

MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO. SU EVOLUCIÓN DESDE LA JUDICATURA

Karla I. Quintana Osuna*

Resumen

Los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGTBTBI) han estado cada vez más, principalmente en la última década, en el centro de la discusión en los diferentes foros nacionales e internacionales. Una de las problemáticas planteadas en relación con la discriminación con base en la orientación sexual se da respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, frente a los reconocidos a las parejas heterosexuales. El artículo se enfoca en el avance judicial que, sobre el reconocimiento del matrimonio igualitario, se ha dado en México. Para ello, se analizan los diferentes casos que, en los últimos años, han ido delineando las distintas cuestiones planteadas en relación con el tema desde el punto de vista sustantivo y adjetivo. En ese sentido, el artículo aborda las diferentes temáticas surgidas en los precedentes estudiados, como son: la orientación sexual como categoría sospechosa,

* Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ex abogada de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Las opiniones expresadas en el presente artículo son responsabilidad de la autora y no reflejan necesariamente las opiniones de la institución en la que trabaja o en las que ha trabajado.

el escrutinio constitucional aplicado en dichos casos, el análisis sobre figuras que reproducen un régimen de "separados pero iguales", pues se crean de manera paralela y diferenciada al matrimonio para parejas heterosexuales, la afectación que tiene una norma discriminatoria por su sola existencia, el interés legítimo para interponer un recurso respecto de una norma discriminatoria, la libertad configurativa del poder legislativo siempre que no discrimine en las normas, entre otros. Finalmente, el artículo destaca el impacto que, en los tribunales inferiores, han tenido las decisiones estudiadas y se abren las interrogantes sobre los nuevos temas que se visualizan estarán en el foro de discusión en los próximos años.

Palabras clave: Matrimonio igualitario, discriminación por orientación sexual, orientación sexual como categoría sospechosa, interés legítimo respecto de norma discriminatoria, avance judicial en reconocimiento de matrimonio igualitario.

Abstract

Lesbian, gay, bisexual, transexual, transgender and intersex (LGTBTBI) individuals' rights have been the topic of the discussion of international and national *fora*, mainly, during the last decade. One of the issues raised on discrimination based on sexual orientation refers to the rights of same-sex couples, *vis á vis* the rights recognized to heterosexual couples. The article focuses on the judicial development in Mexico regarding equal marriage. It also analyzes the different cases that have demarcated several issues regarding equal marriage, both from the substantive and the procedural scope during the previous years. In that regard, the paper examines the different subjects addressed in those decisions, such as: sexual orientation as an insular minority, the constitutional test applied to those cases, the legal concept that reproduces the "separate but equal" regime because it creates a parallel regime to the heterosexual marriage, the harm that a discriminatory law produces by its simple existence, the legislative discretion on creating law, as long as it does not discriminate anyone, among others. Last, the article points out the impact that such decisions have had in lower tribunals, and other questions that might be in the discussion in the following years.

Keywords: Equal marriage, discrimination based on sexual orientation, sexual orientation as an insular minority, judicial development regarding equal marriage.

1. Introducción

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

Las problemáticas planteadas en torno a la discriminación sufrida con base en la orientación sexual en materia civil¹ se presentan principalmente en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo, los cuales no son los mismos que los reconocidos a las parejas heterosexuales, independientemente de si se trate de relaciones sancionadas o no por el Estado –matrimonio frente a concubinato– ni los beneficios asociados a éstos. En el presente artículo me limitaré a uno de dichos temas: el matrimonio igualitario.

Un análisis comparado de la evolución del matrimonio igualitario en distintos países latinoamericanos mostrará cómo varían los foros donde se ha tenido

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

mayor impacto. Así, por ejemplo, en países como Argentina o Uruguay, el poder legislativo es el que ha tomado la iniciativa para modificar las normas y legislar el matrimonio igualitario, y otros más legislando a través del concepto de uniones civiles para diferenciarlo del matrimonio heterosexual –como acaba de suceder en Chile, o como sucedió, en un primer momento, en la Ciudad de México con las sociedades de convivencia–. Países como México, Colombia o Estados Unidos, en cambio, han avanzado en la materia principalmente a través de decisiones judiciales.

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

2. ¿Por qué matrimonio igualitario?

Considero necesario hacer una aclaración previa antes de seguir con el análisis. A lo largo de este artículo –y en el título mismo– me refiero al tema como matrimonio "igualitario". Este término no es referido así en ninguna de las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero –como se verá– el análisis del principio de igualdad y no discriminación que ésta hace lleva a concluir que la figura del matrimonio debe incluir a personas del mismo y de diferente sexo, en igualdad de condiciones: un matrimonio accesible para todos y todas.

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

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

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

3. Evolución del contenido y alcance del concepto del matrimonio igualitario desde la Suprema Corte de Justicia de México

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

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

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

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

En una decisión mayoritaria, el Pleno determinó que la ley era constitucional.² El argumento central de la decisión es que la Constitución mexicana protege a la familia en las diversas formas en que se integre, incluida la formada por parejas homosexuales. En ese sentido, la decisión destacó que la concepción del matrimonio ha evolucionado con la sociedad y, actualmente, se sostiene primordialmente "en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común", lo cual ha redefinido el concepto y lo ha desvinculado de la función procreativa.

