar el mandato de heteronormatividad, sino de hacer cimbrar las raíces de la dominación dentro de las estructuras familiares, donde se promueva la igualdad y la no discriminación entre sus integrantes. Si esto es posible, el matrimonio igualitario puede ser un valioso aliado en la resignificación de los conceptos de paternidad y maternidad<sup>76</sup> y un desafío a una de las figuras representativas del patriarcado.

Lo que parece innegable es que el reconocimiento legal del matrimonio tiene un efecto simbólico poderoso, por lo que es importante visibilizar la fuerza que tiene para la deconstrucción del concepto de ciudadanía. No hay duda de que además de los beneficios de carácter socioeconómico, la discusión política sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo invita a hablar públicamente sobre la diversidad sexo-genérica, lo cual puede tener un componente pedagógico al cuestionar estereotipos y falsas creencias sobre la homosexualidad, el lesbianismo, la crianza de hijos y ya en sí, este proceso construye ciudadanía.77 En este tema hay un deber ético de comprensión de la

<sup>75</sup> Ídem.

<sup>76</sup> Ídem.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> DÍEZ, J., op. cit., p. 259

alteridad que sólo puede pensarse a través del reconocimiento de la diversidad humana. Quizás la lucha no sea la ampliación del concepto de matrimonio, o no sólo sea la apertura jurídica hacia preferencias sexuales históricamente oprimidas, la lucha tiene dimensiones que sobrepasan al campo jurídico, es la defensa por la humanidad en una sociedad diversa que excluye a lo 'anormal'. En palabras de Alex Alí Méndez, líder activista por los derechos LGBT+ en México y quien ha impulsado el litigio por el matrimonio igualitario "realmente estamos peleando por una calidad de vida que nos merecemos como seres humanos [...] no tiene que ver con el hecho de casarse, es lo que te cuesta ser niño, lo que te cuesta ser adolescente, lo que te cuesta vivir una juventud en una sociedad en la que de alguna manera tienes que encajar si quieres sobrevivir, el costo es que tienes que alejarte de tu familia, tienes que buscar abrirte espacios de alguna manera y es bastante complicado."<sup>78</sup>

## 4. Reflexiones finales

La narrativa de estas páginas ha tenido como propósito situar la figura del matrimonio igualitario como un replanteamiento del concepto de ciudadanía, en el mismo eco de las demandas de las mujeres en la Ilustración, la población afroamericana en Estados Unidos o la población indígena en la Nueva España, se trata de la pugna por la ampliación del concepto restringido de ciudadanía por la implicaciones legales que de ello deriva, pero no de forma exclusiva. En estas páginas se ha abordado brevemente el camino que ha tenido la defensa de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de la población LGBT+ en América Latina. Se han identificado estrategias en común en Argentina, Uruguay, Brasil y Colombia, por ejemplo, la inter-

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Tomado de la voz de Alex Alí Méndez, del documental *Etiqueta no rigurosa*, dirigido por Cristina Herrera Bórquez, 2016. Ver https://www.etiquetanorigurosa.com/

◈ 201

vención del Poder Legislativo, pero también el papel fundamental que ha jugado la colaboración del Poder Judicial en escenarios políticos donde el Poder Legislativo no es un aliado.

Se han presentado también argumentos relacionados con la crítica a la figura del matrimonio, sus características históricas y la fuerte tradición que aún impera en nuestros días. Al mismo tiempo se retoma la idea de que el derecho no puede estar ajeno a las diversas experiencias de lo humano y esto es visible en los países que deconstruyen su marco normativo a partir del reconocimiento de la alteridad. Grandes retos se vienen para las y los operadores del derecho, frente a lo que se vislumbra como una fuerte oleada conservadora a nivel mundial, la oposición férrea al reconocimiento de lo diverso y la imposición de creencias que nos hacen recordar a las dictaduras que las mismas naciones latinoamericanas vivieron en el siglo XX. El tema abordado en estas páginas es sólo una de tantas batallas dentro del discurso de los derechos humanos que tienen como factor común el hartazgo al sometimiento, la violencia y la dominación. Que las reflexiones vertidas en este texto sirvan para poder escuchar el llamado del otro/a, que nos invita y nos obliga a responder.<sup>79</sup>

# REFERENCIAS

ARLETTAZ, Fernando, Matrimonio homosexual y secularización, Serie Cultura Laica, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2015. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam. mx/www/bjv/libros/8/3874/4.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Ana María Martínez de la Escalera, "Alteridad (emblema)", en Ana María Martínez de la Escalera Lorenzo y Erika Linding Cisneros, (coord.), Alteridad y Exclusiones, Vocabulario para el debate social y político, Facultad de Filosofía y Letras UNAM y Juan Pablos Editor, Ciudad de México, 2013, pp. 22-23.

