



Universidad Nacional Autónoma de México
Programa de Posgrado en Derecho
de la Facultad de Derecho

**Inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio
entre personas del mismo sexo en México**

Entre la omisión legislativa y la discriminación. Un estudio de casos

TESIS

que para optar por el grado de Maestro en Derecho

Presenta:

Alex Alí Méndez Díaz

Directora de Tesis:

Dra. Leticia Bonifaz Alfonzo

Facultad de Derecho

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, junio 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

"Hasta que la dignidad se haga costumbre..."

Estela Hernández

Agradecimientos:

A mi familia, en especial a mi madre Alejandra Díaz y hermano Elí Salvador, que me enseñaron a resistir.

A Enrique Puente Gallangos por acercarme al derecho constitucional.

A Geraldina González de la Vega y Sergio Méndez Silva por haberme acompañado sin esperar nada a cambio.

A Marco Antonio Moreno, amigo incansable y compañero de lucha con quien siempre estaré en deuda por haber confiado en mí y en mi trabajo.

A Yoshio que me ha apoyado incondicionalmente y que puso todo su esfuerzo para que esta estrategia avanzara en Oaxaca.

A Ninde que se ha convertido en la hermana lesbiana que todo gay debería tener.

A Lilia por recordarme que no debo temer el vuelo por otros horizontes.

A Alehí Balderas, Miguel A. Aguilar, Luis Mendoza, Mercurios Espinosa, Hiram Gonzáles, José Luis Márquez y todas las personas que sin conocernos hemos unido fuerzas para escribir esta otra historia.

A Evan Wolfson, Hunter Thompson, Cesar Francia y Alejandro Lanz que me inspiran con su lucha por la igualdad en otros países de América Latina.

A GIRE que ha sido mi hogar profesional durante 4 años y que me ha permitido acompañar otras batallas confiando en mi trabajo y mi sentido de justicia.

A quienes ya no están, pero su voz nos acompaña en cada batalla.

A quienes vendrán a continuar la defensa de nuestras libertades...

Índice

Introducción	11
Capítulo 1. Marco conceptual	19
1.1. Matrimonio y familia	21
1.1.1. Evolución jurídica en México. De la independencia a la reforma de 2009 del Código Civil para el Distrito Federal	22
1.1.2. Cambio de paradigma	37
1.1.2.1. <i>Críticas a la reforma del Código Civil para el Distrito Federal</i>	38
1.1.2.2. <i>Impugnación de la Procuraduría General de la República</i>	51
1.1.2.3. <i>Decisión de la Suprema Corte</i>	57
1.1.2.4. <i>Críticas a la decisión de la Corte</i>	71
1.2. Inconstitucionalidad por omisión legislativa	79
1.2.1. Elementos previos	80
1.2.1.1. <i>Constitución. Fuerza normativa y supremacía</i>	81
1.2.1.2. <i>Tipos de normas constitucionales</i>	84
1.2.1.3. <i>Tipos de facultades</i>	92
1.2.2. Parte general	97
1.2.2.1. <i>Análisis sustantivo</i>	97
1.2.2.2. <i>Análisis procesal</i>	110
1.2.3. Situación en México	116
1.2.3.1. <i>Acción de inconstitucionalidad</i>	116
1.2.3.2. <i>Controversia constitucional</i>	123
1.2.3.3. <i>Juicio de amparo</i>	128
1.3. Derecho a la no discriminación	135

Capítulo 2. Planteamiento del problema	145
2.1. La contradicción normativa	146
2.2. Los casos	152
2.3. La demanda de amparo	157
2.3.1. Aspectos procesales	157
2.3.2. Conceptos de violación	160
2.3.2.1. <i>Incumplimiento de un mandato</i>	161
2.3.2.2. <i>Un acto de discriminación</i>	168
2.3.2.3. <i>El marco internacional</i>	171
2.3.2.4. <i>Puntos petitorios</i>	172
Capítulo 3. Tribunales en acción	175
3.1. La nueva batalla	177
3.1.1. Posturas institucionales	177
3.1.1.1. <i>La respuesta del Gobernador</i>	178
3.1.1.2. <i>La respuesta del Registro Civil</i>	178
3.1.1.3. <i>La respuesta del Congreso</i>	184
3.1.2. Las primeras sentencias	188
3.1.2.1. <i>Criterios tradicionales</i>	188
3.1.2.2. <i>Control de convencionalidad</i>	196
3.2. La batalla colectiva	204
3.2.1. La demanda de amparo	205
3.2.1.1. <i>Aspectos procesales</i>	206
3.2.1.1.1. <i>Procedencia</i>	207
3.2.1.1.2. <i>Oportunidad</i>	210
3.2.1.2. <i>Tema de fondo</i>	210
3.2.1.2.1. <i>Violación del principio de no discriminación</i>	211
3.2.1.2.2. <i>Origen de la discriminación</i>	218
3.2.2. Respuesta del Congreso	219
3.2.3. Sentencia	220

3.3.	Oposición estatal y respuesta ciudadana	223
3.3.1.	Planteamiento de los recursos	223
3.3.1.1.	<i>Oposición al amparo otorgado</i>	224
3.3.1.1.1.	<i>Argumentos del Congreso</i>	224
3.3.1.1.2.	<i>Argumentos del Gobernador</i>	228
3.3.1.1.3.	<i>Argumentos de Registro Civil</i>	233
3.3.1.2.	<i>Resistencia ciudadana</i>	235
3.3.1.3.	<i>Defensa del interés legítimo</i>	240
3.3.2.	El camino hacia la Suprema Corte	242
3.4.	Matrimonio igualitario. La última palabra	244
3.4.1.	Los juicios con acto de aplicación	244
3.4.1.1.	<i>La confirmación del amparo</i>	245
3.4.1.1.1.	<i>Procedencia</i>	245
3.4.1.1.2.	<i>Decisión de la Corte</i>	246
3.4.1.1.3.	<i>Corrección de la sentencia</i>	257
3.4.1.1.4.	<i>Efectos de la sentencia</i>	258
3.4.1.2.	<i>Sentencias de revocación</i>	258
3.4.1.2.1.	<i>Procedencia</i>	259
3.4.1.2.2.	<i>Estudio de fondo</i>	266
3.4.1.2.3.	<i>Efectos</i>	267
3.4.2.	El juicio colectivo	269
3.4.2.1.	<i>Procedencia</i>	270
3.4.2.2.	<i>Oportunidad</i>	281
3.4.2.3.	<i>Estudio de fondo</i>	282
3.4.2.4.	<i>Efectos de la sentencia</i>	283
Capítulo 4.	Análisis de resultados	289
4.1.	Impactos de la investigación	290
4.1.1.	Las posturas críticas y el diálogo democrático	290
4.1.2.	Estrategia nacional	291
4.1.3.	Jurisprudencia	292
4.1.4.	Recomendación General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos	295
4.1.5.	Reformas a las leyes locales	296
4.1.6.	Iniciativa presidencial	303
4.1.7.	Acciones de inconstitucionalidad	304

4.1.8.	Declaratorias generales de inconstitucionalidad	305
4.1.9.	La revisión integral de las normas locales en materia de familia	308
4.1.10.	Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	310
4.2.	Las sentencias de la Suprema Corte a debate	313
4.2.1.	Estudio del derecho a la protección de la familia	313
4.2.2.	Estudio de la omisión legislativa	317
4.2.3.	Estudio de la discriminación	327
4.2.4.	Efectos de las sentencias	330
	4.2.4.1. <i>Implicaciones del control de convencionalidad</i>	331
	4.2.4.2. <i>Más allá de los efectos materiales</i>	338
	4.2.4.3. <i>Medidas de reparación</i>	340
	Conclusiones	351
	<i>Anexos</i>	357
	Fuentes de consulta	365

Introducción

En agosto se cumplirán ocho años desde que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó la validez de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal que modificaron la definición de matrimonio para permitir que el matrimonio sea entre dos personas y no exclusivamente entre un hombre y una mujer.

En diciembre se cumplirán seis años de las sentencias que se analizan en esta investigación, en donde la Primera Sala de la Suprema Corte sostuvo que la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer encierra un acto de discriminación por motivo de la orientación sexual de las personas. En aquella ocasión el pronunciamiento fue respecto al Código Civil para el Estado de Oaxaca, pero con el paso del tiempo el criterio se aplicó a cualquier norma nacional.

El tiempo transcurrido desde entonces parece mucho, pero en los procesos históricos la medida se vuelve relativa. En 2012 sólo la Ciudad de México contaba con una legislación garantista para las familias homoparentales, al día de hoy el beneficio se ha extendido, de una forma u otra, a casi una tercera parte de las entidades federativas. En un año electoral, la postura de los candidatos en torno al matrimonio igualitario se ha convertido en una pregunta obligada.

Muchas cosas han cambiado desde que la población LGBTI¹ hemos decidido reclamar nuestros derechos no sólo desde el sistema de partidos sino involucrando a la Suprema Corte y demás integrantes del Poder Judicial de la Federación que por su naturaleza contramayoritaria se vislumbran como el refugio obligado de todo reclamo que busque dar vida al marco constitucional más allá del elemento formal de la democracia.

¹ En la presente investigación se seguirá el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que utiliza las siglas LGBTI para referirse a las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex. Véase el Comunicado de prensa 28/2017 disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/028.asp>

Otras cosas no han cambiado tanto. La modificación del paradigma en materia de familia no se ha completado en todo el país ni siquiera después de las decisiones reiteradas de la Corte. Siempre que hay un intento por avanzar salen al paso los argumentos que una y otra vez se repiten en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo como si las sentencias de la Corte se hubieran desvanecido en el aire.

Por otra parte, los avances de esta investigación se han ido publicando en distintas obras, pero ninguna de ellas muestra la película completa como sí lo hace este trabajo. El tema que se aborda ha sido tan emblemático que era imposible no dar cuenta de lo que iba sucediendo, aunque fuera de manera parcial².

Por lo anterior, un resumen de varios de los apartados de este trabajo ha aparecido en distintos artículos y ensayos escritos por el propio autor; pero la novedad es que aquí las ideas se exponen en toda su dimensión permitiendo apreciar el panorama completo. Así el significado de los argumentos adquiere un sentido de mayor alcance, haciendo posible que el impacto de lo que se ha logrado se aprecie en toda su magnitud.

La labor de litigio no ha sido sencilla; sin recursos, prácticamente todo lo que hemos construido ha sido gracias a la capacidad de organización de personas, asociaciones y colectivos locales.

Queda mucho por avanzar pero, como se muestra en la investigación, desde la ciudadanía le hemos dado a la clase política una lección de democracia y derechos humanos; metafóricamente, hemos logrado conectar a las personas con la Constitución, con sus derechos, más allá de las decisiones partidistas o posturas religiosas e incluso morales.

Los efectos de todo este proceso trascienden al ámbito jurídico, van más lejos que el análisis que encontrarán en las siguientes páginas. El impacto social es indiscutible.

De acuerdo con lo expuesto, el surgimiento de la propuesta de investigación sólo se entiende a partir del análisis de por lo menos dos de las realidades que convergen en el país. Una que enfoca su visión exclusivamente en lo que pasa en la capital, el centro, y otra que busca conocer qué sucede en la periferia, en aquellos

² Una reseña del origen de esta investigación, con un corte a junio de 2013, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Discriminación institucionalizada*, en Unión de Revistas de Estudiantes de Derecho (Ured), *Anuario 2013*, México, 2013, pp. 53-66.

espacios a los que casi no se voltea la mirada y que provoca que confundamos al país entero con la pequeña porción que ocupa la capital³.

Verlo de esta manera nos acerca a un visión más completa, hace posible entender que un mismo tema se transita en paralelo en esos dos escenarios sin que los acontecimientos se desarrollen necesariamente en forma lineal, continua, simultánea, y con un sentido progresivo.

La agenda de los derechos de la población LGBTI es un ejemplo de esta dualidad. Mientras en la capital del país el avance ha sido más extenso y notorio, a pesar de los avances, en el resto del territorio prevalece un ambiente adverso que por momentos se torna hasta invisible o clandestino.

El punto de partida para el análisis en este trabajo es el año 2009. Como se verá a lo largo de esta investigación, hasta ese momento la asignación de contenido jurídico a la categoría *familia* se fundamentaba en tres ideas básicas: a) La heterosexualidad del género humano como norma biológica ineludible; b) en consecuencia todas las familias se constituyen a partir de relaciones heterosexuales; y c) la indisolubilidad del binomio *matrimonio-familia* en donde se concibe al primero como el origen de la segunda. Ninguna de ellas tiene su origen en el campo del derecho.

En diciembre de ese año los colectivos LGBTI de la Ciudad de México celebraban la aprobación de las reformas al Código Civil que permitiría el matrimonio entre personas del mismo sexo. En el resto del país el panorama era menos alentador, al grado que parecía imposible plantearse un escenario similar a corto plazo.

Por un lado, la diferencia entre el poder político de las organizaciones con sede en la capital y el de las del resto del país no permitía que en los otros ámbitos locales se considerara al sistema electoral o de partidos como un mecanismo viable para avanzar en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por el otro, los esfuerzos en cada entidad federativa no estaban articulados para hacer un frente común a nivel nacional.

³ Un avance de lo planteado en este apartado sobre el contenido y alcances de la investigación, con un corte a mayo de 2017, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, en SOTELO Gutiérrez, Arturo, (Coord.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, México 2017, pp. 3-6.

Ante el bloqueo de los mecanismos de la democracia formal, surgió la necesidad de buscar rutas alternas más allá de la presión social o la representación legislativa partidista.

Los sucesos del año 2009 fueron cruciales para el activismo LGBTI en Oaxaca al grado de que fueron determinantes para la construcción de una estrategia de incidencia a partir del sistema jurídico y no del político.

Las campañas para la elección de Gobernador y el relevo legislativo dejaron ver que la alianza entre PRD y PAN no dejaría espacio para el debate sobre la posibilidad de una reforma para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La postura pública sobre el tema fue tan clara que no quedaba duda que el espacio político se encontraría cerrado por los próximos seis años.

A la par de estos sucesos, un grupo de activistas formamos un colectivo: la Red Oaxaqueña por la Diversidad Sexual. Desde ese espacio impulsamos diversas acciones como charlas, conferencias hasta *performance* y protestas. Una de las actividades más exitosas fue la organización de la Marcha Calenda por la Diversidad Sexual que en ese año se celebraba por primera vez.

Para el año 2011 la Red se había consolidado gracias a las actividades constantes, en especial de las mujeres feministas que buscaron siempre mantener la congruencia del trabajo que se realizaba.

La organización de la tercera edición de la Marcha inició en mayo de ese año. Las dos experiencias previas habían rebasado las expectativas por lo que se requerían más personas para continuar desarrollando el proyecto.

El evento estaba planeado para junio por lo que desde mayo se había convocado a través de redes sociales a quienes quisieran integrar el voluntariado para la organización de la marcha.

Por diversos motivos me correspondió coordinar el grupo de voluntarios y voluntarias, entre quienes se involucraron en este proceso se encontraba una pareja de hombres homosexuales que deseaban casarse. Ellos me manifestaron directamente su inquietud, tenían una vaga referencia de lo sucedido en la Ciudad de México y querían saber si les era posible contraer matrimonio en Oaxaca.

Mi primera respuesta fue que el Código Civil en Oaxaca definen al matrimonio en términos heterosexuales. Les señalé que el artículo 143 de dicha normativa refiere 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.

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

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

En estos términos, cualquier solicitud de una pareja del mismo sexo estaba destinada a ser rechazada. Les dije que si era un objetivo que querían llevar a cabo en el corto plazo lo más sencillo era viajar a la capital del país. Cualquier intento de incidencia no sería fácil ni rápido.

Ante este panorama los jóvenes se mostraron confusos. No entendían por qué su orientación sexual era motivo para que tuvieran más o menos derechos dependiendo de la entidad en la que se encontraran. Para ellos no tenía sentido que un mexicano tuviera un derecho únicamente si vivía o transitaba por la capital del país. Querían casarse en Oaxaca y estaban dispuestos a dar la batalla.

De esa inquietud surgió la idea de esta investigación. Les propuse reunirnos nuevamente en un par de días para tener oportunidad de estudiar la sentencia de la Corte respecto a las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de matrimonio.

El primer material que tuve a la vista fue el proyecto de resolución elaborado por el Ministro Sergio A. Valls Hernández⁴. En la propuesta se afirmaba que el término *familia* incluido en el artículo 4o constitucional no se refiere únicamente al modelo tradicional, sino que incluye otras manifestaciones de esa realidad social como es la familia homoparental. También señalaba la existencia de un mandato constitucional de proteger a los diversos tipos de familias en igualdad de condiciones.

Después de esta revisión concluí que la pareja de jóvenes oaxaqueños tenía una pretensión a su favor ya que el mandato de protección a las familias, por encontrarse en el texto de la Constitución Federal, es aplicable a todo el territorio nacional y trasciende las barreras dibujadas por el federalismo en la distribución de competencias legislativas.