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

La decisión agregó que, siendo México una federación, las entidades federativas tenían libertad configurativa en materia civil en tanto no estuviera expresamente previsto para la Federación,³ por lo que si el Distrito Federal quería legislar las uniones del mismo sexo, podía hacerlo.

Aquí es importante hacer dos aclaraciones. Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia es que la Constitución mexicana protege todas las formas de familia –incluyendo la formada por parejas del mismo sexo–, al destacar que las entidades

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

³ El artículo 124 de la Constitución mexicana establece que todo aquello que no esté expresamente facultado a la Federación, se entiende delegada a las entidades federativas.

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

Por otro lado y vinculado con lo anterior es que cuando se emitió esta decisión no se había dado la reforma en materia de derechos humanos de 2011 que reformó el artículo 1o. constitucional incluyendo, como categoría sospechosa, a la preferencia sexual. Aquí, por supuesto, se podría argumentar válidamente que no era necesaria su protección constitucional expresa, sino que se podía interpretar desde los estándares internacionales y desde una lectura integral de la Constitución. No obstante, de un simple análisis de las decisiones de la Suprema Corte es claro que la obligación de aplicar los estándares internacionales –aún en 2015, con una reforma de por medio y decisiones judiciales divididas– no se ha interiorizado.⁴ Las razones de ello escapan del tema de este artículo.

⁴ Razones similares sostuvo Roberto Lara Chagoyán al dictar las conferencias "El Nuevo Paradigma Constitucional. Una visión crítica", celebrada el 29 de marzo de 2014 en la Casa de la Cultura Jurídica "Ministro Teófilo Olea y Leyva", en Cuernavaca, Morelos, y "Nuevo Marco Constitucional en Derechos Humanos y Amparo", celebrada el 29 de septiembre de 2014, en la Escuela Libre de Derecho, en la Ciudad de México.

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

b. Parejas del mismo sexo desean contraer matrimonio. Los tres casos hermanos de Oaxaca

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

En uno de los amparos interpuestos se concedió el amparo a las quejas⁵ y, en los otros dos, se les negó la protección constitucional, en particular, por considerar que se trataba de una omisión legislativa respecto de la cual, una eventual concesión de amparo no podría cumplirse sin vulnerar los principios del juicio de amparo.⁶ Contra dichas sentencias se interpusieron recursos de revisión.

⁵ Amparo en revisión 581/12. "Lizeth Citlalli Martínez Hernández y María Monserrat Ordoñez", fallado el 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de 4 votos, bajo la ponencia del Ministro Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

⁶ Amparos en revisión 457/12. "Alejandro de Jesús Reyes Álvarez y Guillermo Emmanuel Martínez", 567/12 "Karina Mendieta Pérez y Gabriela Castellanos Mota", fallados el 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de 4 votos, bajo las ponencias de los Ministros Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz. Ministro Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez.

Antes de la resolución respectiva que correspondía a los tribunales colegiados, las tres parejas solicitaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México –encargada, entre otros temas, de la materia civil– que ejerciera su facultad de atracción,⁷ en virtud de la importancia y trascendencia del tema involucrado. La Primera Sala decidió atraer los asuntos y analizar el fondo.⁸

En tres sentencias, falladas todas el 5 de diciembre de 2013 por unanimidad,⁹ la Primera Sala determinó que a las parejas involucradas se les había vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, y que parte del artículo impugnado era discriminatorio, por lo que se les otorgó el amparo, lo cual implicaba que las parejas podrían casarse.

Las sentencias pueden dividirse en cuatro temas principales:¹⁰ 1) omisión legislativa; 2) orientación sexual como categoría sospechosa y el escrutinio que le aplica; 3) análisis específico de la norma impugnada, y 4) efectos de la decisión.

i. Omisión legislativa

Las parejas alegaron que el Congreso local había incurrido en una omisión legislativa al limitar la figura del matrimonio a las parejas heterosexuales dejando fuera del orden jurídico a las homosexuales. La Sala consideró que dicho argu-

⁷ En México, los Ministros y Ministras de las Salas de la Suprema Corte de Justicia tienen la facultad de atraer un asunto que, no estando en el momento procesal idóneo para ser resuelto por el Tribunal, involucre temas de importancia y trascendencia para ser resuelto por ésta.

⁸ Solicitudes de facultad de atracción, falladas el 6 de junio y 15 de agosto de 2012.

⁹ Amparos en revisión 581/12. "Lizeth Citlalli Martínez Hernández y María Monserrat Ordoñez", 457/12, 567/12 "Karina Mendieta Pérez y Gabriela Castellanos Mota", fallados el 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de 4 votos, bajo las ponencias de los Ministros Zaldívar, Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Ministro Cossío. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz. Ministro Pardo, Secretario: Alejandro García Núñez, respectivamente. Para la autora, la sentencia más completa de las referidas es la primera: el amparo en revisión 581/12.