- BRUNDAGE, James A., *La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- CALVO, Kerman, "Las respuestas de las democracias al movimiento homosexual: una primera aproximación", Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2005, pp. 22-23, <a href="http://www.uam.es/ss/Satellite?pagename=FacdDerecho%2FPage%2FUAM\_listadoCombo&cid=1242658791834&language=es&busca\_combo=1242659633215%3AUAM\_Multimedia\_FP">http://www.uam.es/ss/Satellite?pagename=FacdDerecho%2FPage%2FUAM\_listadoCombo&cid=1242658791834&language=es&busca\_combo=1242659633215%3AUAM\_Multimedia\_FP</a>
- DÍEZ, Jordi, *El Matrimonio Igualitario en Chile y América Latina,* Policy Brief No. 2/2016, p.3, <a href="http://www.representacion.cl/docs/el-matrimonio-igualitario-en-chile.pdf">http://www.representacion.cl/docs/el-matrimonio-igualitario-en-chile.pdf</a>
  - \_\_\_\_\_\_, The Politics of gay marriage in Latin America. Argentina, Chile and Mexico, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- ENRÍQUEZ ROSAS, Lourdes, "Eficacia performativa de las estrategias de resistencia jurídica para defender los derechos de las mujeres" en Raphael, Lucía y Priego, María Teresa (coords.), *Arte, Justicia y Género*, Fontamara-SCJN, México, 2013.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, "La sexofobia del clero; sus consecuencias para la ética sexual occidental y el derecho familiar" en Floris Margadant, Guillermo, La sexofobia del clero y cuatro ensayos histórico-jurídicos sobre sexualidad, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México, 2001.
- GARGALLO, Francesca "La justicia, las demandas de la ciudadanía y las frustraciones ante los derechos humanos de las mujeres", en Saucedo Irma y Lucía Melgar (coord.), ¿Y usted cree tener derechos?

Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia, PUEG-UNAM, México, 2011.

- LEMAISTRE RIPOLL, Julieta, *Laicidad y resistencia*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, UNAM, México, 2013.
- MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, Ana María "Alteridad (emblema)", en Ana María Martínez de la Escalera Lorenzo y Erika Linding Cisneros, (coord.), *Alteridad y Exclusiones, Vocabulario para el debate social y político*, Facultad de Filosofía y Letras UNAM y Juan Pablos Editor, Ciudad de México, 2013.
- MELGAR, Lucía "Familia: en resignificación continua", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género, Volumen I*, PUEG-UNAM, México, 2016.
- PETRACCI, Mónica *Argentina, Derechos Humanos y sexualidad*, Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, Instituto de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil, 2007.
- RUBIN, Gayle "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo" en Lamas Marta, *El género, La construcción cultural de la diferencia sexual,* PUEG UNAM-Porrúa, México, 2013.
- RUIZ, Alicia E. C., *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del Derecho,* Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2001.
- SALDIVIA, Laura, *Laicidad y diversidad*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, UNAM, México, 2013.

- SALINAS HERNÁNDEZ, Héctor Miguel, *Matrimonio Igualitario en la Ciudad de México ¿Por qué quieren casarse los gays*, Voces en tinta, México D.F., 2013.
- SERRET, Estela, "Desafiando al género. Expresiones subjetivas de la resistencia social" en Estela, Serret (coord.), *Identidad imaginaria:* sexo, género y deseo, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2015.
- VAGGIONE, Juan Marco, *Laicidad y sexualidad*, Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para entender y pensar la laicidad, IIJ, Cátedra Extraordinario Benito Juárez, UNAM, México, 2013.