El planteamiento de esta pareja me condujo a la formulación de una interrogante: ¿Qué sucede con las entidades federativas que no contemplan ningún tipo de protección para las familias homoparentales? La Constitución, la jurisprudencia, la ley

⁴ Aunque la acción de inconstitucionalidad fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte en agosto de 2011, el engrose fue publicado varios meses después. Por este motivo el primer contacto no fue con la versión definitiva sino con la propuesta que se debatió.

y la propuesta de sentencia en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 conducían a una solución que aún no estaba escrita, era necesario provocar una respuesta concreta.

De este análisis surgieron las hipótesis de esta investigación: Una general, planteada en términos abstractos y otra específica, que deriva del análisis particular de la situación jurídica de la pareja homosexual que deseaban contraer matrimonio en Oaxaca:

Hipótesis general

Tomando como base el contenido del artículo 4 de la Constitución Federal, el sistema jurídico local que no contemple una figura para brindar protección a las familias homoparentales, en igualdad de condiciones con la familia heteroparental, vulnera el marco constitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio, y b) la falta de protección viola el principio de igualdad y no discriminación.

Hipótesis específica

El artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer es inconstitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las parejas mismo sexo, y b) la referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación.

En la hipótesis general se identifican dos variables: la existencia de un mandato constitucional de protección que reconoce a las familias homoparentales como destinatarias y la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida por el artículo primero constitucional.

En términos procesales la única forma de provocar la respuesta era plantear la interrogante en términos de un problema de justicia constitucional y accionar algún mecanismo de control. El único disponible en términos de legitimación era el juicio de amparo.

Con el tiempo no sería una sino tres parejas las que iniciarían los trámites para poder contraer matrimonio en Oaxaca. También un grupo de personas autoidentificadas como homosexuales y lesbianas nos sumaríamos en una

demanda colectiva. Este trabajo relata ese camino y el resultado de la actividad jurisdiccional a nivel constitucional.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método deductivo ya que para la comprobación de la hipótesis particular fue necesario hacer un análisis general y a partir de ahí aplicarlo al caso concreto de la legislación oaxaqueña.

El haber sido investigador al mismo tiempo que el abogado postulante a cargo de los juicios, incluso quejoso en uno de los amparos, fue una tarea que por momentos se tornó compleja porque además de la parte académica fue necesario adentrarse en la técnica procesal del juicio de amparo; sin embargo, la combinación de ambos elementos permitió traspasar la barrera de la teoría para materializarse en beneficios concretos. Al final es así como el derecho adquiere su mayor sentido.

Ser parte de esta historia me llena de orgullo personal y profesional, pero este camino no lo he recorrido solo, los avances que se explican en esta investigación no hubieran sido posibles sin todas las batallas y esfuerzos de las generaciones que nos precedieron y del impulso diario de quienes trabajan, como yo, desde otras latitudes que no son las del centro.

Desde esta perspectiva, lo que hemos construido en el presente es una especie de eslabón en una cadena que se conecta directamente con nuestra historia y que a su vez busca convertirse en el preámbulo de los retos venideros en la defensa de nuestras libertades.

En cuanto al contenido, la investigación consta de cuatro capítulos. El primero integra el marco referencial donde se abordan los tres ejes generales de esta investigación: El concepto de matrimonio y familia, la noción de inconstitucionalidad por omisión legislativa y el principio de no discriminación. Se incluye un diálogo con distintos autores que tienen una postura opuesta a las hipótesis de investigación.

Debe aclararse que el objeto de este capítulo no es realizar un desarrollo exhaustivo de los conceptos sino exponer un punto de partida mínimo que permita plantear integralmente el problema constitucional en torno a la hipótesis de investigación.

De acuerdo con lo anterior se trata de un análisis principalmente normativo pero que en el caso de la inconstitucionalidad por omisión requirió una amplia intervención dogmática debido al escaso desarrollo jurisprudencial de esa figura en México. Por los objetivos de este trabajo su contenido es descriptivo.

El segundo capítulo está dedicado al planteamiento del problema en términos de justicia constitucional. Se expone cómo a partir del marco referencial se

identificó una problemática a la que no se le había dado respuesta en el ámbito jurídico. En este mismo apartado se describen los casos concretos y la estrategia seguida para provocar el pronunciamiento de los tribunales federales.

En el tercer capítulo se describe el camino judicial recorrido hasta obtener las decisiones definitivas que permitieran confirmar o rechazar las hipótesis planteadas. Se incluye la descripción y análisis de las respuestas de las autoridades frente a las demandas de amparo planteadas.

Finalmente, al capítulo cuatro está destinado al análisis de las decisiones judiciales a la luz del marco referencial y del planteamiento constitucional puesto a consideración de los tribunales. También se expone brevemente el impacto que esta investigación han tenido en México en el avance del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Con estos elementos es que se cuenta la otra historia del matrimonio entre personas del mismo sexo, aquella que no vino desde el centro ni tampoco desde los órganos legislativos o partidos políticos.

CAPÍTULO 1

Marco conceptual

Uno de los primeros planteamientos que surge al analizar el matrimonio entre personas del mismo sexo como un tema de justicia constitucional es el alcance y los límites del poder del Estado para interferir en la vida de las personas.

Hay situaciones en las que la injerencia se encuentra justificada con base en parámetros objetivos y razonables. En México no es posible cumplir con esos requisitos de motivación que permitan justificar que dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio civil y en forma más general, que las familias homoparentales sean excluidas de la protección estatal.

Desde la perspectiva que se proyecta en las hipótesis de investigación, el análisis constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo se integra a partir de la conjugación de tres categorías: la noción de matrimonio y familia, la inconstitucionalidad por omisión legislativa y el derecho a la no discriminación.

Este primer capítulo tiene como objetivo exponer un estudio breve de cada una de estas categorías con la finalidad de aportar los elementos mínimos que permitan su proyección sobre el análisis de casos concretos.

El contenido se estructura en tres subcapítulos. El primero aborda la noción jurídica de matrimonio y familia. Presenta un breve recorrido histórico y posteriormente se analiza el cambio de paradigma a través de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el segundo subcapítulo se desarrolla la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Para ello incluye un apartado de nociones previas que se consideraron indispensables para entender su fundamento y alcances. Asimismo, se integró un apartado que contiene una referencia general de la noción conceptual y procesal. Finalmente se expone el desarrollo que esta figura ha tenido dentro del sistema mexicano de medios de control constitucional.

Es importante considerar que la noción de la inconstitucionalidad por omisión legislativa representa un reto especial para el sistema de medios de control

constitucional, su poco desarrollo en México, así como la resistencia a vincular al Poder Legislativo a través de decisiones judiciales hace que se requiera una exposición más amplia.

El tercer subcapítulo está dedicado al estudio del marco jurídico nacional del derecho a la no discriminación con énfasis en la orientación sexual como categoría prohibida por el artículo 1 de la Constitución Federal.

1.1. Matrimonio y familia

El derecho no es el único que utiliza el término *familia*. Otras ciencias sociales también lo hacen; aunque cada una ocupa un marco epistemológico distinto para dotarlo de contenido, ninguna puede ser totalmente ajena a la realidad que pretende nombrar.

Durante varios siglos en el ámbito del Derecho se consideró que el término se refería exclusivamente al modelo que *nacía* del matrimonio entre un hombre y una mujer y su descendencia en común.

La sociología y la antropología, entre otras disciplinas, se separaron de este postulado desde hace mucho tiempo⁵. Ahí donde éstas identificaron diversas formas de integración u organización de los núcleos familiares, el derecho mantuvo el paradigma occidental heredado del derecho romano que a su vez se vio influenciado por las directrices de la religión católica⁶.

Con el paso del tiempo el postulado jurídico *tradicional* empezó a deteriorarse. La brecha entre el deber ser de la norma y la realidad social se mostraban cada vez con mayor claridad. Así se abrió paso a figuras como el concubinato, el divorcio, la desaparición de la distinción entre hijos naturales y legítimos, entre otras.

Sin embargo, la noción heterosexual de las relaciones humanas así como la indisolubilidad del binomio matrimonio-familia se mantuvieron constantes hasta que, de nuevo, la realidad social empujó con la fuerza suficiente para modificar esos planteamientos dentro del paradigma jurídico.

Tomando en cuenta estas consideraciones, este primer subcapítulo está dividido en dos secciones. El primero de ellos describe el camino que las categorías *familia* y *matrimonio* han recorrido en el sistema normativo mexicano. Este ejercicio tomo como punto de partida el periodo inmediato posterior a la independencia heredado de la época colonial hasta llegar a la primera década del siglo XXI cuando el reconocimiento jurídico de las familias homoparentales empezó a debatirse en los foros políticos y jurídicos del país.

La segunda sección está dedicada al análisis del cambio de paradigma en cuanto a las nociones de *matrimonio* y *familia* incluyendo una breve referencia a los argumentos esgrimidos por quienes se opusieron al reconocimiento del

⁵ Véase ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Colofón S.A., México.

⁶ Véase TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, núm. 283, México, 2005.

matrimonio entre personas del mismo sexo. Con esta finalidad se presenta un estudio detallado de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

El estudio de esta resolución es minucioso porque hasta el momento de realizar esta investigación la literatura jurídica se ha dedicado exclusivamente a describir su contenido; es decir, *lo que se dijo en ella*, mientras que las hipótesis de este trabajo parten fundamentalmente de *lo que no se dijo*. Para comprender este viraje argumentativo es necesario analizar la resolución poniendo énfasis en los vacíos del discurso.

A partir de este material se construye la base teórica en la que se fundamenta el mandato de protección a la familia como una de las variables de las hipótesis de investigación.

1.1.1. Evolución jurídica en México. De la independencia a la reforma de 2009 del Código Civil para el Distrito Federal⁷

Desde el punto de vista histórico, las nociones jurídicas occidentales de *familia* y *matrimonio* fueron introducidas a México a través de la conquista. Durante la época colonial se impuso una visión católica de estas instituciones debido a la vigencia de las leyes españolas en la Nueva España⁸.

Una vez que se obtuvo la independencia, las disputas entre los partidos conservador y liberal, sumadas a los conflictos internacionales, obstaculizaron el desarrollo de políticas públicas y la toma de decisiones legislativas dirigidas a asumir las riendas de la organización del Estado. En consecuencia, la iglesia continuó administrando todo lo relacionado con el estado civil de las personas. Ayala Salazar y González Torres resumen esta etapa señalando:

Durante los primeros años del México independiente, así como en los tres siglos de la Colonia en la Nueva España, el matrimonio se realizaba a través de una ceremonia religiosa. Rigieron las normas canónicas traídas al nuevo

⁷ Un resumen de lo planteado en este apartado, con un corte a junio de 2015, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, en MEDINA TREJO, José Antonio, (Coomp.), *Familia Homoparentales en México*, Letra S, México, 2015, pp.164-167. También aparece una reseña de este apartado, con un corte a octubre de 2016, en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO Ortega, Roberto, (Coord.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, pp. 81-82.

⁸ Para un estudio jurídico sobre el matrimonio y la familia en México durante los periodos previos a la independencia de México véase AYALA Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, *El matrimonio y sus costumbres*; Ed. Trillas, México, 2001, pp. 89-94.

mundo por los españoles. Al matrimonio se le consideró, por el poder eclesiástico e incluso por la legislación civil, como un sacramento. Dicha institución se celebraba según las reglas de la iglesia, que juzgaba por medio de los tribunales todos los asuntos inherentes a este sacramento, excepto las reclamaciones económicas, como la dote, la cuestión de las arras, la administración de bienes, y los alimentos, entre otras.

El contrato nupcial celebrado en esta época surtía todos los efectos civiles por determinación de ley, la cual estaba ajustada en todo a los cánones y constituciones eclesiásticas.

Al igual que todos los países de religión católica, la jurisdicción de la iglesia sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de Trento, el cuál definió la potestad de la Iglesia para constituir impedimentos, dirimientes y dispensar de ellos, así como la competencia para juzgar causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido que la Iglesia poseía jurisdicción por derecho propio y no por concesión de las autoridades.⁹

Por otro lado, debe resaltarse que en el marco jurídico mexicano no hubo una referencia expresa a la definición de familia en el lapso inmediato posterior a la independencia

Sobre este mismo periodo, Jorge Adame Goddard, opositor¹⁰ al matrimonio entre personas del mismo sexo, apunta:

En el tiempo posterior a la Independencia, los gobiernos mexicanos no publicaron leyes que afectaran el matrimonio antes de la Ley del Registro Civil de enero de 1857... porque se consideraba que el matrimonio era un acto sujeto al derecho canónico y a la potestad de la Iglesia. La doctrina jurídica mexicana tenía una concepción y aplicación del matrimonio conformada principalmente con base en la legislación española y canónica, especialmente Las Siete Partidas y las disposiciones emanadas del Concilio de Trento, y en la doctrina canonística.¹¹

Como se aprecia, la religión católica tuvo una influencia decisiva en la regulación del matrimonio¹².

⁹ AYALA Salazar, Op. cit., p. 94.

¹⁰ El calificativo de “opositor” se retoma de un texto escrito por el autor titulado *Por qué me opongo al matrimonio entre personas del mismo sexo*, publicado en la revista *El mundo de abogado*, de agosto de 2010.

¹¹ ADAME Goddard, Jorge; *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 1.

¹² En las siguientes páginas se sigue la narración de Adame Goddard en torno al desarrollo de la institución matrimonial en diversas leyes. No pasa desapercibido que este autor es un opositor al matrimonio entre personas del mismo sexo; sin embargo, su tarea descriptiva resulta útil para trazar la línea legislativa que al respecto se ha seguido en México.

Por otro lado, en la Constitución de 1857 la única referencia a la *familia* se hizo para incluirla dentro del margen de protección contra los actos de molestia, básicamente en los mismos términos en que se encuentra redactado el artículo 16 de la Constitución Federal vigente.¹³

Esta ausencia de regulación estatal en materia de familia y matrimonio quedó manifiesta en el preámbulo del decreto de la Ley Orgánica del Registro Civil publicada por el Presidente Benito Juárez el 28 de julio de 1859:

Considerando que para perfeccionar la independencia en que deben permanecer recíprocamente el Estado y la Iglesia, no puede ya encomendarse a ésta por aquél el registro que había tenido del nacimiento, matrimonio y fallecimiento de las personas, registros cuyos datos eran los únicos que servían para establecer en todas las aplicaciones prácticas de la vida el estado civil de las personas...¹⁴

En este sentido, el artículo 3 de la Ley del Matrimonio Civil¹⁵ expedida el 23 de ese mismo mes y año establecía que "[e]l matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes".

Estas leyes deben entenderse en el marco de la promulgación de otros ordenamientos como la Ley de Nacionalización de Bienes Eclesiásticos con los que se pretendió establecer integralmente la división de los asuntos religiosos de los civiles. Sin embargo, con la separación de la Iglesia de los asuntos públicos lo único que cambió en la regulación del matrimonio fue la potestad de quién lo celebraba pues el contenido normativo fue el mismo: el matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer.

A partir del nuevo contexto que surgió con La Reforma

... el matrimonio es originalmente un asunto de Estado, cuya regulación había delegado temporalmente a la Iglesia, es decir, es un contrato civil, secular, y no un acto sagrado o sacramento sobre el cuál la Iglesia tendría una

¹³ *Artículo 16*. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento[...]

¹⁴ *Ley Orgánica del Registro Civil* de 28 de julio de 1859; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/999/37.pdf>]

¹⁵ *Ley del Matrimonio Civil*. Artículo 1º.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícitamente y válidamente ante la autoridad civil. Véase Biblioteca Jurídica Virtual, Op. cit., disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/999/36.pdf>]

potestad originaria. Si la Iglesia reglamentaba el matrimonio, lo hacía en ejercicio de un poder delegado del Estado, pero una vez que éste reasume ese poder, regula directamente el matrimonio definiendo sus requisitos y modo de celebración. El estado se arroga así la facultad de decir qué es el matrimonio y cómo se celebra válidamente.¹⁶

Derivadas de estas primeras reglamentaciones surgieron diversas leyes y códigos que modificaron la naturaleza contractual o asociativa del matrimonio así como la referencia a un ámbito de competencia federal o local. Sin embargo, quedó sin modificación la diferenciación de sexos entre los contrayentes como requisito para su celebración.

Durante el Segundo Imperio se publicó la Ley del Registro del Estado Civil mediante la cual se restituyó a la Iglesia la potestad para celebrar matrimonios entre quienes declararan ser católicos. A estos actos se les reconoció plena validez jurídica. Esta idea prevaleció en el Código Civil Mexicano¹⁷ que definió al matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida (artículo 99)¹⁸.

Al restaurarse la República, el 5 de diciembre de 1867 el Presidente Juárez emitió un decreto mediante el cual reconocía la validez de los matrimonios oficiados ante la Iglesia durante el Segundo Imperio pero estableció que en lo sucesivo debería estarse a la Ley del 12 de julio de 1859¹⁹. Adame Goddard sostiene que posiblemente como inercia del centralismo político imperante en aquella época “este decreto estableció, sin proponérselo expresamente, un régimen federal del matrimonio, pues esa ley de 1859 se interpretaba como de ámbito federal y se entendía que los códigos locales debían respetarla”²⁰, estableciéndose así el principio que permitiría sustentar una ley matrimonial de orden federal.