¹⁰ Es importante destacar que el amparo en revisión 152/13, fallado en abril de 2014, retomó casi en su totalidad las consideraciones de fondo de estas tres sentencias, con algunas adiciones, pero variando los efectos.

mento era infundado, pues el hecho que las parejas del mismo sexo no estuvieran previstas en la institución del matrimonio no implicaba una omisión legislativa, sino, más bien, una exclusión legislativa. En ese sentido, destacó que el artículo impugnado sí contemplaba la figura del matrimonio, pero excluía a las parejas del mismo sexo. No obstante, ante una exclusión tácita de un grupo determinado de un régimen jurídico, la Sala analizó el asunto bajo el principio de igualdad y no discriminación.¹¹

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

El artículo 1o. constitucional, cuarto párrafo, establece un catálogo con base en el cual no se puede discriminar. Una de dichas categorías es la preferencia sexual u orientación sexual.¹²

Es importante recordar que no todas las constituciones nacionales o tratados incluyen a la orientación sexual como categoría sospechosa, sino que su inclusión ha sido desarrollada jurisprudencialmente¹³ y de forma paulatina en las constituciones nacionales. En los casos analizados por la Sala, por primera vez con base en el reformado artículo 1o. constitucional, era claro que la diferencia de trato hacia los quejosos se basaba en su orientación sexual. En ese sentido, no fue necesario argumentar –como ha sucedido en otros casos en derecho

¹¹ Tesis aislada de rubro "IGUALDAD. DEBE ESTUDIARSE EN EL JUICIO DE AMPARO EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA SI SE ADVIERTE QUE LA NORMA GENERA UN TRATO DESIGUAL POR EXCLUSIÓN TÁCITA" 9a. Época; 1a. Sala; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXXII, Diciembre de 2010; p. 167. *Vid.* tb., amparo en revisión 485/2013, resuelto por la Segunda Sala el 29 de enero de 2014.

¹² Si bien es cierto que tanto la Constitución mexicana como algunos precedentes internacionales se refieren a la "preferencia sexual", la doctrina diferencia la preferencia de la orientación sexual, siendo la primera las elecciones de prácticas sexuales de las personas, mientras que la segunda, el sexo o sexos a que una persona se siente atraída sexualmente. Las sentencias que analizaremos hacen mención indistinta a uno u otro término –preferencia y orientación sexual–.

¹³ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

internacional¹⁴ cómo dicha categoría podría ser incluida aun cuando no lo estuviera expresamente. Esta acotación es importante porque, como se destacó en la sección de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 referente al matrimonio entre personas del mismo sexo de la Ciudad de México, en dicha decisión no existe mención alguna a la orientación sexual como categoría sospechosa, lo cual habría llevado necesariamente a hacer un análisis del principio de igualdad y no discriminación, sino, como se vio, las consideraciones giraron en torno a la protección que tienen todas las formas de familia, lo cual—como se dijo—dejaba a dicha decisión en una posición endeble desde el punto de vista argumentativo.

En todo caso, con base en el artículo 1o. constitucional, la Sala determinó que cuando se alega que una ley afecta directa o indirectamente a quien se ubique dentro de una categoría sospechosa, la misma debe ser examinada con un escrutinio estricto y destacó que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad.¹⁵ Agregó que el escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales las que tengan una justificación muy robusta.

En ese sentido, destacó que la distinción basada en las categorías sospechosas debía hacerse bajo un test estricto de proporcionalidad: i) si la distinción cumple con una finalidad imperiosa o importante desde el punto de vista constitucional

¹⁴ *Idem.* Ver, además, el artículo 1.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* que establece que "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

¹⁵ Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, se citó FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 220-243.

–un *compelling state interest*–;¹⁶ ii) si la distinción se encuentra estrechamente vinculada –*narrowly tailored*– con el fin constitucionalmente imperioso; y c) si la distinción hecha es la medida menos restrictiva –*the least restrictive means*– posible para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.

iii. Análisis concreto de la norma impugnada

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

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

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

¹⁶ Al respecto se citó, SABA, Roberto P., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

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

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

Bajo este razonamiento resulta claro que a una pareja heterosexual que quisiera acceder al matrimonio y que no quisiera –no que no "pudiera" tener descendencia, ni biológica ni, incluso, vía adopción–, no podría negársele el acceso a éste, pues la perpetuación de la especie no es el fin constitucionalmente perseguido para el matrimonio, sino el sostener primordialmente "lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común". En seguimiento de lo anterior y de la amplia protección constitucional a todos los tipos de familia, no podría decirse que una pareja que haya decidido tener vida en común de manera permanente y que –por las razones que sean– no tenga descendencia, no constituya una familia.