# HEMEROGRAFÍA

- Archivo de la Comunidad Homosexual de Argentina, *Unión Civil: Decreto de Promulgación*, <a href="http://www.cha.org.ar/centro-de-documentacion-digital/union-civil-decreto-de-promulgacion/">http://www.cha.org.ar/centro-de-documentacion-digital/union-civil-decreto-de-promulgacion/</a>
- ARISTEGUI Noticias, "Daniel Zamudio: asesinato y heridas de homofobia en Chile", 28 de abril de 2012, *Aristegui Noticias*, http://aristegui noticias.com/2804/mundo/daniel-zamudio-asesinato-y-heridas-de-homofobia-en-chile/
- BBC, "Las claves de la tensión entre Bergoglio y los Kirchner", 15 marzo 2013, <a href="http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/03/130314\_">http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/03/130314\_</a> tensiones entre el kirchnerismo y jorge mario bergoglio bd
- Colectivo Ovejas Negras, "Campaña Matrimonio Igualitario", <a href="http://ovejasnegras.org/es/campanas/">http://ovejasnegras.org/es/campanas/</a>
- Colombia Diversa, "Matrimonio igualitario", <a href="http://www.colombia-diversa.org/p/matrimonio-igualitario">http://www.colombia-diversa.org/p/matrimonio-igualitario</a> 45.html

- El Mundo, "Chile aprueba el matrimonio homosexual", 28 de enero de 2015, *El Mundo*, <a href="http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/28/54c935f3ca474161208b4579.html">http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/28/54c935f3ca474161208b4579.html</a>
- La Nación, "Bergoglio dice que la boda gay 'es la pretensión destructiva del plan de Dios'", *La Nación*, 8 de julio de 2010, <a href="http://www.lanacion.com.ar/1282778-bergoglio-dice-que-la-boda-gay-es-la-pretension-destructiva-del-plan-de-dios">http://www.lanacion.com.ar/1282778-bergoglio-dice-que-la-boda-gay-es-la-pretension-destructiva-del-plan-de-dios</a>
- MARTÍNEZ RIVAS, Julio, "La Corte Suprema estadunidense y el matrimonio gay. Análisis de la sentencia", *Nexos*, junio 30 2015, <a href="http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4760">http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4760</a>
- MEDINA TREJO, Antonio, Los imaginarios de la libertad: 10 años de sociedades de convivencia, 15 de marzo de 2017, Agencia Cimac. Disponible en: <a href="http://www.cimacnoticias.com.mx/noticia/10-os-de-sociedades-de-convivencia">http://www.cimacnoticias.com.mx/noticia/10-os-de-sociedades-de-convivencia</a>
- PEREGIL, Francisco "Uruguay valida la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo," El país, 10 de abril de 2013, <a href="http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649\_404726.html">http://internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649\_404726.html</a>
- PÉREZ ZABALA, Victoria, "Es la historia de un amor", *La Nación*, 17 de julio de 2011, <a href="http://www.lanacion.com.ar/1389941-es-la-historia-de-un-amor">http://www.lanacion.com.ar/1389941-es-la-historia-de-un-amor</a>

Ley No. 19075, fecha de publicación 09/05/2013, <a href="https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19075-2013">https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19075-2013</a>

### CRITERIOS JURISDICCIONALES

- Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. "Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012", Serie C No. 239 Serie C. No. 524. Disponible en: <a href="http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf">http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_239\_esp.pdf</a>
- MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. Tesis [J.]: 1a./J. 46/15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, libro 22, septiembre de 2015, p. 253. Reg. IUS 2009922.
- SENTENCIA No. C-075/07, Expediente D-6362, Actores: Marcela Sánchez Buitrago y otras, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Colombia, 7 de febrero de 2007, disponible en: <a href="http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm">http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm</a>
- SENTENCIA No. 577/11, Expedientes acumulados D-8367 y D-8376, Demandantes: Carlos Andrés Echeverry Restrepo y otros, Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá Colombia, 26 de julio de 2011, disponible en: <a href="http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm">http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm</a>
- SENTENCIA C-071/15, Expediente D-10315, Accionante: Diego Andrés Prada Vargas, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio,

Bogotá, Colombia, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm

SENTENCIA No. C-683/15, Expediente D-10371, Accionantes: Sergio Estrada Vélez y otros, Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, Bogotá, Colombia, disponible en: <a href="http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm">http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm</a>

SENTENCIA SU214/16, Expediente T-4.167.863 AC, Acciones de tutela formuladas por: Luis Felipe Rodríguez Rodas y otros, Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos, 28 de abril de 2016, disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm

#### OTRAS FUENTES

Película "Etiqueta no rigurosa" dirigido por Cristina Herrera Bórquez, https://www.etiquetanorigurosa.com/



Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2017 en los talleres de Papiro Reproducciones, S.A. de C.V., Marcelino Dávalos núm. 12-1, Colonia Algarín, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06880, Ciudad de México, México. Se utilizaron tipos Gothic 720 Lt BT de 8, 9 y 10 puntos y Gothic 720 BT de 7, 8, 10.5 y 14 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 g.