¹⁶ ADAME Goddard; Op. cit., p. 8.

¹⁷ Del Código Civil Mexicano se publicaría sólo el primer libro el 6 de julio de 1866. Véase *Código Civil del Imperio Mexicano*, Biblioteca Jurídica Virtual, Op. cit., disponible en: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/932/32.pdf>]

¹⁸ ADAME Goddard, Op. cit., p. 11.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 13. Este decreto quedaría derogado el 1 de marzo de 1871 cuando entró en vigor el primer Código Civil, a partir de aquí se fueron construyendo y promulgando los diversos Códigos en las entidades federativas.

²⁰ *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

En 1870 se promulgó el primer Código Civil para el Distrito Federal²¹ que retomó la definición de matrimonio contenida en el Proyecto de Código del Imperio²².

Para 1873, durante la presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada, los principios de la Reforma se incorporaron a la Constitución Federal (de 1857) incluyendo la afirmación de la competencia exclusiva de las autoridades civiles en todo lo relacionado con la figura del matrimonio, aunque en esa modificación del texto constitucional nada se dijo respecto de la diferenciación de sexos como requisitos para contraerlo. Esta nueva redacción pasó sin cambios a la Constitución de 1917.

En 1874 se promulgó la Ley Reglamentaria de la Reforma que desarrolló los alcances de las modificaciones constitucionales realizadas un año antes. Por lo que respecta al matrimonio esta Ley tampoco integró la diferenciación de sexos entre contrayentes como requisito para celebrarlo²³. Con esta normativa se garantizó un régimen común del matrimonio en todo el país fungiendo como una ley marco, no obstante que la materia civil era competencia de las entidades federativas.

Un nuevo Código Civil se promulgó en 1884 pero la definición de matrimonio establecida en 1870 y a su vez heredada del Proyecto de Código del Imperio continuó siendo la misma; es decir, siguió considerándose como la unión de un hombre y una mujer²⁴ que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.²⁵

En esta etapa tratadistas como Agustín Verdugo, Esteban Calva y Manuel Mateos Alarcón²⁶ se dedicaron a elaborar la doctrina jurídica en torno al matrimonio tomando como objeto de investigación las modificaciones realizadas a esta figura durante esos años. En la materia de estudio, ni el Código Civil de 1870 ni el de 1884 representaron un cambio sustancial.

Sobre la regulación del matrimonio posterior a la Reforma y antes de la Constitución de 1917 Adame Goddard concluye:

Con la legislación liberal, el matrimonio se convierte en un asunto político. El cambio de perspectiva permite que el legislador pueda imponer a la población, como jurídicamente obligatoria, una ética matrimonial: la que el

²¹ Véase *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Biblioteca Jurídica Virtual, Op. cit., disponible en: [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/3/pr/pr16.pdf>]

²² *Ibíd.*, p. 15. Véase también AYALA Salazar, Op. cit., p. 98.

²³ ADAME Goddard; Op. cit., p. 20.

²⁴ El texto original se refiere a "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer."

²⁵ ADAME Goddard; Op. cit., p. 20. Véase también AYALA Salazar, Op. cit., p. 99.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 23-27.

propio legislador, sin ninguna limitación material y con el sólo requisito de la mayoría parlamentaria, considere como la más adecuada.

... El matrimonio es lo que dice el legislador, no lo que afirman los especialistas ni lo que creen las personas comunes que se casan.²⁷

Estos párrafos describen la transición ocurrida en esa época en torno a la potestad para regular el matrimonio como una institución de carácter civil. De ahí en adelante será el Estado el que marque las reglas del juego a través del Poder Legislativo.

Durante los periodos descritos, la categoría *familia* se mostró casi inexplorada en el campo del derecho, toda referencia se encontraba únicamente en el ámbito doctrinal ligándola siempre al matrimonio como la figura de la cuál emanaba y a la que se encontraba supeditada. Esta situación prevalecería incluso en buena parte del siglo XX.

En estos términos, la Constitución de 1917 no estableció manifestación alguna respecto a la *familia*. El artículo 4º que ahora contempla lo relativo a su protección, en su versión original hacía referencia a la libertad de trabajo²⁸.

Por cuanto hace al *matrimonio*, el tercer párrafo del artículo 130 del texto constitucional original establecía que "[e]l matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y las autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrá la fuerza y validez que las mismas les atribuyen"²⁹.

En el lapso comprendido entre el 14 de abril y el 11 de mayo de 1917 Venustiano Carranza publicó la *Ley de Relaciones Familiares* con la que quedaron derogados los capítulos respectivos del Código Civil de 1884. En los aspectos que aborda esta investigación no hubo mayores modificaciones salvo la disolubilidad del vínculo matrimonial. El artículo 13 de esta normativa se refirió al matrimonio como un “contrato civil entre *un solo hombre y una sola mujer*, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”³⁰

²⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁸ Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana; 5 de febrero de 1917, Tomo V, 4a Época, Número 30; Disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales y Estatales [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf]

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ley sobre Relaciones Familiares*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Legislación impulsada por Venustiano Carranza, disponible en: [<https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>]

La doctrina de la época giró en torno a los mismos aspectos que se habían desarrollado hasta entonces, la diferenciación de sexos como requisito para contraer matrimonio pasaba de un autor a otro sin ser cuestionado³¹.

En 1928 se expidió el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal³² que sustituyó a la Ley de Relaciones Familiares³³. En lo general este ordenamiento mantuvo los mismos lineamientos en torno a la regulación del matrimonio, aunque se debe destacar que este Código, vigente ahora a nivel federal, se diferencia en dos aspectos importantes: 1) no contiene una definición expresa de matrimonio, y 2) le reconoce efectos legales al concubinato.

El primer elemento es curioso si se toma en cuenta el impulso constante de mantener una definición expresa del *matrimonio* como la unión de un hombre y una mujer con fines reproductivos; el segundo es importante porque introduce una referencia a la existencia de otras formas de constituir una familia más allá del matrimonio.

Aunque este Código en su artículo 1635 sugiere que el concubinato sólo puede constituirse entre un hombre y una mujer³⁴, es relevante la reflexión contenida en la exposición de motivos:

... 'hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato'; es un hecho que el legislador debe reconocer, y por eso admite que produce 'algunos efectos jurídicos'. No obstante la misma exposición de motivos, declara que el matrimonio es 'la forma legal y moral de constituir la familia'... La admisión del concubinato implica la aceptación de dos formas de constituir la familia, una 'legal y moral' que es el matrimonio, y la otra, el concubinato, que es 'peculiar' de las clases 'populares'.³⁵

³¹ ADAME Goddard; Op. cit., p. 57 y siguientes.

³² *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales y Estatales [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf]. Entró en vigor el 1 de octubre de 1932.

³³ TAPIA Ramírez, Javier; *Introducción al Derecho Civil*, Ed. McGraw-Hill, México, 2002, p. 24.

³⁴ *Código Civil Federal*. Artículo 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

³⁵ ADAMME Goddard; Op. cit., p. 58.

En este sentido, Adame Goddard señala:

Al admitirse el concubinato como una unión con efectos jurídicos y, por otra parte, eliminarse la distinción entre hijos legítimos y naturales, quedó abierta la posibilidad de entender, como la hace Rojina Villegas, que el matrimonio no es la base de la familia, sino sólo una de las posibles formas de establecer la familia.³⁶

La siguiente reforma importante fue en 1974, a través del decreto publicado en el Diario Oficial del Estado el 31 de diciembre se modificó el artículo 4o de la Constitución Federal para establecer un mandato de protección a la familia:

Artículo 4º. El varón y la mujer son iguales ante la ley. *Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...³⁷

La exposición de motivos de esta reforma hace alusión principalmente a la necesidad de establecer la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres³⁸. No obstante, en el documento se hace una mención directa a *la familia*:

Para elevar el nivel de desarrollo en los más diversos órdenes, simultáneamente a la igualdad de hombres y mujeres, *la iniciativa para incorporar a la Constitución un nuevo artículo cuarto ordena a la ley proteger la organización y el desarrollo familiar*. Es en el seno de la familia donde se conservan con más pureza las formas de convivencia que dan a la sociedad mexicana su carácter singular y donde se generan las más amplias y auténticas aspiraciones y transformaciones. No es aventurado afirmar que la familia mexicana suscribe diariamente el plebiscito de la nación, que su preservación es garantía de permanencia social y legítimo cambio.³⁹

En esta argumentación se observa el mandato de protección a *la familia* a través de la ley, pero omite pronunciarse sobre la forma en que se debe conceptualizar a la familia desde el punto de vista del derecho.

³⁶ *Ibíd.*, p. 79.

³⁷ A la fecha el texto ha sido reformado en distintas ocasiones, para consultar el texto del decreto de la reforma de 1974 véase *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1974, p.2; disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_079_31dic74_ima.pdf]

³⁸ Véase *La mujer y el cambio constitucional de México. El decreto de 31 de diciembre de 1974*, Biblioteca Jurídica Virtual, Op. cit., disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/477/17.pdf>]

³⁹ Acción de Inconstitucionalidad 11/2009, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Voto Particular del Ministro José Fernando Franco González Salas, nota al pie número 52, disponible en: [www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/votopub/09000110.019.doc]

Es posible que por esta falta de precisión la reforma fuera recibida más como una expresión retórica que como una disposición constitucional con fuerza normativa propia que irradia su contenido de manera transversal en todo el sistema normativo.

La ausencia de elementos expresos mínimos para conceptualizar a la *familia* desde el ámbito jurídico tuvo como principal consecuencia la libertad tanto de los jueces como de autoridades administrativas para interpretar sus alcances y limitaciones.

De esta manera poco a poco se fue construyendo la percepción jurídica unánime que identifica al *matrimonio* como origen de la *familia* tomando como base los puntos de vista social y religioso a los que se ha aludido en páginas anteriores. Esta fue la forma en que se redujo la complejidad en el derecho mexicano y que funcionó por poco más de dos siglos.

Con posterioridad a esta reforma no se abordó de manera sustancial el tema de la *familia* en el ámbito legislativo; sin embargo, su alusión en el texto constitucional propició el avance de la doctrina en ese aspecto. Poco a poco se fue haciendo cada vez más notoria la ruptura entre el concepto tradicional de familia y la realidad social que se buscaba proteger.

Después de la reforma de 1974 se realizaron diversas modificaciones a las leyes civiles en torno al régimen regulatorio del matrimonio sin que alguna de ellas se refiriera al sexo de los contrayentes⁴⁰.

En 1992 se modificó nuevamente el texto constitucional en su artículo 130 para suprimir la alusión al matrimonio; se conservó únicamente el señalamiento de que los actos del estado civil están bajo la exclusiva competencia de las autoridades administrativas y tienen la fuerza y validez que las leyes les atribuyan⁴¹. Respecto de estas modificaciones Adame Goddard comenta:

Como la materia familiar, y por lo tanto el matrimonio, se ha considerado de competencia local, el poder legislativo de cada estado de la federación tiene la facultad de legislar y definir sobre la naturaleza y efectos del matrimonio, sin ninguna limitación y sin ninguna orientación. Esto puede dar como resultado, si no es que ya lo ha dado, que en un mismo país convivan concepciones y regímenes jurídicos diversos y aun contradictorios...⁴²

⁴⁰ Véase ADAMME Goddard; Op. cit., pp. 84-114.

⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Artículo 130 [Párrafo sexto]*. Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

⁴² ADAMME Goddard; Op. cit., p. 87.

Esta conclusión, que considera al régimen jurídico del matrimonio como una competencia exclusiva e ilimitada del legislador local parte de una visión exclusivamente civil que pretende desvincular a dicha figura del régimen constitucional que lo contempla como manifestación de un derecho fundamental.

En este sentido, debe tomarse en cuenta que la *familia*, y el *matrimonio* como una forma de protegerla, trasciende las fronteras del derecho privado para conectarse íntimamente con los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales.

A la par de este análisis debe tomarse en cuenta que cada legislatura local, en ejercicio de sus facultades residuales, promulgaron sus Códigos Civiles⁴³ manteniendo la coherencia en torno a la diferenciación de sexos entre las personas contrayentes como requisito para la celebración del matrimonio, en su mayoría se agregó la finalidad reproductiva.

El sistema federal en México fue objeto de una importante reforma constitucional en 1993. Mediante decreto de 25 de octubre se modificó el artículo 122 de la Constitución Federal para dotar a la Ciudad de México de un gobierno propio.

Con base en esta reforma, en el año 2000 el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal fue separado en dos ordenamientos de acuerdo al ámbito de competencia. Mediante decreto de 25 de junio de ese año, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, en ejercicio de las facultades legislativas conferidas mediante la reforma constitucional de 1993, declara que las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal expedido en 1928 regirán la materia común bajo el nombre de Código Civil para el Distrito Federal con las modificaciones establecidas en el citado decreto.

Por su parte, el Congreso de la Unión mediante decreto de fecha 29 de mayo cambió la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en adelante se conocería únicamente como Código Civil Federal. Es así como la capital del país ejerció su autonomía legislativa, lo que implica que en lo sucesivo la legislación civil vigente en la Ciudad de México no sería emitida por el Congreso Federal sino por su propia Asamblea Legislativa.

⁴³ Actualmente algunas entidades federativas han creado Códigos de Familia y derogado los capítulos respectivos del Código Civil.

Para efectos de esta investigación es importante señalar nuevamente que el Código Civil Federal no contiene una definición expresa de *matrimonio*, pero el Código Civil para el Distrito Federal, aunque fundamentalmente derivó de aquél, sí incluyó un concepto:

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada...

De esta manera el Código Civil para el Distrito Federal entró al grupo de normativas locales que contienen una definición expresa de matrimonio⁴⁴, que hasta finales de la primera década del siglo XX se mantuvieron uniformes sobre dos de las principales características conceptuales que expresa o tácita definían al matrimonio: la diferencia de sexos entre los contrayentes y la finalidad reproductiva.

Los cambios legislativos en esta materia se fueron dando en el marco de la legislación ordinaria sin referirse al cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia instaurado expresamente a partir de 1974.

En febrero de 2001 se hizo el primer planteamiento en la capital del país para reconocer ciertos derechos a las parejas del mismo sexo a través de la Ley de Sociedades de Convivencia. Sin embargo, las coyunturas políticas hicieron que esa ley se aprobara y promulgara hasta el año 2006. Debe enfatizarse que esta normativa no estaba destinada exclusivamente a las parejas homosexuales⁴⁵.

La aprobación de esta ley significó que, por primera vez en la historia de México, el sistema jurídico reconoció la existencia de parejas del mismo sexo y les brindó algún tipo de protección. Aunque el reconocimiento de derechos no fue completo, fue un paso trascendental para la construcción de una sociedad más incluyente.

⁴⁴ No pasa desapercibido que hay conjuntos normativos, civiles o familiares, que no contienen una definición de matrimonio; sin embargo, al analizar la forma de regular las diversas instituciones de derecho de familia se concluye que se toma como presupuesto la existencia de una familia heteroparental.

⁴⁵ Dados los objetivos de la investigación no se han incluido en este trabajo la referencia al desarrollo de los aspectos sociales y políticos. No se desconoce su importancia pero este estudio toma como base únicamente el marco jurídico que surge a partir de ellas. Para una descripción detallada del proceso legislativo de la Ley de Sociedades de Convivencia véase BRITO, Alejandro, *Del derecho de convivencia a la conveniencia de no reconocerlo. La izquierda y el movimiento por las Sociedades de Convivencia en México*, en Debate Feminista. *Matrimonio Homosexual, Familia Homoparental*, Año 16, Vol. 32, Octubre 2005, Ed. Publidisa mexicana S.A. de C.V., México, 2005, pp. 134-157.

Dados los objetivos de la investigación no se han incluido en este trabajo la referencia al desarrollo de los aspectos sociales y políticos; no se desconoce su importancia pero este estudio toma como base únicamente el marco jurídico que surge a partir de ellas

Así, la Ley de Sociedades de Convivencia, de acuerdo con la distribución de fuerzas políticas, obtuvo el máximo de lo posible en ese momento. El largo proceso sirvió para definir los límites de lo que el sistema político estaba dispuesto a conceder en la arena de la creación legislativa. Esta Ley continuaba legitimando la visión del matrimonio como una institución inaccesible para la población LGBTI⁴⁶.

Esta normativa respondió a una demanda social al mismo tiempo que mantuvo la idea del matrimonio como el origen de la familia pues en ese momento las sociedades de convivencia celebradas al amparo de la nueva Ley dejaban intocada aquella institución. Bajo esa inercia el concubinato tampoco les podría ser reconocido.

Estas uniones no eran consideradas en el ámbito jurídico como familia por no tener el estatus jurídico del matrimonio.

No obstante este significativo avance, el movimiento a favor de los derechos no se conformó con una ciudadanía a medias en la que tanto las personas homosexuales como las familias homoparentales continuaban marginadas viviendo bajo la sombra de las concesiones político-partidistas.

Como continuación de la batalla por el reconocimiento jurídico, en 2009 se presentó en la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México una iniciativa para reformar el artículo 146 del Código Civil que, como se vio, definía al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, para dar paso a un concepto que lo entendiera como la *unión de dos personas*.