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

Una vez determinado que la perpetuación de la especie no es la finalidad del matrimonio, sino el compromiso de una pareja de tener una vida en común, la Sala determinó que no existe razón constitucional válida para excluir del mismo a las parejas del mismo sexo. En ese sentido, el artículo estudiado, en la parte que establece que el matrimonio es la unión "entre un solo hombre y una sola mujer", excluye injustificadamente del mismo a las parejas homosexuales situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales que sí están comprendidas en la definición. Por tanto, para la Sala, la medida de distinguir al matrimonio como heterosexual era "claramente discriminatoria" porque las relaciones entre parejas del mismo sexo –quienes se encuentran en una "situación equivalente a las parejas heterosexuales"– pueden adecuarse "perfectamente" a la institución del matrimonio y de la familia.¹⁷

Así pues, siendo que la distinción legislativa impugnada basada en la orientación sexual no está ni directa ni indirectamente conectada con la finalidad imperiosa del matrimonio desde el punto de vista constitucional, la medida no puede ser constitucional pues se avalaría una decisión basada en prejuicios históricos contra los homosexuales. Al respecto, la Sala agregó que la razón por la que las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales –en específico en relación con el matrimonio– "no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra",¹⁸ y comparó la discriminación en el acceso al

¹⁷ Al respecto citó la sentencia en el caso *Schalk y Kopf v. Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de junio de 2010, párrafo 99.

¹⁸ En este sentido, se citó *Fourie v. Minister of Home Affairs*, párrafo 76, sentencia de la Corte Suprema sudafricana.

matrimonio a la que, en su momento, sufrieron las parejas interraciales –tanto en México¹⁹ como en Estados Unidos–.²⁰

Agregó la decisión que, en virtud de que el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos, por lo que se considera al matrimonio como un "derecho a otros derechos", negar a las parejas del mismo sexo los beneficios de las parejas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a las personas homosexuales como "ciudadanos de segunda clase". La exclusión de los homosexuales del matrimonio –tal como ha sido tradicionalmente definido– ofende su dignidad, pues perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales.²¹ Además, dicha exclusión también afecta a sus hijos e hijas.

En síntesis, la Sala destacó que no existe ninguna justificación racional –ninguna razón constitucional–²² para reconocer a los homosexuales todos los derechos humanos como individuos y no reconocerles ciertos derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja.²³ Al no pasar el segundo paso del test, las decisiones de la Sala no hacen referencia alguna al tercer paso.

¹⁹ La inclusión de esta consideración del caso mexicano se hizo posteriormente en la sentencia del amparo en revisión 152/13, fallado el 23 de abril de 2014, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. En efecto, en México, 1932, la Suprema Corte de Justicia validó que el Código Civil del Estado de Sonora impidiera el matrimonio entre una mujer mexicana y un "individuo de raza china" (sic), y destacó, sin hacer un análisis sobre la discriminación racial, que dicha ley era constitucional y no se privaba a nadie de ningún derecho, pues dicha unión era "imposible". Amparo administrativo en revisión 1848/29. Wong Sun Carlos. 6 de diciembre de 1932. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Daniel V. Valencia. Época: Quinta Época. Registro: 362659. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXXVI. Materia(s): Civil, p. 2072.

²⁰ En 1967, en el caso *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema estadounidense. *Vid. Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), sentencia de la Corte Suprema de Massachusetts.

²¹ En este sentido, se hizo referencia a *Halpern v. Toronto*, párrafos 107 y 137, sentencia de la Corte de Apelaciones de Ontario. En el amparo en revisión 152/13 se añadió la cita de DOMA "DOMA's avowed purpose and practical effect are to impose a disadvantage, a separate status, and so a stigma upon all who enter into same-sex marriages made lawful by the unquestioned authority of the States."

²² Añadido en el amparo en revisión 152/13.

²³ Sobre este punto, *vid. Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415; 908 A. 2d 196 (N.J. 2006), sentencia de la Corte Suprema de Nueva Jersey.

Finalmente, es relevante destacar que, con base en el análisis realizado, la decisión destacó –contrario a lo hecho por el Pleno en la acción de inconstitucionalidad estudiada– que si bien las entidades federativas tienen libertad configurativa para legislar en materia civil, tienen que respetar el principio de igualdad y no discriminación; es decir, no pueden discriminar en su labor legislativa al ser, dicho principio, una norma de *ius cogens*.²⁴ Con ello se dio un giro copernicano al entendimiento de las facultades de los órganos legislativos, poniendo en el centro la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, incluida –claro está– la obligación de no discriminar a nadie a través de las leyes.

iv. Efectos

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

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

²⁴ Esto del *ius cogens* fue una inclusión del amparo en revisión 152/13.

En primer lugar, recordemos que la propia Sala determinó que las leyes que emplean las categorías sospechosas para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad²⁵ y que sólo serán constitucionales aquéllas que tengan una justificación muy robusta. La decisión es clara en que la norma estudiada en su integralidad no logró invertir la presunción.

En segundo lugar, si bien las normas –en general y no limitadas a aquellas que incluyan categorías sospechosas– tienen la presunción de constitucionalidad y, en caso de admitir más de una interpretación debe hacerse aquélla que atienda al parámetro de regularidad constitucional y al principio *pro persona*, esto sucede cuando la norma admite más de una interpretación. Cuando se lee la frase "entre un solo hombre y una sola mujer" es clara la intención del legislador: limitar la institución del matrimonio a las parejas heterosexuales. Tal como la propia Sala estableció en la misma sentencia, este tipo de normas no son descuidos legislativos, sino la perpetuación de la discriminación histórica contra las personas con distinta orientación sexual a la percibida como aceptable.

Siguiendo este razonamiento, no se entiende –porque las sentencias no lo fundamentan– por qué la Sala consideró que esta frase admitía una interpretación conforme. Ahora bien, de conformidad con el voto razonado del Ministro Zaldívar Lelo de Larrea se podría inferir que la Sala habría considerado que declarar inconstitucional dicha frase habría dejado un vacío jurídico por declarar la totalidad de la frase inconstitucional y habría impedido a las parejas –en los casos concretos– contraer matrimonio, al otorgarse el amparo.²⁶ Si ese fue el razonamiento detrás de la sentencia, ésta no es una explicación plausible; primero, porque no es necesario que el matrimonio esté definido en la legislación para

²⁵ Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, *vid.* FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y...*, *op. cit.*, pp. 220-243.

²⁶ Voto concurrente del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en el amparo en revisión 581/2012.

que existan derechos y obligaciones para los cónyuges,²⁷ y segundo, porque implica desconocer el alcance de las sentencias interpretativas de derechos –las cuales sirven en sí mismas para adquirir un derecho– y, en específico, las sentencias manipulativas –las que, al afirmar la inconstitucionalidad de un precepto legal, reducen, amplían o sustituyen dicho contenido normativo.²⁸

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

c. Matrimonio igualitario en la ley. Su exclusión es discriminatoria. El cuarto caso de Oaxaca

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

²⁷ Sólo en México, por ejemplo, existen varias entidades federativas que no definen el matrimonio pero sí establecen derechos y obligaciones de los cónyuges.

²⁸ *Cfr.* DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional Español" en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 291-319, 300-306.

decir, para dichas personas lo relevante era que la propia ley, en su expresión, las discriminaba.

El Juez de distrito sobreseyó el amparo al considerar que las personas no habían probado su interés jurídico y que la norma impugnada era heteroaplicativa, es decir, que necesitaba un acto de aplicación –por acción u omisión– por parte de las autoridades. Ante dicha respuesta, los 39 recurrentes presentaron una revisión ante un tribunal colegiado, el cual remitió el asunto a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia y le solicitó su atracción debido al interés y trascendencia de la materia, y al hecho que la misma ya se había pronunciado en los tres casos de Oaxaca relatados. El asunto fue reasumido por la Sala,²⁹ la cual, posteriormente, hizo el análisis procesal y de fondo correspondiente.

En relación con la inconstitucionalidad del artículo impugnado, la Sala ya se había pronunciado. No obstante, el nuevo asunto implicaba un tema muy distinto y de una gran trascendencia en materia procesal. La Sala tendría que revisar y analizar, por primera vez de manera concatenada, el interés legítimo y las leyes que por su sola existencia pueden causar una afectación –llamadas autoaplicativas en nuestro país–, específicamente en temas relacionados con categorías sospechosas.³⁰

i. Interés legítimo, normas autoaplicativas y categorías sospechosas. Un nuevo entendimiento

En primer lugar, la Sala recordó que el interés legítimo "es aquél interés personal –individual o colectivo–, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en

²⁹ Mediante resolución de 6 de marzo de 2013.

³⁰ Amparo en revisión 152/13, fallado el 23 de abril de 2014, bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

favor del quejoso",³¹ es decir, debe estar garantizado por un derecho objetivo y debe haber una afectación a la esfera jurídica de una persona en sentido amplio que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra. Así pues, el interés legítimo permite a las personas combatir actos que estiman lesivos de sus derechos humanos, sin que sea necesario ser titulares de un derecho subjetivo –noción asociada con el interés jurídico–. Se trata pues –destacó la Sala–, de un agravio personal e indirecto, en oposición al agravio personal y directo exigido por el interés jurídico.

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

- Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin necesidad de un acto de aplicación, que impacte colateralmente al quejoso –no destinatario de las obligaciones– en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación jurídicamente relevante, cualificado, actual y real;
- Cuando la ley establezca hipótesis normativas que no están llamados a actualizar los quejosos como destinatarios de la norma, sino terceros de manera inmediata sin la necesidad de un acto de aplicación, pero que, por su posición frente al ordenamiento jurídico, los quejosos resentirán algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis normativa en grado suficiente para ser personal o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante; y/o

³¹ Amparo en revisión 366/2012, resuelto por la Primera Sala en sesión de 5 de septiembre de 2012, por unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán; Contradicción de tesis 553/2012 emitida el 6 de marzo de 2013, por mayoría de cuatro votos. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

- Cuando la ley regule algún ámbito material e, independientemente de la naturaleza de las obligaciones establecidas a sus destinatarios directos, su contenido genere de manera inmediata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, que puede ser económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra.