Con esta propuesta se buscó que las parejas homosexuales pudieran acceder a la protección estatal a través de esa figura. La iniciativa desató un intenso debate político⁴⁷, social y religioso⁴⁸.

⁴⁶ Esta continuidad se dio porque al no modificarse la noción de matrimonio y estar vigente una jurisprudencia que lo reconocía como la única forma legítima para formar una familia, el discurso de exclusión se mantenía vigente. De esta manera la Ley de Sociedades de Convivencia y el matrimonio coexistían pero la segunda se mantenía como la institución familiar legítima destinada exclusivamente a parejas heterosexuales como única fuente de relaciones familiares.

⁴⁷ Véase El Universal, 17 de diciembre de 2009 [<http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/646606.html>], El Economista, 22 de diciembre de 2009 [<http://eleconomista.com.mx/distrito-federal/2009/12/22/pan-pide-no-publicar-matrimonios-gay-adopcion>].

⁴⁸ Véase WRadio, 23 de diciembre de 2009 [<http://www.wradio.com.mx/noticias/actualidad/matrimonios-gay-ley-mala-y-perversa-norberto-rivera/20091223/nota/928677.aspx>], Publímetro 28 de diciembre de 2009 [<http://www.publím metro.com.mx/noticias/matrimonio-gay-agrede-a-la-familia-rivera-pan-busca-vetar-adopcion/milB!92dlhIGnIqw/>].

Fue hasta entonces que se expresó de forma concreta la relación jurídica entre el concepto de matrimonio y el cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia.

Para resaltar el enfoque de esta investigación es importante acudir al dictamen de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Derechos Humanos y Equidad de Género de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México a favor de esta iniciativa:

... aun cuando la expedición de la Ley de Sociedad de Convivencia en 2006 debe reconocerse como un avance fundamental en el reconocimiento de distintos tipos de familias que existen en nuestra ciudad, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio persiste como un elemento de estigma, desigualdad y restricción de derechos en contra de un grupo de población que por razón de su orientación sexual no tiene interés ni ganancia alguna en contraer matrimonio con personas de sexo distinto al suyo.⁴⁹

También es relevante retomar el debate que tuvo lugar en la Asamblea Legislativa el día en que se votó ese dictamen. El orador a cargo de la defensa de la iniciativa sostuvo:

... es fundamental recordar que, ... las reformas necesarias para garantizar el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo no buscan sino el reconocimiento de derechos para un sector social al que permanentemente y de manera por demás injustificada se le han negado, sin que esto en manera alguna vulnere el derecho de ninguna otra persona o grupo social.⁵⁰

Otra voz a favor expuso:

... lo que esta iniciativa nos dice es que *el trato no discriminatorio implica* el derecho de cada persona a ser feliz, en el estado civil que cada quien elija, *que el Estado no impida a alguien casarse con quien desee*, sin importar si es el sexo opuesto o no.⁵¹

⁴⁹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura; Dictamen que emiten las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Derechos Humanos y Equidad de Género por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pp. 5-6, publicado el 11 de octubre de 2010; negritas añadidas. Disponible en [<http://www.aldf.gob.mx/archivo-32f3f12321e15c49b0c9f286cef68e0b.pdf>]

⁵⁰ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura; Estenografía parlamentaria, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias, Primer año de ejercicio; Versión estenográfica de la sesión celebrada el 21 de diciembre de 2009, p. 12. Intervención de David Razú, negritas añadidas. Disponible en: [<http://www.aldf.gob.mx/archivo-446e2bf46972fb4f031fdc32b42bab60.pdf>]

⁵¹ *Ibíd.*, p.21. Intervención del diputado Víctor Hugo Romo Guerra.

El debate parlamentario no sólo se centró en el derecho a la no discriminación, también se discutió sobre la obligación estatal de protección a todo tipo de familias:

En esta sociedad hay una multiplicidad de familias y yo creo que así nosotros como diputadas, como diputados tenemos la obligación de ver y de responder en las leyes lo que tenemos en la realidad.

En la realidad tenemos una familia, la tradicional de papá, de mamá y de hijos, pero también tenemos familias extensas; pero esta familia tradicional también tenemos que reconocer que está en crisis, está sujeta a una pobreza extrema, está sujeta a falta de oportunidades, el padre y la madre no tienen empleo, no tienen vivienda, los hijos están desnutridos, no pueden acudir a la escuela, pero no es sólo su condición. También están las familias en este país encabezadas en 30% por mujeres que viven en condiciones de extrema pobreza, en condiciones de marginalidad, mujeres que están al frente de sus familias en empleos con remuneraciones del 30% menos que el que tienen los varones, y eso ya es decir mucho porque los varones también tienen empleos con bajos salarios, sin oportunidades de seguridad social, es decir vivimos en una sociedad donde el neoliberalismo ha aplastado a las familias tradicionales y a las que no son tradicionales.

Si hablamos de las familias donde las abuelas son las que se hacen cargo de los hijos o donde no hay papá o no hay mamá y son las hermanas mayores las que se hacen cargo de la familia o donde las familias se divorcian y son familias recompuestas. Nosotros como legisladores tenemos que dar respuesta a todo eso.⁵²

De estas referencias se concluye que el debate giró principalmente en torno a dos temas: a) el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al matrimonio y la adopción, y b) la protección de las familias.

La iniciativa fue aprobada el 21 de diciembre de 2009 con 34 votos a favor, 21 en contra y 9 abstenciones; a partir de entonces el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal sostiene:

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

Ahora bien, como se expuso en la introducción de este trabajo, los avances la Ciudad de México no tuvieron suficiente eco en las clases políticas del resto de las entidades como para lograr un cambio similar.

⁵² *Ibíd.*, p.36. Intervención de la diputada Maricela Contreras Julián.

De diciembre de 2009 a abril de 2014, periodo en el que se resolvieron los casos que se estudian en esta investigación, sólo Coahuila aprobó en 2007 una norma similar a la Ley de Sociedades de Convivencia. Durante ese tiempo ninguna entidad federativa hizo alguna reforma en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Debe reconocerse que, a pesar de la indiferencia en los ámbitos locales, esta reforma puso fin a casi dos siglos de uniformidad legislativa en relación a las concepciones tradicionales de *matrimonio* y *familia*. Por primera vez en México⁵³, al menos en una entidad federativa, las parejas de personas del mismo sexo entraron expresamente al radio de protección estatal al abrirse las puertas para que pudieran contraer matrimonio en igualdad de condiciones en que desde siempre lo venían haciendo las parejas heterosexuales.⁵⁴

Una vez la Asamblea Legislativa aprobó la modificación al Código Civil aún quedaba un recurso judicial que los opositores podían activar: la acción de inconstitucionalidad para pedir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declarará la invalidez de las reformas recién aprobadas.

La importancia simbólica que los conceptos *matrimonio* y *familia* tienen en la agenda conservadora motivaron la presentación de la acción de inconstitucionalidad para tratar de recuperar en la arena jurídica el terreno perdido en el debate político. Lo que los grupos opositores no previeron es que de la estrategia iniciada por ellos mismos surgirían los argumentos que les harían perder la batalla a escala nacional.

⁵³ Para un recuento de lo acontecido en el ámbito internacional hasta agosto de 2010, véase Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández, resuelto en sesión de 16 de agosto del 2010, Voto particular del Ministro Ponente, disponible en: [\[http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/votopub/10000020.019-2317.doc\]](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/votopub/10000020.019-2317.doc)

⁵⁴ Si bien otras entidades de la república mantienen vigentes marcos normativos en materia de matrimonio que no aluden expresamente a una definición de matrimonio en términos heterosexuales y que en estricto sentido eso no limita el acceso a esa institución para las parejas de personas del mismo sexo, en los hechos la inercia jurídica, social, política y religiosa hacen que la interpretación administrativa de esas normas reserve la figura del matrimonio a la unión de un solo hombre y una sola mujer. Por interpretación administrativa debe entenderse la actividad de interpretación que hacen las autoridades del Registro Civil al momento de aplicar la legislación en torno al matrimonio, sobre todo en aquellos casos en los que no existe una definición que lo limite a la unión de un solo hombre y una sola mujer.

1.1.2. Cambio de paradigma

En el tema en estudio, “para quienes dicen defender una visión *natural* de la familia y el matrimonio la reforma al Código Civil para el Distrito Federal fue un golpe más duro de lo que en su momento significó la aprobación de la Ley de Sociedades de Convivencia. En esta nueva batalla no pudieron evitar la modificación del concepto jurídico de *matrimonio*, y por ende el de *familia*”⁵⁵.

Ante esta nueva derrota, la Procuraduría General de la República interpuso una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁶.

⁵⁵ MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 82

⁵⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 105. Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;
- e) Se deroga.
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;
- h) El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales; e
- i) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

El medio de control fue interpuesto el 27 de enero 2010, le correspondió el número 2/2010. Una vez admitida fue turnada a la ponencia del Ministro Sergio A. Valls Hernández. Con esto la Suprema Corte inició un proceso de análisis constitucional sobre la validez de las modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal, principalmente en la definición de matrimonio.

Esta estrategia pretendía que “por lo menos ocho de los once Ministros y Ministras que integran el pleno de la Suprema Corte votaran a favor de declarar inconstitucionales las reformas realizadas al Código Civil para el Distrito Federal, entre ellas la modificación al artículo 146, lo que significaría restituir la vigencia de la definición de *matrimonio* que lo concibe como la unión de un hombre y una mujer”⁵⁷.

Para cuando el debate llegó a la Suprema Corte, la jurisdicción constitucional ya había avanzado algunos pasos que sirvieron de punto de partida para plantear una respuesta sobre la constitucionalidad de las reformas.

En ese apartado se reseñará uno de esos avances, se expondrán algunos argumentos de quienes se opusieron a la reforma así como los invocados por la Procuraduría General de la República para pedir la inconstitucionalidad de las reformas y se analizará la respuesta que la Suprema Corte dio a esos planteamientos. También se incluye la revisión de una postura crítica a la sentencia de la Corte.

1.1.2.1. Críticas a la reforma del Código Civil para el Distrito Federal

La aprobación de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal no estuvo exenta de críticas. Generó una respuesta del sector jurídico académico que sostenía la existencia de límites constitucionales que hacían inviable que la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México modificara el concepto legislativo de matrimonio haciendo posible que las parejas del mismo sexo accedieran a él.

Dos de estas voces corresponden a los Doctores en Derecho Franciso Vázquez-Gómez Bisognoy José Antonio Sánchez Barroso, quienes escribieron distintos artículos sosteniendo la inconstitucionalidad de las reformas. Con fines exclusivamente académicos se analizarán los argumentos de cada uno de los autores.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

...

⁵⁷ MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 82.

La propuesta de Vázquez-Gómez Bisogno⁵⁸ se sustenta en tres argumentos principales: a) La justificación del trato diferenciado para las parejas homosexuales para negarles el acceso al matrimonio, b) La definición constitucional de matrimonio, y c) La vulneración del sistema federal. A continuación se reseñan brevemente cada uno de ellos.

A. La justificación del trato diferenciado entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales. El autor toma como punto de partida el principio de igualdad que ordena un *trato igual a los iguales y desigual a los desiguales*. En relación a ello sostiene:

No debemos olvidar que la justicia –fin primario del Derecho– se concreta dándole a cada uno lo que le corresponde, lo que aplicado al principio de igualdad sería *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*. Por ello, para analizar objetivamente el presente tema, será fundamental tener claro que no todo trato desigual es un trato discriminatorio, ya que cuando dicha desigualdad encuentra su fundamento en circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones, lo justo será un tratamiento desigual.⁵⁹

Derivado de lo anterior se establece que quienes sustentan la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, “por error o conveniencia”, olvidan considerar que la evaluación sobre la existencia, o no, de un trato discriminatorio no sólo se deben tomar en cuenta las condiciones individuales de las personas sino que también debe evaluarse la condición del grupo al que pertenece. El autor propone que el análisis de las diferencias entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales debe hacerse a partir del principio de aptitudes⁶⁰:

Es claro que entre una pareja heterosexual y una pareja homosexual existen circunstancias diferenciables de hecho que justifican que no se les trate de la misma manera a ambos tipos de uniones o parejas. Pero... ¿cuáles son esas circunstancias diferenciables de hecho? Una muy clara –y que fuera eliminada del texto legal por la reforma al Código Civil analizada– la posibilidad de procrear hijos. Las parejas homosexuales no pueden procrear ni física, ni biológica, ni asistidamente. Si en realidad son uniones iguales que merecen tratos idénticos, ¿por qué eliminar esa parte de la ley?

⁵⁸ Véase VÁZQUEZ-GÓMEZ Bisogno, Francisco, *El matrimonio en la Constitución Mexicana. Apuntes para demostrar la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual*, en *Ars Iuris*, No. 43, Universidad Panamericana, México, 2010.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 297.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 298-299.

Por otra parte, ¿la posibilidad de procrear hijos entre las parejas heterosexuales es una diferencia de tal relevancia que justifica un trato desigual en relación con las parejas homosexuales?

... Así, cabe hacernos nuevamente la pregunta: ¿tratar jurídicamente diferente a las parejas heterosexuales respecto de las parejas homosexuales configura una discriminación?

Nos parece que atendiendo al *principio de reconocimiento de aptitudes* la respuesta tendría que ser en sentido negativo, ya que existe una aptitud – la posibilidad de procreación– en las parejas heterosexuales que nada tiene que ver con elementos volitivos por ser una característica o rasgo físico-biológico que –dicho sea de paso– no poseen las parejas homosexuales, ya que aunque quisieran procrear, no podrían, debido a que del espermatozoide con el espermatozoide, y del óvulo con el óvulo, nada viene.⁶¹

A partir de estos argumentos se señala que “es válido y constitucional concluir que tratar diferente a las parejas homosexuales en relación con las parejas heterosexuales, no violenta el principio de no discriminación debido a que se trata de situaciones fáctica y jurídicamente desiguales”⁶².

B. La definición constitucional de matrimonio. El argumento base de la propuesta del autor es que la Constitución, a través de sus artículos 4 y 30 apartado B, fracción II, señala de forma *clara*⁶³ y *sin lugar a dudas*⁶⁴ que el matrimonio es únicamente entre hombre y mujer. En este apartado se reitera continuamente esta afirmación. Se insiste en que el texto constitucional no requiere mayor interpretación ya que la *verdadera intención*⁶⁵ del Constituyente fue definir al matrimonio en términos heterosexuales.

Para sostener esta afirmación se acude a la revisión histórica de diversos artículos y leyes que no se considera necesario referir porque dicha actividad está sujeta a aceptar que la Constitución es clara sobre la definición de matrimonio, lo cual como se verá, es objetable desde el punto de vista del análisis normativo.

C. La vulneración del sistema federal. La propuesta del autor es que al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo las reformas al Código Civil para el Distrito Federal

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 299-300.

⁶² *Ídem.*

⁶³ *Ibíd.*, p. 303.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 301.

⁶⁵ *Ídem.*

... violentan el sistema federal y el principio de facultades explícitas, pues de tales modificaciones realizadas en la legislación civil del Distrito Federal se generan impactos inconstitucionales en los ámbitos de competencia de los poderes federales.

Es decir, a pesar de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal sí posea dentro de su ámbito competencial la facultad para legislar en materia civil, tal y como lo señala el artículo 122, apartado C, Base Primera, fracción V, inciso h), dicha legislación no puede impactar inconstitucionalmente en las decisiones que –a través de la legislación federal– ha asumido el Congreso de la Unión.⁶⁶

Derivado de la afirmación anterior el autor remite al listado del artículo 73 constitucional que refiere las competencias legislativas exclusivas de la Federación. A partir de ahí señala que las reformas al Código Civil para el Distrito Federal provocan de forma indirecta una vulneración de las facultades reservadas a la federación en diferentes ámbitos legislativos. Para sustentar esta afirmación se exponen dos ejemplos.

Uno de ellos en materia de ciudadanía y nacionalidad. El autor señala que la Ley de Nacionalidad⁶⁷ fue expedida tomando en cuenta la referencia constitucional de que el matrimonio es exclusivamente ente un hombre y una mujer; en ese sentido cuando la Ciudad de México modificó la definición en su legislación interna provocó una interferencia indirecta en las competencias de la Federación porque ello implicaría que una mujer extranjera que se casara con una mujer en la capital del país podría solicitar la nacionalidad mexicana, lo cual no es constitucionalmente viable.

El autor aplica el mismo razonamiento para expresar que, en su opinión, las reformas al Código Civil para el Distrito Federal también vulnerarían de forma indirecta las competencias legislativas federales en materia de seguridad social porque también la Ley del Seguro Social retoma la referencia constitucional al matrimonio en términos heterosexuales⁶⁸.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 315.

⁶⁷ Véase *Ley de Nacionalidad*. Artículo 20.- El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes: ...

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

...

⁶⁸ VÁZQUEZ-GÓMEZ Bisogno, Op. Cit., pp. 318-322. Véase el artículo 64, tercer párrafo, fracción II de la *Ley del Seguro Social*: A la viuda del asegurado se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél, tratándose de incapacidad permanente total. La misma

Por otra parte, la propuesta de Dr. Sánchez Barroso⁶⁹ parte de diversos elementos para sostener la falta de razonabilidad en la modificación de a definición de matrimonio en el Código Civil para el Distrito Federal. Sostiene que el matrimonio es

una institución jurídica cimentada en nuestro sistema jurídico con amplias y muy importantes consecuencias jurídicas para el Derecho Civil y Familiar; en segundo lugar, que nuestro sistema jurídico siempre ha considerado al matrimonio como la unión monógama y heterosexual entre un hombre y una mujer y; en tercer lugar, que la Constitución tiene una noción clara e inequívoca de matrimonio que la Asamblea legislativa del Distrito Federal no puede modificar.⁷⁰

Para sustentar su propuesta hace un repaso histórico sobre la regulación constitucional y legislativa del matrimonio en México. Para esto hace referencia a la Constitución de 1857, la Ley de Adiciones y Reformas a la Constitución (1873), Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales (1874), Constitución de 1917, Ley de Relaciones Familiares (1917), Código Civil de 1928, Código Civil para el Distrito Federal (2000)⁷¹. Este recuento va en el mismo sentido de lo de lo reseñado en el apartado 1.1.1.

Como argumentos para sostener la *intensión* del Constituyente y legislador ordinario por mantener al matrimonio como figura exclusivamente heterosexual se retoman distintos bastiones como el artículo 23 de la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas Constitucionales (1874)⁷² que expresamente en su fracción VII señalaba que “[e]l matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre y una sola mujer, siendo la bigamia y la poligamia delitos que las leyes castigan (...)”. Lo mismo sucede con el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares⁷³ que apuntaba: “[e]l matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. En el mismo sentido se alude al

pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiera dependido económicamente de la asegurada. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida.

⁶⁹ Véase SÁNCHEZ Barroso, José Antonio, *El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de 2009*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 61, No. 256, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 279.

⁷¹ *Ibíd.*, pp. 280 – 289.

⁷² *Ibíd.*, p. 281.

⁷³ *Ibíd.*, p.282.

artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que previamente a la reforma establecía al matrimonio como “la unión libre de un hombre y una mujer...”.

A pesar de que los textos originales de la Constitución de 1857 y la de 1917 no señalaban expresamente una definición de matrimonio, de acuerdo con el autor, del análisis de las regulaciones anteriores es posible extraer las algunas conclusiones:

- De una interpretación histórica, lógica y sistemática se sostiene que la Constitución tiene implícita una concepción del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.
- La diferencia de sexos entre contrayentes es una propiedad esencial del matrimonio por lo que no es posible la existencia de esta figura entre personas del mismo sexo.
- Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal se contraponen a la noción de matrimonio contenida en la Constitución Federal⁷⁴.

Por otro lado, el autor integra un apartado en el que desarrolla ampliamente la característica del matrimonio como una institución jurídica y no como un contrato; esto para señalar que la definición de aquél no se encuentra disponible en los términos en que pudiera estarlo un contrato sujeto a las reglas del derecho privado⁷⁵. En este sentido, señala:

... el Derecho de Familia tutela los intereses de la familia y no, de manera individual y aislada, los de cada uno de sus miembros, ya que aquellos se consideran superiores a los individuales. Así, las consecuencias jurídicas que se generan por las relaciones familiares rebasan el ámbito individual de la persona y, por tanto, de su voluntad.

En el caso que no ocupa, el matrimonio es la institución por excelencia del Derecho Familiar, es la principal fuente de los derechos y obligaciones en materia familiar al ser la unión con más amplias consecuencias jurídicas reconocidas por el sistema jurídico, las cuales —en lo relativo a su nacimiento, extinción, modificación, observancia, existencia y validez— quedan fuera del arbitrio de la voluntad individual. El principio de la autonomía de la voluntad —en el cual se soporta toda la Teoría General del Contrato— sólo tiene cabida para que la persona genere ciertas situaciones jurídicas, o bien colme determinadas hipótesis normativas, pero no para determinar libremente su alcance y contenido.⁷⁶

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 89-93.

⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 293-301.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 298.

Derivado de todo lo anterior, el Dr. Sánchez Barroso se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo como un *absurdo jurídico* debido a “la carencia de verdaderos argumentos jurídicos esgrimidos por sus partidarios”⁷⁷. En este sentido el autor expone lo que denomina *reflexiones finales* que en lo que interesa a esta investigación son:

1. Desde los albores del Derecho se ha llamado matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Unión que es la fuente por excelencia de derechos y obligaciones familiares. Siempre se le han reconocido amplias y muy importantes consecuencias jurídicas tanto familiares como patrimoniales.
2. Indefectiblemente esa unión, por esencia, ha sido monógama y heterosexual. Conductas como el adulterio, la bigamia, la poligamia y las relaciones homosexuales —en Occidente— nunca han sido compatibles con el matrimonio.
3. Una realidad social no regulada por el derecho obliga al legislador a dar una solución, la cual —por razones de lógica, coherencia y consistencia del sistema jurídico— no puede consistir en asimilarla a otra realidad ya regulada; es decir, jurídicamente no se concibe que dos realidades distintas produzcan los mismos efectos.
4. Es social y políticamente reprochable el hecho de que el poder legislativo sea indiferente ante una realidad social determinada pero, de igual forma, es jurídicamente cuestionable que utilice una misma figura o institución para regular dos realidades distintas; sobre todo, cuando se trata de una institución tan antigua como el derecho mismo y de tanta importancia para el derecho civil y familiar contemporáneo.
5. El matrimonio sólo se debe referir a la unión monógama y heterosexual entre personas. a unión entre personas del mismo sexo no es compatible con el matrimonio, por tanto, se debe establecer otra solución que, posible- mente, sea la sociedad de convivencia. La cual, a su vez, no podrá producir las mismas consecuencias jurídicas que el matrimonio.
6. Es a todas luces evidente que la versión original de la Constitución de 1917 tenía una noción clara e inequívoca, aunque no fuese expresa, de matrimonio; la cual se estableció, de manera expresa, en la Ley sobre Relaciones Familiares de ese mismo año.
7. Las formas de modificar válidamente la noción de matrimonio en la Constitución son por medio de una reforma constitucional —como ya ocurrió en 1992—, o bien por medio de la legislación civil federal —como sucedió en 1974—. Por tanto, aquella noción sigue vigente en la Constitución desde su promulgación en 1917, exceptuando la alusión al contrato y en lo relativo a la procreación.
8. Es deber del legislador mantener y conservar las notas o características

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 302.

esenciales del matrimonio como institución jurídica central del derecho familiar contemporáneo, por ende, aunque se haga por las formas ya señaladas, en sentido legal no puede contrariar el sentido jurídico de la institución.

9. ...

10. Ya desde Aristóteles se vislumbraba que la justicia no puede ser directamente equiparada con la igualdad, sino que *es justo dar igual a los iguales y desigual a los desiguales*. Esta premisa la ha acogido el derecho como uno de sus más elementales principios en la creación (*poiesis*) y aplicación (*praxis*) de sus normas...⁷⁸

Una vez que se han expuesto ambas propuestas académicas es posible exponer una contraargumentación al respecto a reserva de que los temas tratados por los dos autores serán abordados en los siguientes capítulos.

Sobre la justificación para la existencia de un trato diferenciado a las parejas homosexuales, Franciso Vázquez-Gómez Bisogno señaló que tiene cabida cuando “dicha desigualdad encuentra su fundamento en circunstancias diferenciables de hecho que existan entre diversas situaciones”⁷⁹. Esta afirmación es parcialmente cierta ya que las circunstancias de hecho diferenciadas no son por sí mismas un justificanete para un trato desigual sino que para ello debe existir previamente un análisis a cerca de si esas diferencias son sustancialmente relevantes para el cumplimiento del objetivo que se quiere alcanzar con la aplicación del trato diferenciado.

De acuerdo con el autor, el trato diferenciado se justifica por el hecho de que, a su parecer, “[l]as parejas homosexuales no pueden procrear ni física, ni biológica, ni asistidamente”⁸⁰. El error en la argumentación está en suponer que la orientación sexual hacia personas del mismo sexo hace que en automático dichas personas sean infértiles, tampoco significa que no puedan formar familias. Una pareja constituida por dos hombres pueden integrar a su núcleo familiar hijos o hijas de alguna relación heterosexual anterior o incluso pueden adoptar de forma conjunta o previamente de manera individual. En el caso de una pareja de mujeres nada les impide que una de ellas o ambas puedan llevar a término un embarazo o realizar los trámites para una adopción, entre otras posibilidades.

Sostener que las parejas del mismo sexo no pueden procrear es una falsa suposición en los términos planteados por el autor. Lo es también el hecho de

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 302-303.

⁷⁹ VÁZQUEZ-GÓMEZ Bisogno, *Op. Cit.*, p. 297

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 299.

deconocer las distintas posibilidades jurídicas que existen para ser padres o madres con independencia de su orientación sexual o los lazos consanguíneo. La realidad es que las familias homoparentales han existido siempre, y el hecho de ser dos hombre o dos mujeres no ha impedido construir núcleos familiares que en el cumplimiento de su función social son igualmente merecedoras de la protección estatal que las familias constituidas por el padre, la madre y los hijos.

Por lo tanto, aquella diferencia de hecho vislumbrada por el autor termina desdibujándose ante la realidad donde no se puede negar la existencia de familias homoparentales y lesboparentales a cargo del cuidado de sus hijos y/o hijas. El matrimonio no sólo da protección a quienes desean formar una familia, protege también a familias ya constituidas. El estatus de familia no se adquiere con el acta de matrimonio.

Así las cosas no se trata de ver si las parejas pueden procrear o no; incluso hay parejas heterosexuales que por diversas circunstancias no pueden hacerlo, y muchas otras parejas que sin importar su orientación sexual deciden no tener hijos. Estas decisiones que se encuentran en el núcleo de la esfera privada no pueden ser tomadas en cuenta por el Estado para establecer un trato diferenciado como si la familia que tiene hijos fuera más valiosa que aquella que decide no tenerlos. En relación a este debate, es útil retomar lo expuesto por Gargarella:

Este argumento [de la aptitud para procrear] no nos interesa porque si el matrimonio tuviera que ser protegido en relación a la procreación, entonces, deberíamos dejar fuera de la institución del matrimonio, también, a los ancianos, a las personas que no quieren o no pueden tener hijos. Mas aún, implícito en dicho argumento se encuentra una propuesta perfectionista, conforme a la cual el Estado debe tener voz –y sobre todo fuerza– para intervenir al interior de la vida conyugal, obligando a los miembros de una pareja a actuar conforme a las pautas que el Estado considera más provechosas para la religión dominante, o para el específico plan o concepción del bien que las autoridades sostienen.⁸¹

En otro orden de ideas, Vázquez-Gómez Bisogno y Sánchez Barroso coinciden en sostener que la Constitución Federal contiene de forma clara y sin lugar a dudas la referencia al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Su principal argumento es que la fracción II del apartado B del artículo 30 constitucional señala

⁸¹ GARGARELA, Roberto; *Razones para el matrimonio igualitario: El argumento de la igualdad*, en ALEGRE, Marcelo, et. Al., *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicaciones. Efectos*, Ed. La Ley, Argentina, 2011, p. 73.

que: “*La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos*”.

La propuesta de ambos autores no tiene sustento toda vez que del análisis del citado precepto constitucional no se puede desprender de forma clara e indudable la referencia al matrimonio como unión heterosexual. Ellos señalan que de esa redacción es *evidente* que intención del Constituyente era que el matrimonio fuera sólo entre hombre y mujer.

En principio debe decirse que es imposible probar la existencia de una intención, se prueban hechos y el hecho es que la Constitución no contiene una definición de matrimonio y en consecuencia todo esfuerzo que pretenda sostener lo contrario es producto de una argumentación cuya validez está sujeta a que se den por ciertas las premisas de las que parte, pero siempre con la posibilidad de que no sea así y que otros puntos de vista generen una propuesta más convincente para el foro al que se dirige.

Por este motivo, no se comparte la afirmación de los autores porque si la Constitución no contiene una definición expresa de matrimonio, toda conclusión que se infiera a partir de sus preceptos es una interpretación y si para obtener una conclusión es necesario interpretar entonces el texto no es claro. Ello aunado a que el artículo constitucional invocado por los autores se encuentra ubicado en un capítulo destinado a definir temas de nacionalidad y no a hablar sobre la familia ni mucho menos de matrimonio.

En el apartado de esta investigación destinado al análisis de la impugnación de la Procuraduría y la sentencia de la Corte se abordará este tema con mayor profundidad, por el momento basta con señalar que si el constituyente hubiera querido excluir a las familias homoparentales lo hubiera asentado así en el texto constitucional pues en los términos en que se encuentra redactada la Carta Magna, lo único que queda claro es que las familias homoparentales no era una realidad visibilizada ni legítima en 1917.

Sobre el argumento de la necesidad de mantener invariable el concepto de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, Gargarella sostiene que

[l]a idea en cuestión, sin embargo, se enfrenta apenas es formulada a muchos inconvenientes. El primero que mencionaría es que los conceptos, además de evolucionar ..., no preexisten a nosotros. Quiero decir: son creaciones humanas, herramientas que utilizamos para comunicarnos entre nosotros, para entender mejor. Y es importante que los conceptos que usamos reflejen nuestras convicciones más asentadas y, si son conceptos que utilizamos a

nivel jurídico, que reflejen nuestras convicciones constitucionales más asentadas. Nosotros no somos esclavos de los conceptos: los conceptos tienen que ayudar a que nos expresemos, a que nos entendamos, y deben hacerlo de un modo que sea compatible con nuestras convicciones más básicas. Por caso, en un momento, la idea del voto, el concepto “voto”, estuvo reservado para el hombre blanco, propietario. Sin embargo, afortunadamente, en un momento comenzamos a desafiar dicho concepto, para señalar lo obvio, y es que dicha aproximación a la idea del voto resultaba violatoria de nuestros compromisos más elementales con la idea de igualdad, con la idea del sujeto universal, con la idea de que nos une una igual dignidad moral. Para algunos pensadores conservadores, sin duda, este desafío al concepto viejo de voto representaba una afrenta irreparable, una amenaza de muerte al concepto de voto. Pero todos estamos de acuerdo, hoy, en que aquella vieja versión del voto censitario, el voto excluyente, era inaceptable, incompatible con la idea de vivir en una democracia constitucional, igualitaria. Y nos resulta ridículo que alguien argumentara en contra del sufragio universal diciendo que el mismo atenta contra el concepto viejo de “voto”. Nadie dirá “no se puede asegurar el sufragio universal porque sino desvirtuamos la idea del voto”. Lo que pasa es que la idea del voto que estábamos usando era horrorosa, era ofensiva, era inaceptable. No debemos considerarnos esclavizados, entonces, por el uso del concepto. El concepto está a nuestro servicio; no para que hagamos cualquier cosa con los conceptos sino para que trabajemos los conceptos de modo tal que su contenido refleje nuestras convicciones constitucionales más asentadas.⁸²

En relación a la vulneración del pacto federal que propone Vázquez-Gómez Bisogno en torno a la invasión de competencias de la federación, sobre todo en materia de nacionalidad y seguridad social. Se debe precisar que esas leyes fueron expedidas a partir de lo que el legislador interpretó de la Constitución siguiendo la tradición que ya se ha descrito el apartado 1.1.1; pero si la Corte resuelve que la Constitución no contiene una noción exclusivamente heterosexual del matrimonio, toda norma que se oponga a dicha determinación tendrá que ser revisada como en efecto está sucediendo.

En este sentido no es una intervención indebida de la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México sino una deficiencia atribuible directamente al legislador federal que para la emisión de las leyes en comento partió de un supuesto que ya no se sostiene a la luz del marco constitucional que se integra con las decisiones de la Corte.

⁸² *Ibíd.*, pp. 71-72.

Por otra parte, Sánchez Barroso concede un peso importante al análisis histórico normativo en cuanto al contenido constitucional y legislativo en torno al matrimonio. Invoca reiteradamente la necesidad de acudir a la voluntad Constituyente.

La problemática de esta propuesta consiste en que el marco de derechos humanos actual dista mucho del contenido que pudiera identificarse en los trabajos del Constituyente de 1917. Basta con analizar el caso del voto femenino en México reconocido hasta 1953; si la argumentación se basara sólo en el aspecto histórico no se podría sostener una reivindicación como esa. A cien años de la Constitución, el lente por el que debe observarse la protección a las familias es otro; debe aspirarse a que la visión sea más incluyente y pluralista, no restrictiva.

Sobre el argumento que se sustenta en la continuidad de la tradición jurídica y/o social, Gargarella hace diversos señalamientos del que resalta que las tradiciones “deben ser preservadas –o no- en la medida en que haya razones independientes que nos indiquen que vale la pena preservarlas, y no por el mero hecho de ser tradiciones”⁸³, asimismo señala que “el hecho de que una cierta práctica sea una práctica tradicional y asentada en una comunidad no dice nada absolutamente nada a favor de la utilización de la fuerza pública –la utilización del aparato coercitivo del Estado- para la preservación de esa práctica”⁸⁴.