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

Para contestar a dichas interrogantes la decisión abordó, en primer lugar, el concepto de afectación expresiva –*expressive harm*–³² y destacó que las leyes no sólo regulan la conducta humana, sino que transmiten mensajes. Al respecto, destacó que siendo el lenguaje performativo,³³ es factible que el Estado, a través de las palabras, tome posición –como de hecho lo hace– en ciertos temas. En este sentido, se destacó que las leyes no sólo contienen una parte dispositiva, sino también pueden tener una parte valorativa que puede contener juicios de valor

³² Se citó CASS SUNSTEIN, *On the Expressive Function of law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 1995-1996.

³³ Se citó AUSTIN, J. L., "El significado de una palabra" en *Ensayos Filosóficos*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

por parte del Estado promovidos por medio del derecho. Agregó que el mensaje transmitido a través de una ley, aun cuando parezca neutro, puede tener un impacto desproporcionado y generar una afectación en un determinado grupo, aun cuando no haya sido la intención del legislador el discriminar, puesto que "es función del contexto social que le asigna el significado social al mensaje que afecta a ciertas persona".³⁴ En consecuencia, la decisión destacó que una ley podría generar una afectación directa por su simple existencia a un cierto grupo vulnerable (pese a que no sean destinatarios de la norma), si promueve o construye un significado social de exclusión o degradación, pues su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera lo que se denominó un "daño de estigmatización por discriminación".³⁵

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

³⁴ Se citó SCHULTZ, David y GOTTLIEB, Stephen E., "Legal Functionalism and Social Change: A reassessment of Rosenberg's The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?" *Journal of Law and Politics*, Vol. 12, n. 63, 1998.

³⁵ Se citó *idem*. *Vid. tb.* 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. Párr. 46, así como Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251. Respecto de la discriminación indirecta *vid.* Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No. 257.

de un acto de aplicación, pues el daño se genera desde la emisión de la norma que se alega discriminatoria.

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

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

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

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

estatales a personas indígenas o afrodescendientes. Sería materia del fondo del asunto analizar, bajo un escrutinio estricto, si dicha acción afirmativa es o no discriminatoria.

El reconocimiento de la afectación de una norma alegada como discriminatoria con base en una categoría sospechosa, por su simple existencia, es consistente con los criterios internacionales y de otras cortes constitucionales. Al respecto, se destacaron dos casos internacionales y uno de derecho comparado. En relación con los primeros, se hizo referencia al Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* que determinó que la existencia de una ley que requería el permiso del marido para que la mujer pudiera trabajar fuera de casa era inconveniente y discriminatorio, ello sin necesidad que se le hubiera sido solicitado a la Jueza Morales dicho requisito.³⁶ Además, se destacó el caso *Toonen vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos de la ONU, mediante el cual se determinó que una ley que penaba las relaciones sexuales entre homosexuales era discriminatoria aun cuando no se le hubiere aplicado al señor Toonen. Por otro lado, en materia de derecho constitucional comparado se destacaron los precedentes de legitimación emitidos por la Corte Constitucional sudafricana que ha establecido que no puede someterse a una persona ya afectada por la existencia de una legislación a la indignidad de serle negado el acceso a la justicia para que se pueda cuestionar la validez de la legislación.³⁷

ii. Análisis del interés legítimo en el caso concreto

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

³⁶ CIDH. Informe de Fondo No. 4/01. *María Elena Morales de Sierra vs. Guatemala*. 19 de enero de 2001, párr. 29.

³⁷ Se citó a la Corte Constitucional de Sudáfrica. *Trasavaal Coal Owners Association v Borard of Control, Gool vs. Minister of Justice* 1955 (2) SA 682 (C) *Ferreira v. Levin NO and Others*, y *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*.

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

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

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

Ahora bien, el siguiente tema procesal a analizar cuando se considera que la ley impugnada es autoaplicativa es si ésta fue impugnada en tiempo. En México, este tipo de leyes deben impugnarse dentro de los treinta días siguientes a la

entrada en vigor de la norma. El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca entró en vigencia en 1944, es decir, setenta años antes de la impugnación de la norma y probablemente más años de los que tienen la mayoría de los promoventes. La pregunta a la que se enfrentaba la Sala era entonces: ¿Una ley que se alega discriminatoria con base en una categoría sospechosa –que fue emitida hace mucho tiempo– no podría ser impugnada como norma autoaplicativa? La Sala, en una decisión novedosa, consideró que sí, puesto que ya que la discriminación puede operar de manera continuada y perpetuar sus efectos en el tiempo, cuando una ley estigmatiza por discriminación, la estigmatización permanece mientras no se subsane la discriminación en la ley. Por tanto, el plazo para la interposición de un amparo para combatir este tipo de normas no puede computarse a partir de un momento concreto. Esta decisión es acorde con los precedentes internacionales citados –los casos *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala* y *Toonen vs. Australia*– en los cuales la legislación estudiada había sido emitida décadas antes de su análisis.