En relación en este punto, es relevante lo que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile* cuando la defensa del Estado argumentó que la orientación sexual no era una categoría protegida por dicho instrumento a la fecha de los hechos denunciados por las presuntas víctimas⁸⁵. La Corte fue muy clara en la respuesta:

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación,

⁸³ *Ibíd.*, p. 72.

⁸⁴ *Ídem.*

⁸⁵ 75. Asimismo, el Estado señaló “que la orientación sexual no era una categoría sospechosa de la cual hubiera un consenso durante el año 2004”, en el que fue emitida la sentencia de la Corte Suprema en el presente caso. Alegó que “no resultaría procedente exigirle [a la Corte Suprema de Chile] pasar un test de escrutinio estricto para una categoría en la cual el consenso interamericano es reciente”. Añadió que “el establecimiento de una 'supercategoría sospechosa', como sería en este caso la orientación sexual de uno de los padres u otras similares, puede terminar por girar el centro de un juicio de familia a la consideración prioritaria de los derechos de los padres en desmedro del bien superior del niño en el caso concreto”. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Corte Interamericana De Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 75, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf]

la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales *no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido*. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.⁸⁶

De esta manera, es posible señalar que la visión que se tenía de las relaciones homosexuales en 1917 es diametralmente distinta de la que se tiene ahora, a nivel nacional e internacional. Lo mismo sucede con las mujeres y muchos otros grupos en situación de vulnerabilidad que han estado sujetos históricamente a prácticas discriminatorias desde el estado y la sociedad en general.

Laura Clérico aporta un importante punto de análisis para este argumento. Sostiene que “[d]el hecho de que el constituyente histórico sólo haya pensado en la imagen del matrimonio tradicional y no haya incluido la perspectiva del igualitario, no se sigue que no lo debería haber incluido en ese entonces o que incluso no se debería incluir en la actualidad para terminar con la discriminación arbitraria por la orientación sexual de la pareja”⁸⁷.

Finalmente es necesario apuntar que en la propuesta de los autores no se encuentran argumentos sustanciales mas allá de su firme convicción sobre la noción heterosexual que a su parecer contempla la Constitución Federal. No se señala por ejemplo, qué derechos humanos y de quién se estarían vulnerando al permitir que las parejas del mismo sexo accedan al matrimonio, no se señala cuál es el perjuicio para el Estado o la sociedad; se trata de la mera insistencia en que el matrimonio así ha sido siempre y así debe seguir siendo. Ni siquiera se vislumbra una noción crítica que se pregunte de dónde el legislador obtuvo esas nociones heterosexuales de matrimonio, que sin duda tienen la influencia ideológica de la religión incluso desde el derecho romano.

En estos términos, el Estado no puede utilizar su imperio para hacer prevalecer una única visión sobre el matrimonio y la familia en perjuicio de un sector de la población históricamente discriminado.

⁸⁶ Caso *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, Op. Cit, párr. 92.

⁸⁷ CLÉRICO, Laura, *El matrimonio igualitario: Igualdad y/o autonomía*; en ALEGRE, Marcelo, Op. Cit., p. 51.

Por otro lado, tampoco se encuentra un contraargumento en torno a los límites de la democracia formal según la cual una decisión no es válida sólo porque proviene del consenso mayoritario. El que todos los códigos civiles del país contuvieran una noción explícita o tácita sobre el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer no significaba en automático su constitucionalidad; tampoco de ese hecho se puede derivar por sí mismo un deber ser universal. Lo que estaba implícito es que nadie la había cuestionado. De eso se trata esta investigación, de provocar ese cuestionamiento para que la Suprema Corte resolviera la problemática planteada a la luz de la Constitución y no sólo de la voluntad mayoritaria.

1.1.2.2. Impugnación de la Procuraduría General de la República

El estudio de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 debe hacerse desde el análisis de los argumentos expuestos por la PGR⁸⁸. Esta metodología permite entender los alcances de la sentencia al exponer la conexión entre conceptos de invalidez y los argumentos de la SCJN. Por este motivo el estudio de la decisión se plantea desde la exploración de los razonamientos expuestos en la demanda.

De acuerdo con la resolución de la Corte, los argumentos de la Procuraduría se organizan en dos secciones:

Parte I. Estudio Preliminar.	1. La Constitución Federal protege a un modelo ideal de familia.
	2. La Constitución concibe al matrimonio como una figura heterosexual.
Parte II. Conceptos de invalidez	3. Falta de motivación que sustente la reforma.
	4. Vulneración al interés superior del menor en relación a la adopción.
	5. Vulneración del Pacto Federal.
	6. Vulneración del principio de supremacía constitucional.

⁸⁸ El contenido de los argumentos planteados por la Procuraduría se tomaron de los considerandos expuestos en la propia sentencia de la Suprema Corte. Esto fue con la finalidad de fijar la atención sobre lo que a vista de la Corte se había planteado como motivo de la inconstitucionalidad. Es posible que en este resumen se hayan omitido algunos argumentos pero el objetivo de este trabajo no es analizar la demanda de la procuraduría sino las implicaciones de la resolución.

El apartado destinado a hacer un *estudio preliminar* expone dos ideas principales: 1) La Constitución Federal protege a un modelo ideal de familia constituido por el padre, la madre y sus hijos; y 2) la Constitución Federal concibe al matrimonio dentro del orden heterosexual.

La protección constitucional a un modelo ideal de familia. Sobre este tema la Procuraduría sostuvo:

7. La protección que la Constitución Federal establece respecto de la familia en su artículo 4º se proyecta a la construcción de actitudes personales y sociales útiles y necesarias, al resguardo de todos los elementos que contribuyan de manera eficaz y realista a su protección, tomando en cuenta la justa relación entre sus integrantes, y a la abierta colaboración entre las mismas y con la sociedad. En tales circunstancias, se instituye la protección legal y la organización y desarrollo de la familia, concebida como modelo ideal por el Constituyente Permanente, a la conformada por padre, madre e hijos.

...

9. Ahora bien, el matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual -al menos también en el Distrito Federal, hasta antes de la reforma que se impugna- un hombre y una mujer deciden compartir un proyecto de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, en principio, a través de su propia descendencia.

10. El matrimonio es una institución de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior, el de la familia, siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y no sólo privada.

11. No pasa inadvertido que si bien el Constituyente Permanente estimó como modelo ideal a la familia conformada por un padre, una madre y los hijos, en la realidad social, pueden existir familias conformadas de manera distinta.

12. Al respecto, la protección de los derechos y la regulación de las obligaciones surgidos como resultado de una relación familiar, deben estar tutelados por instituciones jurídicas idóneas creadas por el legislador ordinario, dentro del marco señalado en el artículo 4º constitucional, cuyo modelo ideal ha sido descrito por el Constituyente Permanente. Por tanto, si el modelo ideal de familia, planteado por el Constituyente Permanente para los fines del Estado mexicano es el conformado por padre, madre e hijos, consecuentemente, la institución idónea deberá ser el matrimonio, porque esta figura, dentro del cúmulo de derechos y obligaciones que tutela, encuentra los relativos a la reproducción como medio para fundar la familia; sin embargo, habrá familias en las que la reproducción no es el principal

objetivo y, por ello, aun así existe protección legal mediante figuras jurídicas como el concubinato o la sociedad de convivencia.⁸⁹

Desde esta propuesta los argumentos únicamente plantean la defensa de un supuesto modelo único de familia protegido constitucionalmente, esto no necesariamente significa negar la existencia de otros tipos de familia. El razonamiento sólo sustenta que, con independencia de otras formas de relación familiar, la constitución protege únicamente a una de ellas.

La concepción constitucional del matrimonio. En torno a este tema la accionante expuso:

13. Si bien la Constitución Federal no define directamente a las partes que constituyen el acto jurídico regulado por el derecho civil denominado matrimonio, sí lo hace de manera indirecta y de forma meridiana. Caracteriza el texto constitucional al matrimonio, a propósito de las formas de adquirir la nacionalidad mexicana, al establecer en el artículo 30, inciso B), fracción II, que son mexicanos por naturalización, “la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”. Luego, para el Constituyente, las dos partes que pueden celebrar el acto jurídico del matrimonio -dejando para un momento posterior la reflexión sobre la nacionalidad y sus efectos- son una mujer con un varón o un varón con una mujer.

14. La sencillez de la redacción constitucional no deja a lugar dudas y no prevé ninguna otra fórmula respecto del género de los participantes del pacto matrimonial en la estructura sintáctica del texto citado.⁹⁰

Como se aprecia, de acuerdo con la Procuraduría, el artículo 30 de la Constitución Federal se refiere explícitamente al matrimonio como una figura heterosexual.

Con base en esta premisa afirmó que dicho precepto no necesita mayor interpretación para concluir que Ley Fundamental se refiere al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer; sin embargo, la demanda no se dirigió a demostrar la vulneración del numeral 30 de la Constitución. En un error de argumentación los esfuerzos se concentraron en sostener que, en función del

⁸⁹ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández, resuelto en sesión pública de 16 de agosto de 2010; versión pública electrónica de la sentencia, pp. 3-4, disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=1150260>]

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 5.

artículo 30, el 4 alude únicamente a la protección de la familia tradicional a través del matrimonio.

Además de estos argumentos la Procuraduría argumentó una vinculación indisoluble entre el matrimonio y la reproducción:

103. ... puede afirmarse, de manera categórica, que la naturaleza jurídica de la institución del matrimonio civil, además de tutelar los derechos de los cónyuges, especialmente, es tendente a proteger y establecer los derechos y obligaciones que surgen con motivo de la procreación de su descendencia, así como de los medios para lograrla. Es evidente que la institución jurídica del matrimonio, con base en los derechos y obligaciones plasmados en el Código Civil para el Distrito Federal, tiene como fin primordial la tutela de la familia conformada por un padre, una madre y sus hijos, es decir, el mismo modelo ideal planteado y regulado por el Constituyente Permanente, en el artículo 4º constitucional.⁹¹

Bajo este contexto, de acuerdo con la Procuraduría, la transgresión del régimen constitucional se dio exclusivamente porque la Constitución Federal definía al matrimonio en términos heterosexuales y la modificación al Código Civil para el Distrito Federal entró en contradicción con esa determinación del constituyente originario. Es de observarse que no se negó la existencia de otras formas de familia sino todo lo contrario, tal como se aprecia en la siguiente afirmación:

104.... si la institución jurídica del matrimonio, por lo que hace a sus derechos y obligaciones previstos en la legislación civil del Distrito Federal, es plena y exclusivamente compatible con el concepto de familia que el Constituyente Permanente consideró para su protección especial a cargo del Estado mexicano, la nueva definición que la norma impugnada le otorga, es incompatible con el texto constitucional, pues, para ser coincidente, debía ceñir, de manera irrestricta, su acto legislativo, para la consecución del fin primordial, es decir, la protección de la familia, concepto que legitima la creación a cargo del legislador local de instituciones jurídicas como la del matrimonio, siempre que se adecue a la Norma Suprema. Lo que no es óbice para que *el legislador ordinario esté en condiciones de prever la protección legal de tipos de familia distintos al ideal previsto por el Constituyente*, a través de figuras como la sociedad de convivencia⁹².

La oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo se trató de sostener con el argumento de que la Constitución no puede ser vulnerada ni siquiera con el pretexto de ampliar la protección estatal. En estricto sentido, la accionante no

⁹¹ *Ibíd.*, p. 36.

⁹² *Ídem.*

argumentó que las parejas de personas del mismo sexo no pueden constituir una familia, aunque tampoco lo aceptó expresamente.

Hay una diferencia sustancial en sostener que las parejas de personas del mismo sexo no pueden constituir una familia y con base en ello negar el acceso a la figura del matrimonio como una garantía para su protección, a proponer, como lo hizo la Procuraduría, que la Constitución Federal protege exclusivamente a un modelo de familia y que por lo tanto extender tal protección a otras formas de familia resulta violatorio del marco constitucional.

Ahora bien, en el apartado denominado *Conceptos de invalidez* los argumentos se centraron en cuatro ideas principales:

- La reforma al Código Civil para el distrito Federal carece de motivación ya que no explica por qué se reformó la figura del matrimonio cuando ya existe la Ley de Sociedades de Convivencia.
- El interés superior del menor es vulnerado al permitir la adopción por parejas del mismo sexo como consecuencia del cambio en la definición de matrimonio en el Código Civil.
- Se lesiona el pacto federal al obligar a las autoridades locales a reconocer una figura no contemplada en sus marcos jurídicos.
- Se vulnera al principio de supremacía constitucional al definir al matrimonio de una forma distinta a la prevista en la Constitución Federal.

De acuerdo con los objetivos de esta investigación, se omite la referencia a la adopción por parte de parejas del mismo sexo por no ser el objeto de estudio. Tampoco se revisará lo relativo a la violación al principio de supremacía constitucional ya que la propia Corte considero innecesario su análisis.

La falta de motivación de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal. Al abordar el estudio de este argumento la Procuraduría señaló:

50. ... Si el objeto de la reforma que se impugna es la no discriminación y la protección de las personas del mismo sexo que deseaban unirse legalmente y obtener la protección de sus derechos, entonces la norma combatida carece de la debida motivación razonable y objetiva, porque ya existía tal protección a través de la sociedad en convivencia, que es equiparable al concubinato, por tanto hacer asequible el matrimonio civil a personas del mismo sexo no es una medida legislativa idónea, apta o susceptible para alcanzar un fin ya logrado para dicho sector social y para el ejercicio pleno de su derecho fundamental a fundar una familia.

51. ... Al efecto, como se demostró en el estudio preliminar, en el que se analizó lo relativo al espíritu del Constituyente Permanente, al perfeccionar, en la Ley Fundamental, la tutela constitucional de la familia, como institución de interés público, cuyo modelo ideal -concepción así plasmada por el Poder Reformador de la Constitución- es la que se integra por padre, madre e hijos.

52. En ese contexto, el legislador ordinario del Distrito Federal redefine la institución jurídica del matrimonio a destinatarios con un obstáculo físico insuperable, incompatible con el fin particular y exclusivo del matrimonio, pues, como se ha señalado, ese contrato civil es tendente, entre otros aspectos, a proteger el cúmulo de derechos y regular la vasta complejidad de obligaciones que surgen con motivo de la fundación de una familia, en primer término, a través de la descendencia propia de ambos cónyuges.⁹³

Con esta propuesta se pretendía sostener que no era necesario modificar la definición de matrimonio porque ya existían las Sociedades de Convivencia y con eso era suficiente para satisfacer la pretensión del reconocimiento de derechos para las parejas del mismo sexo.

La vulneración al Pacto Federal. Desde el punto de vista de la Procuraduría esta trasgresión se actualizó porque las entidades federativas cuentan con un marco de autonomía constitucional que se trasgredió al obligar a los demás miembros del Pacto a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo y sus adopciones celebradas bajo el auspicio de la reforma aprobada en la capital del país. La accionante expuso:

148. El matrimonio entre personas del mismo sexo, concebido así en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, ocasiona diversos conflictos que vulneran principios básicos del orden jurídico mexicano, afectando gravemente con ello la autonomía y la esfera de competencias del resto de las entidades federativas, así como las facultades que la propia Constitución reserva a la Federación.

...

150. Lo anterior se origina, en atención a lo dispuesto en el artículo 121, fracción IV, de la Constitución Federal, que dispone que “los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros”.

151. Dicha disposición constitucional conlleva que, en las entidades federativas, deben tener validez los matrimonios, concubinatos y adopciones que se realicen por personas del mismo sexo, lo cual, al ser contrario al artículo 4º constitucional, en cuanto al concepto de familia, tal como se

⁹³ *Ibíd.*, pp. 16-19.

precisó con antelación, contraviene los esquemas normativos de cada Estado, violentando con ello el Pacto Federal.

...

158. La reforma impugnada en esta vía lleva, además, a la consecuencia jurídica de que los estados de la República que, a diferencia del Distrito Federal, sí gozan del cúmulo de facultades residuales a que se refiere el artículo 124 constitucional, deban dar validez y efectos a los actos civiles regulados por una entidad federativa que tiene acotadas sus atribuciones en el diverso artículo 122.

159. En los hechos, obligar a todas las entidades federativas y a la Federación, no sólo a reconocer la validez, sino a dar plenos efectos a los matrimonios, concubinatos y adopciones que se impugnan, a pesar de que sus propias constituciones y leyes las prohíban o no las contemplen, sería tanto como autorizar la reforma de constituciones y leyes de otras entidades -e, incluso, de leyes federales-, mediante la modificación de la legislación ordinaria de una entidad federativa.⁹⁴

La preocupación de la Procuraduría fue que al obligar a una entidad a reconocer una figura no regulada por sus leyes se vulneraría su autonomía, cuando en realidad era parte de su reconocimiento: un pacto mutuo de respeto a las decisiones de cada una.

Con estos argumentos el matrimonio entre personas del mismo sexo llegó por primera vez a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un tema de justicia constitucional. El Alto Tribunal fue llamado a resolver sobre la validez de los argumentos planteados por la Procuraduría General de la República.

1.1.2.3. Decisión de la Suprema Corte⁹⁵

El Pleno de la Suprema Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad en agosto de 2010 pero los argumentos de los que partiría la argumentación de la sentencia comenzaron a construirse desde antes⁹⁶.

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 50-54.

⁹⁵ Un resumen de lo planteado en este apartado, con un corte a julio de 2015, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, Op. Cit., pp. 167-170.

⁹⁶ "No es la primera vez que la Corte resuelve casos donde tiene que decidir en torno al régimen familiar a la luz de la Constitución en años recientes. De hecho, esta sentencia se suma a una lista de resoluciones que, de alguna forma u otra, inciden en la regulación del matrimonio, la paternidad y la familia en general, así como en la sexualidad, el cuerpo y el género. Me refiero, en concreto, a los temas de violación entre cónyuges (modificación de jurisprudencia 9/2005), despenalización del aborto (acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada), inter y transexuales (amparo directo civil 6/2008) y el divorcio unilateral y sin causales (amparo directo en revisión 917/2009)." en VELA Barba, Estefanía,

Entre los precedentes relevantes destaca el amparo directo civil 6/2008 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte⁹⁷ el 6 de enero de 2009; en él

... la Corte reconoce por vez primera, el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, entendido como la facultad que tiene todo ser humano de realizarse de acuerdo a sus particulares valores, ideas, aptitudes, gustos y, para lo cual, la libertad y autonomía son cruciales, pues, no podría sostenerse esa decisión personal del proyecto vital, sino como expresión voluntaria y libre de las personas, ni tampoco podría considerarse el libre desarrollo de la personalidad, sin implicar como elemento integrador y esencial, la *identidad personal*, configurada a su vez, por la *identidad sexual* y la *identidad de género*, al ser estas última referente de la percepción de la persona sobre sí misma y de su proyección, como tal hacia los demás. En esa medida la Corte reconoce también como derechos humanos, los de la identidad personal, sexual y de género.⁹⁸

Las categorías *libre desarrollo de la personalidad* e *identidad sexual*, hasta entonces inexploradas en el derecho constitucional mexicano, fueron ampliamente desarrolladas en este precedente. Respecto a la primera el Pleno del Alto Tribunal señaló:

El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes.

De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida ésta por el Diccionario de la Real Academia Española, como la singularización, el distintivo de la persona. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público.

Matrimonio y adopción gay: análisis de la sentencia, 3 de noviembre de 2010, Nexos, disponible en: [<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=830>]

⁹⁷ Amparo Directo Civil 6/2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, versión pública electrónica de la sentencia, p. 75. Disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>].

⁹⁸ SILVA MEZA, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas de personas del mismo sexo*, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 19.

Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.⁹⁹

En cuanto a la *identidad sexual*, la argumentación se desarrolló explicando que:

... el derecho a la identidad personal, relevante para la problemática que nos ocupa, se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. Por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De igual forma, se implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad.

Luego, la identidad personal, que comprende la sexual, será a partir de la cual, la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos, como el nombre, el sexo, la filiación, la edad, sus calidades personales, sus atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos.

En este orden de ideas, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian, en forma expresa, en la Constitución mexicana, sí están implícitos en las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que

⁹⁹ Amparo Directo Civil 6/2008, Op. cit., pp. 85-87. Véase también la tesis aislada DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. Tesis P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009, p. 7.

derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el primero de los preceptos de nuestra Constitución, pues, sólo a través de su pleno respeto, podría realmente hablarse de un ser humano en toda su dignidad.¹⁰⁰

Estos argumentos son relevantes porque constituyen la base para el desarrollo de la sentencia que se dictó con motivo de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las reformas al Código Civil para el Distrito Federal.

En materia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la sentencia inicia delimitando los alcances del estudio e interpretación constitucional que llevaría a cabo:

220.... la verificación sobre si la medida legislativa mediante la cual se busca la equiparación u homologación de las relaciones entre personas del mismo sexo y las heterosexuales y así proteger unas y otras jurídicamente, a través de la institución civil del matrimonio, trastocan o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, como los que, en el caso, alega el accionante.¹⁰¹

De esta manera la Suprema Corte se dedicó a dar respuesta un planteamiento específico: *¿se violó la Constitución Federal cuando la Ciudad de México modificó la definición de matrimonio para hacerlo accesible a parejas de personas del mismo sexo?*¹⁰²

En cuanto al análisis del cuerpo de la resolución, la Corte desarrolló su razonamiento a través de cinco puntos principales:

- a) Interpretación del artículo 4º constitucional en relación a la familia como categoría protegida por el derecho.
- b) Ubicación del *matrimonio* en el marco constitucional.
- c) Implicaciones constitucionales de la creación de una figura distinta al matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 89-90. Véase la tesis aislada DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA. Tesis P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009, p.7.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 81. Véase también MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. AL TRATARSE DE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE REDEFINE UNA INSTITUCIÓN CIVIL, SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE VERIFICARSE EXCLUSIVAMENTE BAJO UN PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD DE LA NORMA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009). Tesis P. XXIV/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 873.

¹⁰² MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 82-83.

- d) Efectos de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal en relación con el Pacto Federal.
- e) Estudio del interés superior del menor frente a las adopciones por parejas de personas del mismo sexo.

En la exposición de estos argumentos quedarán sustentadas las bases para plantear el tema del *matrimonio entre personas del mismo sexo* como un problema constitucional con efectos a escala nacional, por ello es preciso estudiarlas detalladamente.

La interpretación del artículo 4º constitucional. Este numeral establece en su primer párrafo la obligación estatal de proteger el desarrollo y organización de *la familia*¹⁰³. En esta parte de la sentencia la Corte desarrolló el contenido y alcances de esta categoría protegida constitucionalmente.

Estos argumentos son el fundamento principal de la resolución y a su vez fueron el punto de partida para el litigio de casos que se expone en esta investigación, por ese motivo se cita en extenso:

234. ... lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia -su organización y desarrollo-, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) y que, de ahí, se pueda desprender que la familia se constituya exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sea éste un requisito para que ‘proceda’ la protección constitucional a la familia...

235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a *la familia*, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar...

...

¹⁰³ Art. 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. *Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

237. De todo lo anterior, tenemos que en modo alguno, el artículo 4° de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio, menos aun definiéndola, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario; tampoco se desprende del mismo, que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia -“ideal”- que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer..., ya que lo que manda..., es la protección *a la familia* como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario.

238. Por consiguiente, si conforme al artículo 4° constitucional, el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio, es indudable, entonces, que, en el ejercicio de esa labor, no puede dejar de lado que la familia, antes que ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico, pues..., la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época...

...

240. El legislador ordinario, al regular la organización y el desarrollo de la familia, se encuentra compelido a atender a esa *realidad social*, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo, por lo que no sería sostenible interpretar que, aun cuando, como ya vimos, el texto constitucional no alude a un modelo de familia “ideal”, ni al matrimonio entre un hombre y una mujer como su presupuesto, como alega el Procurador General de la República, el legislador sí esté obligado a protegerlo, por sobre otros tipos de organización familiar, excluyendo a los demás.¹⁰⁴

Con estos párrafos la Corte modificó la concepción jurídica tradicional que consideraba al matrimonio como presupuesto de la *familia*¹⁰⁵; a partir de esta

¹⁰⁴ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Op. Cit., pp. 86-90. Véanse también 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. Tesis P. XXI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 878; y MATRIMONIO. NO ES UN CONCEPTO INMUTABLE. Tesis P. XXVI, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 881.

¹⁰⁵ Véase apartado 1.1.1.

decisión será la *familia*, como fenómeno social, la categoría preexistente, y el matrimonio la garantía a través de la cual el Estado cumple con el mandato constitucional de brindarle protección.

El matrimonio en el marco constitucional. Los argumentos de la Corte tuvieron como premisa la consideración del matrimonio como una figura que se ha transformado a lo largo del tiempo:

242.... no obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil -incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla-, ... es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.¹⁰⁶

En el mismo sentido el Pleno sostuvo:

249. ... aun cuando históricamente el matrimonio ha sido considerado como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas; no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto *completo* y, por tanto, *inmodificable* por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio.¹⁰⁷

Después de esta argumentación en torno a los alcances del término *familia* y su relación con el *matrimonio*, la Corte concluye que:

250.... la afirmación .. de que, constitucionalmente e, incluso, de acuerdo con los tratados internacionales que cita, constituya un elemento esencial del matrimonio que se celebre entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), dado que, según dice, su finalidad primordial es la procreación y, de ahí, la formación de una familia -una familia ideal-, que es la que, en mayor medida, protege la Constitución Federal, no puede ser admitida por esta

¹⁰⁶ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Op. Cit., p. 91.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 94-95. Véase MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUÉL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES. Tesis P. XXVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 879.

Corte, pues, como hemos expuesto, nuestra Norma Fundamental, en ningún momento, lo dispone así y, además, la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.¹⁰⁸

Una vez que se dejó claro que los conceptos *familia* y *matrimonio* son categorías dinámicas e independientes, que deben responder a necesidades concretas de una sociedad en constante transformación, el análisis se centró en estudiar el fenómeno del matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz del derecho a la no discriminación en relación con el libre desarrollo de la personalidad. Con este objetivo la Suprema Corte sostuvo:

251. ...la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que ya ha sido reconocido por esta Corte (amparo directo civil 6/2008) ...

252. De igual manera, tampoco puede compartirse lo aseverado por el Procurador General de la República, en cuanto a que la Constitución Federal y los tratados internacionales que invoca, consideran el matrimonio sólo entre un hombre y una mujer, mas no entre personas del mismo sexo, aludiendo, incluso, al “espíritu del Constituyente” para apoyar su dicho, pues, por un lado, esta Corte considera que es un hecho innegable que, en épocas anteriores -y no muy lejanas-, las personas homosexuales permanecían ocultas, no se mostraban como tales, dada la desaprobación social hacia ellas, inclusive, hasta hace muy poco, tal condición se consideraba “una enfermedad”, como lo destacan los especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México en sus opiniones, lo que apoyan en diversos estudios que se han realizado al respecto; luego, evidentemente, en tales documentos -Constitución Federal y tratados internacionales-, no era siquiera pensable o reconocible su existencia, menos aún las relaciones o uniones que establecieran de acuerdo con su orientación sexual.

253. En función de lo anterior, al momento de la creación, reforma, suscripción o ratificación de dichos documentos, no existía la exigencia de considerar o no esta situación, porque, en los hechos, no eran realidades sociales difundidas, no habían adquirido la relevancia que hoy ostentan y, por lo mismo, eran definiciones sobre las que, al no existir una exigencia sustancial de regulación, no fueron retomadas por dichas normas.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 95. Véase MATRIMONIO. LA 'POTENCIALIDAD' DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN. Tesis P. XXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 879.

254. Por lo que no es sostenible una interpretación de la Constitución o de los tratados internacionales, en el sentido restrictivo que pretende el accionante -menos aún, referido al “espíritu del Constituyente”, en mil novecientos setenta y cuatro-, pues la interpretación constitucional debe estar, por un lado, siempre en correspondencia con la realidad social y, por otro, debe tender a tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias; debiendo ser muy cuidadosos al interpretar la Constitución, cuando estamos ante temas como el presente -que involucra la ampliación o la igualdad de las personas homosexuales y la protección de sus uniones que, evidentemente, han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil-, en apoyarnos en un elemento “histórico” del tipo que invoca el Procurador General de la República...

...

256. Por todo lo señalado, esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia *-ideal*, además.¹⁰⁹

De este análisis se concluye que la primer tarea en la argumentación fue desarticular la idea de que la Constitución aludía al matrimonio en términos heterosexuales. El siguiente paso fue declarar que al no haber en ella tal referencia, la categoría *familia* contenida en el artículo 4 tampoco podría aludir a un modelo ideal.

Los argumentos hasta aquí expuestos hubieran sido suficientes para declarar la validez de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, pero quedaba pendiente dar respuesta a los planteamientos de la Procuraduría respecto a las implicaciones constitucionales de crear una figura distinta al matrimonio para las parejas de personas del mismo sexo, los efectos de la reforma en relación con las legislaciones locales y las afectaciones al interés superior del menor derivadas de las adopciones por parte de parejas del mismo sexo.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pp. 96-98.

Las implicaciones de una figura distinta. Para abordar este planteamiento la Corte tomó como base lo expuesto en el amparo directo civil 6/2008 en torno a libre desarrollo de la personalidad para sostener que:

258. ... si bien se ha dejado sentado que la Constitución no se opone a una medida legislativa como la que ahora se impugna, encuadrándose, por ende, en la libertad de configuración normativa del legislador que, en todo caso, se encuentra sólo acotada por la propia Norma Fundamental; al alegarse por el accionante que podría haber otras figuras que alcanzaran el fin pretendido por el legislador, o bien, que no se generaba discriminación alguna con la prohibición de contraer matrimonio para las parejas del mismo sexo previo a la reforma legal combatida, máxime la existencia del reconocimiento para éstas de las sociedades de convivencia, se hace necesario efectuar este análisis de razonabilidad, aun cuando ya se concluyó que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no vulnera la Norma Fundamental.

...

...

260. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución y que éstas no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que la misma establece, así como que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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.”

261. Ahora bien, el hecho de que la Asamblea Legislativa, a través de la reforma legal impugnada, reconfigure la institución del matrimonio y, por tanto, pueda ahora contraerse tanto entre personas de diferente como del mismo sexo, ¿se inscribe en una medida legislativa constitucionalmente razonable, o bien, se debió limitar a elegir otras medidas que igualmente lograran el fin perseguido por el legislador y atendieran a las diferencias entre ambas parejas que alega el accionante?

262. Así pues, siendo entonces un elemento crucial del alegato del promovente, la diversidad, o bien, la identidad de sexo en quienes deseen contraer matrimonio, esta Corte estima necesario aludir a ese aspecto.

...

265. ...si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que, por un lado, como ya precisamos, esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no.

266. Así, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y

voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo; relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.

...

269. De lo manifestado se sigue que si uno de los aspectos que conduce la forma en que un individuo proyectará su vida y sus relaciones, es su orientación sexual, es un hecho que, en pleno respeto a la dignidad humana, es exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, se decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos y el matrimonio).¹¹⁰

En este aspecto la libertad de configuración normativa reconocida a favor de las entidades federativas es una de las principales razones que sustentaron la posibilidad de que la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México modificara la definición del matrimonio en su Código Civil.

El párrafo 266 es fundamental para cambiar el paradigma constitucional en materia de familia ya que en él se establece los parámetros que en lo sucesivo deben ser tomados por el derecho como indicadores para evaluar la eficacia de la protección ordenada constitucionalmente.

La familia deja de ser el producto del matrimonio entendido éste como la unión de un hombre y una mujer, pasa a ser un elemento previo e independiente caracterizado por ser una *comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo*.

Por otro lado, en estos mismos párrafos la Corte sostuvo que la Constitución Federal reconoce cierto grado de autonomía para desarrollar su legislación interna. Sostiene que la modificación del Código Civil en torno a la definición del matrimonio no representa una vulneración constitucional al encontrarse dentro de ese margen de libertad; además, la misma resolución ya había dejado claro que la Ley Fundamental no protege a un sólo tipo de familia.

En otro orden de ideas, no debe pasar desapercibido que al sostener una propuesta diferenciada para el tratamiento jurídico de parejas heterosexuales y homosexuales la Procuraduría basó su argumento en la imposibilidad biológica de

¹¹⁰ *Ibíd.*, pp. 99-103.

reproducción entre personas del mismo sexo; la Suprema Corte expuso con claridad lo infundado de ese planteamiento:

270.... aun cuando es cierto que existen diferencias entre unas y otras parejas, sobre todo, en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicamente comunes en las del mismo sexo, ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la “potencialidad” de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, o bien, se encuentran, en ocasiones, ante la imposibilidad de tenerlos, lo que, en modo alguno, les impide contraerlo, ni es una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva.

272.... no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1º constitucional, que el legislador ordinario esté impedido para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que, por igual, son estables y permanentes, sólo por esa “distinción”.

273. Pretender, como hace el Procurador, que dicha desigualdad encuentra razonabilidad en la conservación de la familia, como núcleo de la sociedad, argumentación que considera, entonces, el matrimonio entre personas del mismo sexo como una “amenaza” u “oposición” a dicha estructura, tampoco puede admitirse por este Tribunal Constitucional, en tanto refiere una afectación inexistente, pues, como ya mencionamos,...las uniones entre personas heterosexuales no son las únicas capaces de formar una “familia”...

...

275. Por el contrario, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, se corresponde con los postulados fundamentales y les amplía la protección jurídica reforzada de su unión o vínculo, tal como ocurre con las parejas heterosexuales, pues son relaciones que tienen las mismas características (afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera), por lo que, contrario a lo afirmado por el Procurador General de la República, la decisión del legislador democrático para igualar ese derecho civil a las relaciones heterosexuales y homosexuales, sí es un medio para alcanzar ese fin, esto es, para igualar las uniones de las personas, sean heterosexuales u homosexuales, al motivarlas las mismas razones para contraer matrimonio, como son, esencialmente, las de unirse legalmente para formar una vida en común y adquirir obligaciones

entre sí y derechos derivados de tal vínculo, con el reconocimiento social de esa unión...¹¹¹

Este último párrafo es trascendental en el cambio de perspectiva en el derecho familiar. A partir de esta argumentación el vínculo familiar ya no se debe evaluar bajo el esquema formal que proponía la definición de matrimonio sino desde una perspectiva material tomando en cuenta los lazos afectivos, sexuales, de solidaridad, de estabilidad, de permanencia, las proyecciones comunes, etcétera.