Antes de continuar considero necesario hacer una acotación. El análisis de la legitimidad para interponer un amparo podría haber sido resuelto de distinta forma. En el ámbito internacional, en específico en el interamericano, no es extraño que ante un planteamiento procesal –como podría ser una excepción preliminar– el tribunal decida que al estar íntimamente relacionado con el fondo, se pase el estudio de la misma a esa etapa procesal. En el ámbito interamericano –en el europeo es distinto– determinar quién está legitimado para accionar el sistema no constituye un problema, puesto que cualquier persona puede hacerlo. Por otro lado, las categorías de heteroaplicatividad y autoaplicatividad son extrañas en otros foros distintos del mexicano. Lo relevante es la afectación –directa o indirecta– que exista en un caso concreto. Luego –atendiendo a los precedentes internacionales– se podría pensar³⁸ que no era necesario hacer un

³⁸ Como, de hecho, lo hace en cierta forma el Ministro José Ramón Cossío en su voto.

esfuerzo argumentativo en hacer embonar un alegato de discriminación por la existencia misma de una ley –o incluso en cualquier otro supuesto de discriminación– en las categorías decimonónicas del derecho mexicano, el interés procesal para presentar un caso, sino hacerlo a través del artículo 1o. constitucional y aplicar razonamientos de tribunales internacionales.

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

iii. Efectos en el caso concreto

Una vez analizado el tema procesal del asunto, la Sala hizo un análisis similar en el fondo de los asuntos de Oaxaca, pues, como se destacó, se analizaba el mismo artículo 143 del Código Civil local que define al matrimonio. Sin embargo, varió en los efectos. A diferencia de los casos referidos en donde se declaró la inconstitucionalidad de una porción de la norma y la interpretación conforme

de otra, en este caso la Sala destacó que habiéndose establecido que la norma en sí misma, por su existencia y mensaje, discriminaba al grupo de 39 personas, no era posible realizar una interpretación conforme, pues la ley continuaría existiendo, aun siendo discriminatoria. En consecuencia destacó que dichas obligaciones no podían cumplirse si no se modificaba la discriminación, y agregó que tal entendimiento situaba "a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos reparatorios y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo." Agregó la Sala que como la discriminación legislativa estaba basada en juicios de valor de la sociedad, el sistema de justicia debía no sólo reparar el daño, sino "impulsar un cambio cultural".

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

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

4. Nuevos casos

Los asuntos expuestos –tanto aquellos en que las parejas deseaban casarse, como aquél en que las personas homosexuales consideraron que la ley que estipulaba el matrimonio era *per se* discriminatoria– han abierto el camino para que tanto en la Primera Sala de la Suprema Corte, como en diferentes juzgados de distrito, se hayan presentado innumerables recursos que han permitido no sólo confirmar los criterios establecidos,³⁹ sino ampliarlos a temas de concubinato, e incluso, superarlos en materia de reparaciones.

Así por ejemplo, en los amparos en revisión 704/14 y 735/14 la Primera Sala hizo un análisis de la exclusión expresa de la normativa interna de Colima entre las figuras del matrimonio y el enlace conyugal, que las distinguía únicamente por razón de orientación sexual, siendo el primero para parejas heterosexuales y, el segundo, para homosexuales. En dichos asuntos, la Sala hizo un análisis específico de la exclusión expresa de la norma. Posteriormente, al expulsar dicha figura del mundo jurídico, la Sala hizo el test a la figura del matrimonio –definido como aquél entre un hombre y una mujer– siguiendo sus precedentes.⁴⁰

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

³⁹ Así, por ejemplo, la Primera Sala ha resuelto los siguientes casos: en el amparo en revisión 263/2014, en el cual analizó la inconstitucionalidad de los artículos 40 y 165 del *Código Familiar del Estado de Sinaloa* –como leyes autoaplicativas–, que limita tanto la figura del matrimonio como la del concubinato a "un hombre y una mujer"; el amparo en revisión 122/2014, en el que se llevó acabo el estudio de constitucionalidad de los artículos 7o. de la *Constitución Política de Baja California*, de los artículos 143 y 144 del Código Civil local, el amparo en revisión 591/2014 en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo respectivo en el Estado de México, o el amparo en revisión 615/2014 respecto del artículo 147 de la Constitución local de Colima en similar sentido. Asimismo, para la fecha de redacción del presente artículo estaban pendientes de resolución –en el fondo– en la Sala, asuntos similares respecto de Sinaloa y Jalisco. Sinaloa: amparo en revisión 483/2014. Jalisco: reasunciones de competencia 33, 36, 41 y 45, todas de 2014.

⁴⁰ Colima: amparos en revisión 704/2014 y 735/2014.

namiento. Así por ejemplo, Nuevo León, Tamaulipas, Chihuahua, Oaxaca, Baja California y Chiapas⁴¹ han emitido sentencias favorables a quienes han interpuesto los amparos contra leyes que definen el matrimonio por considerarlas discriminatorias. En algunos casos incluso, como en Chihuahua, se ha ampliado la reparación a la publicación de la sentencia. Algunos –los menos– han permanecido con la interpretación conforme en vez de la inconstitucionalidad o negado el amparo.

5. A manera de conclusión

Los casos expuestos en este artículo constituyen, sin duda, una serie de decisiones que han abierto, desde la judicatura, nuevos debates tanto del punto de vista sustantivo como procesal. Por un lado, se ha dado contenido al principio de igualdad y no discriminación a la luz de la categoría sospechosa de orientación sexual. Con ello, el poder judicial mexicano ha tomado un sendero firme en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGTTBI, en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales, en relación con el acceso al matrimonio. Asimismo, cabe resaltar que las decisiones hayan destacado la discriminación histórica de este grupo y la necesidad de combatir los estereotipos que giran alrededor del mismo. Es importante enfatizar, además, la clara postura de negar la posibilidad de nombrar la unión entre personas del mismo sexo de forma distinta al matrimonio, puesto que ello implicaría una decisión en sí misma discriminatoria asemejada al régimen de "separados pero iguales", siendo que

⁴¹ Nuevo León: amparo 821/2014, resuelto por el Juzgado Quinto de Distrito en Materias Civil y del Trabajo del Cuarto Circuito. Tamaulipas: amparo 198/2014 resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Noveno Circuito. Chihuahua: amparo 783/2014, resuelto por el Juzgado Octavo de Distrito del Décimo Séptimo Circuito. Oaxaca: amparos 1380 y 1381, resueltos por el Juzgado Tercero de Distrito del Décimo Tercer Circuito. Baja California Sur: amparo 694/2014, resuelto por el Juzgado Primero de Distrito del Vigésimo Sexto Circuito. Chiapas: amparo 1428/2014, resuelto por el Juzgado Segundo de Distrito del Vigésimo Circuito.

no existe distinción alguna para reconocer el acceso al matrimonio de ninguna persona.

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

En el ámbito procesal que, por supuesto trasciende también el tema de matrimonio igualitario, el estándar propuesto en relación con el interés legítimo, las normas autoaplicativas y las categorías sospechosas abre la puerta para que cualquier persona o grupo de personas –pensemos en pueblos indígenas o mujeres en relación con los derechos sexuales y reproductivos– que se encuentre incluida en una de éstas y pruebe la estigmatización por discriminación, para que su asunto sea revisado en los méritos, como de hecho, ya ha estado sucediendo.⁴² Sin duda alguna, dicho estándar constituye un nuevo entendimiento en el análisis de procedencia del juicio de amparo.

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

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

⁴² *Vid.*, reasunción de competencia 28/2014, fallada el 14 de febrero de 2015 en materia de derechos sexuales y reproductivos; y tb. sentencias de Jueces de distrito en relación con leyes relacionadas con la libertad de expresión y su afectación a defensores de derechos humanos.

local, como nacional, con resultados judiciales, en general, consistentes con los precedentes. Sin embargo –hay que decirlo–, existe aún una reticencia en ciertos sectores de la sociedad, que ha producido un efecto pendular. Así por ejemplo, unas semanas después de la emisión de la cuarta sentencia de Oaxaca se creó en el Senado, la Comisión de Familia, con la finalidad de defender a la "familia tradicional". Por otro lado, aún con una sentencia de la Suprema Corte a su favor, una pareja del mismo sexo le era negado su derecho de acceder al matrimonio en Mexicali, Baja California.

Quedan muchos pendientes en la materia. Es válido cuestionar que el reconocimiento de derechos de grupos históricamente discriminados sea sólo –o preponderantemente– a través del ámbito judicial, lo que necesariamente traerá consigo consecuencias jurídicas, al no existir uniformidad legislativa. ¿Qué sucederá por ejemplo con una pareja del mismo sexo que decida separarse en una entidad distinta a donde se casó, cuando la ley aplicable es la de la residencia conyugal? ¿Qué pasará cuando a una pareja del mismo sexo le sea reconocido vía judicial su derecho a contraer matrimonio y posteriormente desee adoptar, en una entidad federativa que limita el matrimonio a las parejas heterosexuales, y la adopción de niñas y niños expresamente lo restringe a aquél? ¿Es viable que la Suprema Corte se refiera a todas y cada una de las legislaciones locales en la materia? ¿Se podría dar una declaratoria de inconstitucionalidad como lo prevé la ley de amparo en relación con la definición de matrimonio? Y así podríamos seguir.

En todo caso, la intención del presente artículo ha sido destacar la evolución que el matrimonio igualitario ha tenido en la judicatura mexicana. Los avances son importantes tanto para el tema sustantivo y adjetivo de los derechos humanos desde la judicatura. Los efectos que esto tenga en el entendimiento de los derechos humanos y en la aplicación de precedentes aún están por verse.