El Pacto Federal y los efectos de la reforma. El Alto Tribunal inició explicando que la resolución no prejuzgaba sobre la constitucionalidad de las legislaciones de otras entidades federativas¹¹².

No obstante, el Pleno de la Corte se pronunció brevemente en el sentido de que la reforma al Código Civil para el Distrito Federal no vulnera el Pacto Federal contenida en el artículo 121 constitucional:

294. De conformidad con nuestro sistema federal, es necesario partir de que las entidades federativas son libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, pero gozando de una independencia limitada, en tanto deben respetar en todo momento el Pacto Federal (artículos 40 y 41 de la Constitución Federal). En función de ello, están las facultades que las entidades federativas tienen reservadas, esencialmente, en materia legislativa.

295. En ese tenor, este Tribunal considera, en primer lugar, que el artículo impugnado no genera [que se]... rompa con el sistema federal, pues, precisamente, derivado del federalismo, se presenta una gran producción normativa, que no será, ni tiene que ser constitucionalmente uniforme. El hecho de que en una entidad se regule de determinada manera una institución civil, no significa que las demás deban hacerlo en forma idéntica o similar, como tampoco que se limite o restrinja la facultad de una entidad para legislar en sentido diverso a las restantes.¹¹³

¹¹¹ *Ibíd.*, pp. 103-106.

¹¹² *Ibíd.*, p. 106: "Sin que lo así resuelto, prejuzgue, en forma alguna, sobre las disposiciones u ordenamientos de otras entidades federativas que, de ser el caso, se sometieran a control constitucional por parte de este Alto Tribunal, los que se analizarían en sus propios méritos".

¹¹³ *Ibíd.*, pp. 118-119. Véase MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DISTRITO FEDERAL. TIENE VALIDEZ EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS CONFORME AL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA (ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009). Tesis P./J. 12/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 875.

Con base en lo anterior la SCN concluyó que “... la expedición del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal e, incluso, el reconocimiento de su constitucionalidad por [l]a Suprema Corte, no obliga a los Estados a adoptar una medida legislativa idéntica o similar”¹¹⁴, además expuso:

310. ... si esta Suprema Corte ya estableció que respecto de la protección constitucional a la familia, el legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa, así como que la familia, es un concepto social y dinámico, por lo que, dicha protección debe comprender todo tipo de familia y, de ahí, se concluyó que el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que, en modo alguno, violenta la Norma Fundamental, no es posible entonces sostener que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio, si es su decisión, pero no a conformar una familia, pues, se insiste, la protección constitucional no se limita a un modelo o estructura familiar.

311. Efectivamente, como se dejó sentado en el considerando quinto, la Norma Fundamental no protege un solo tipo de familia, concretamente, la familia “ideal”, conformada por padre, madre e hijos, como sostiene el Procurador General de la República, sino a la familia como tal, como realidad social, debiendo entonces el legislador, al realizar su función normativa, buscar, precisamente, la protección de toda estructura u organización familiar y su desarrollo, lo que, además, incide totalmente en la protección de los derechos de la niñez, como es el crecer dentro de una familia.¹¹⁵

Por otro lado, ya se dijo¹¹⁶ que el argumento relativo a la adopción por parte de parejas de personas del mismo sexo no es materia de esta investigación; sin embargo, es importante destacar que al resolver lo relativo al interés superior del menor la Corte desarrolló un argumento que será determinante para la modificación del estado de cosas a nivel nacional relativo a los alcances de la protección constitucional hacia la *familia*:

312.... la dinámica social nos demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia -nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental-, así como que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal, de ninguna manera, que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales. Así, la labor del

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 121.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 129.

¹¹⁶ Véase apartado 1.1.2.2.

legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia, sin excepción alguna.¹¹⁷

En el mismo sentido, el Pleno del Alto Tribunal sostuvo:

333. El reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño; ... pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras.¹¹⁸

Es así como la Suprema Corte desarticuló los argumentos de la Procuraduría y por mayoría de nueve votos determinó que las reformas al Código Civil para el Distrito Federal no violan la Constitución; es decir, la acción de inconstitucional se declaró infundada y con ello se sostuvo la vigencia de la definición de matrimonio que se refiere a la unión de dos personas sin importar su sexo¹¹⁹.

Las categorías de matrimonio y familia adquirieron un nuevo significado en el paradigma jurídico, no sólo en el ámbito del derecho civil que es en donde tradicionalmente se decanta el derecho de familia, sino en el marco constitucional que a partir de entonces proyecta sobre el Estado un mandato de protección más allá de la familia tradicional¹²⁰.

1.1.2.4. Críticas a la decisión de la Corte

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad en agosto de 2010 por una mayoría de nueve votos contra dos. Su decisión no quedó exenta de críticas.

La inconformidad con la decisión se expresó a través de diversos materiales, uno de ellos es el artículo “*Análisis de la sentencia de la Suprema Corte que valida el matrimonio entre personas del mismo sexo*” escrito por Jorge Adame Goddard. El análisis de sus

¹¹⁷ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 129.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 139. Véase FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). Tesis P. XXIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 871.

¹¹⁹ Véase MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 877.

¹²⁰ Véase MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 83.

argumentos es útil para cumplir con objetividad los propósitos de esta investigación.

El autor reprocha que la Corte no haya analizado “si la preferencia u orientación homosexual, entendida como un acto libre y voluntario, no como simple inclinación psico-biológica, es o no un acto lícito desde el punto de vista del perfeccionamiento de la persona y de la vida comunitaria”¹²¹; es decir, para Adame Goddard no está zanjado el debate sobre si las relaciones consensuadas entre personas adultas del mismo sexo deben ser permitidas o no por el Estado. Desde esta visión es desde donde se proyecta la crítica a la decisión judicial.

Los argumentos contra la sentencia se enfocan principalmente en los siguientes puntos:

*I. El abordaje de la categoría familia*¹²². De acuerdo con el autor, la Corte en su resolución no expuso “lo que la constitución mexicana entiende por familia”; señala que la sentencia no tomó en cuenta los diversos artículos constitucionales de los que se puede “inferir” que la noción que la Constitución tiene a cerca de la familia es aquella que se integra por el padre, la madre y los hijos¹²³.

Se critica que se haya conceptualizado a la *familia* como *realidad social* ya que esa expresión carece de contenido y puede utilizarse para hacer referencia a una multiplicidad de cosas. También enfatiza que en la sentencia no hay claridad en el señalamiento de qué tipo de vínculos son los que constitucionalmente se protegen al amparo de la categoría *familia*. En este sentido, el autor expone:

La Corte debió primero aclarar el concepto de familia implícito en la constitución mexicana, y después podía haber hablado de “tipos” o “modelos” de familia, y concluir entonces si la unión de dos personas del mismo sexo puede ser o no fundamento de una familia, tal como la entiende implícitamente la constitución en los muchos artículos que habla de ella.¹²⁴

En este orden de ideas se señala que para responder al planteamiento anterior la Corte debió haber analizado “el régimen familiar vigente en México, recogido principalmente en los códigos civiles y en las tradiciones familiares mexicanas”¹²⁵

¹²¹ ADAME Goddard, Jorge, *Análisis de la sentencia de la Suprema Corte que valida el matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Ars Iuris*, No. 45, Universidad Panamericana, México, 2011, p. 187.

¹²² *Ibíd.*, pp. 158-167.

¹²³ *Ibíd.*, p. 160.

¹²⁴ *Ibíd.*, 164.

¹²⁵ *Ibíd.*, 165.

para así “determinar qué entiende por familia la Constitución, el derecho y las tradiciones mexicanas”¹²⁶. El autor reclama que la Corte

... simplemente rechazó que exista un concepto de familia en la constitución mexicana sin analizar el texto constitucional.

Tampoco consideró, ni siquiera lo menciona, el hecho de que hay 8 constituciones locales (Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Colima, Estado de México, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa) que afirman que la familia, no “las familias”, es la “base fundamental de la sociedad”; ni se preocupó por analizar el régimen jurídico de la familia, que se contiene en los 32 códigos civiles que existen en el país, en los que se trata la familia como entidad fundada en el matrimonio o concubinato entre varón y mujer.¹²⁷

De acuerdo lo que se expone, para el autor la interpretación constitucional debió guiarse por normas infraconstitucionales como lo son las constituciones locales y los códigos civiles y familiares de las entidades federativas que inevitablemente desembocarían en una noción de familia cuya composición es del padre, la madre y los hijos.

*II. La noción de matrimonio en la Constitución Federal*¹²⁸. Los puntos a debatir por el autor en este rubro son las afirmaciones de la Corte en el sentido de que “no hay un concepto de matrimonio establecido en la Constitución”¹²⁹ y que “la procreación no es un fin esencial del matrimonio”¹³⁰.

El autor disiente de lo anterior y para sostener que la Constitución sí contiene una noción clara del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer alude, como lo hiciera Vázquez-Gómez Bisogno, a la fracción II del apartado B del artículo 30 constitucional que refiere a las hipótesis en que se transmite la nacionalidad mexicana con motivo del matrimonio¹³¹. En este sentido el autor señala:

Es cierto que la constitución no hace una definición de matrimonio, pero es también cierto que hace referencia a un concepto de matrimonio entendido como unión entre varón y mujer. Pretender que la constitución definiera todos los conceptos que usa o a los que hace referencia es pedir algo imposible. La constitución no es un texto autosuficiente (ninguno lo es), sino

¹²⁶ *Ibíd.*, 166.

¹²⁷ ADAME Goddard, *Análisis de la sentencia*, Op. Cit., pp. 166 y 167.

¹²⁸ *Ibíd.*, 168-175.

¹²⁹ *Ibíd.*, 169.

¹³⁰ *Ídem.*

¹³¹ *Ídem.*

un texto que se da inmerso en una cultura, de la cual se nutre y a la cual se refiere. Por eso, para entender el sentido de los textos constitucionales es necesario considerar el sentido que tienen las palabras que usa la constitución en el momento en que se redactó la constitución o el artículo que se pretende interpretar.¹³²

En cuanto al argumento de que la *procreación* se ha desvinculado como finalidad del matrimonio se señala:

Insiste la Corte en que la procreación no es un fin esencial del matrimonio. Como argumentos a favor de esta afirmación, aduce que hay matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos o que no pueden tener hijos, y además los cambios que ha sufrido la legislación matrimonial.

Es cierto que habrá algunas parejas que se unen en matrimonio con la intención de excluir la procreación de los hijos, pero el hecho de que esas parejas (siempre una minoría en comparación con el total) no tengan como fin de su unión la procreación, no significa que ha cambiado el fin del matrimonio como tal; es simplemente que la intención o fin subjetivo de esas parejas no coincide con el fin objetivo del matrimonio...

El argumento de que hay matrimonios que por razones físicas no pueden procrear hijos, tampoco es un argumento que demuestre que la procreación no es un fin esencial del matrimonio. Al contrario, los cónyuges se unen con la intención de procrear, de modo que su voluntad subjetiva concuerda con el fin objetivo de la institución matrimonial; el hecho de que no puedan procrear no cambia su intención original ni el fin objetivo del matrimonio. Más aún, *los esposos que se unen con la intención de procrear, aunque de hecho no puedan hacerlo, demuestran que su voluntad de ayuda mutua es plena, porque están dispuestos a colaborar para ser padre o madre de los hijos comunes. En cambio, quienes se unen sin intención de procrear excluyen de su vida en común el desarrollo que implica la paternidad o la maternidad, de modo que su entrega es limitada, por mutuo acuerdo, pero limitada.*¹³³

Para finalizar, el autor refiere que “la abrumadora mayoría de las legislaciones locales mantiene la procreación como fin propio del matrimonio”¹³⁴ y que por lo tanto la afirmación de la Corte resulta infundada.

III. *Validez que otras entidades federativas deben dar a los matrimonios entre persona del mismo sexo*¹³⁵. La Corte sostuvo que de acuerdo con el artículo 121 constitucional¹³⁶ los

¹³² *Ibíd.*, 171.

¹³³ *Ibíd.*, 172-173. En el texto original el texto va sin cursivas.

¹³⁴ *Ibíd.*, 174.

¹³⁵ *Ibíd.*, 175-181.

¹³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Artículo 121*. En cada entidad federativa se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todas las otras. El

matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en la Ciudad de México serán válidos en cualquier otro Estado de la república.

De acuerdo con el autor, esta determinación deriva de una deficiente interpretación de los alcances del citado numeral constitucional. Propone que se generen diversos conflictos en términos del Pacto Federal al pretender que la legislación de la Ciudad de México se aplique en el territorio de otras entidades federativas. En estos términos, Adame Goddard concluye:

... la sentencia que se analiza no tiene un punto resolutivo que indique que los estados de la República deberán reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el Distrito Federal. La afirmación que hace la Corte es solo uno de los «considerandos» de la sentencia por lo que carece de valor imperativo. Quedan los estados en libertad de reconocer o negarse a reconocer en su territorio la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado conforme a la legislación del Distrito Federal. Esto seguramente será materia de acciones de controversia constitucional.¹³⁷

En efecto, esta problemática fue planteada en diversos medios de control constitucional, cuyas respuestas serán expuestas en las siguientes líneas.

IV. *El principio de igualdad y no discriminación como argumento para justificar el matrimonio entre personas del mismo sexo.* De acuerdo con el autor la Corte validó las reformas al Código Civil para el Distrito Federal tomando como base el derecho a la igualdad y no discriminación. Ante este argumento Adame Goddard considera que no existe una igualdad real entre las relaciones heterosexuales y las homosexuales que justifique la misma oportunidad para acceder al matrimonio:

Las relaciones heterosexuales se dan entre sujetos de sexo diferente y con el fin de la unidad que produce la complementariedad sexual, que ordinariamente comprende la procreación como fruto. *Las relaciones afectivas homosexuales se dan entre sujetos del mismo sexo y por lo mismo no pueden aspirar a la complementariedad*, ni a la procreación, por lo que tienen como finalidad o causa sólo la ayuda mutua. Son ambos tipos de relaciones diferentes en cuanto a sus sujetos y a su fin, por lo que son esencialmente distintas y no se justifica darles el mismo tratamiento jurídico.

El hecho de que se de tratamiento jurídico diferente a relaciones que son

Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

...

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de una entidad federativa, tendrán validez en las otras.

...

¹³⁷ ADAME Goddard, *Análisis de la sentencia*, Op. Cit., p. 180.

diferentes no implica ninguna discriminación, sino simplemente aplicar el principio de que lo desigual tiene que tratarse en forma desigual. De hecho, cuando la ley fija como requisito del matrimonio la diversidad sexual, no excluye a ninguna persona, que cumpla con los demás requisitos, de la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de diferente sexo; si alguien no quiere contraer matrimonio con una persona de sexo diferente, se respeta su decisión y no se le fuerza a contraer- lo. No hay ninguna discriminación...¹³⁸

Desde esta perspectiva, siguiendo con los argumentos del autor, una persona que decide no contraer matrimonio no es una persona *completa* ni lo son aquellos matrimonios que deciden no tener hijos.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento público del matrimonio que no justificaría que las uniones entre personas del mismo sexo se realizaran bajo una figura distinta, Adame Goddard señala:

En cuanto a la desigualdad proveniente del diverso reconocimiento social que tienen el matrimonio y otras uniones afectivas, cabe analizar, primero, cuál es la razón de que el matrimonio sea una institución especialmente valorada por todos los pueblos, no sólo el mexicano. El matrimonio se ha valorado especialmente porque tiene una finalidad pública que es la procreación y educación de los hijos, de lo cual depende el futuro de cualquier nación... El matrimonio cumple así dos funciones de orden público, que son: la educación y procreación de los hijos y la generación de vínculos de solidaridad entre diferentes familias. Por eso el matrimonio ha tenido y tiene un reconocimiento social diferente al de otras uniones afectivas que no tienen esa trascendencia social.

La unión entre personas del mismo sexo es de interés exclusivamente privado: es una unión que genera deberes de ayuda mutua que benefician exclusivamente a los contrayentes. No tiene, por lo tanto, ninguna razón para tener el reconocimiento y las ventajas que corresponden al matrimonio... La pretensión de igualar lo privado con lo público nace de pasar por alto que cada asociación tiene deberes y finalidades distintas, lo cual justifica que tengan derechos diferentes. Cuando la diversidad de derechos se contempla como un agravio, es porque se adopta una perspectiva individualista que reclama igualdad de derechos sin disposición de cumplir los deberes y finalidades correspondientes.¹³⁹

Una vez que se han expuesto los argumentos sostenidos por Adame Goddard es necesario hacer diversas manifestaciones a manera de contraargumentos.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 183. El texto original no contiene cursivas.

¹³⁹ *Ibíd.*, pp. 184-185.

La postura del autor en torno a la forma en que la Corte abordó la noción de familia no desvirtúa la validez de la sentencia. Como se desarrolló en el apartado 1.1.2.2, la Procuraduría General de la República no expuso un argumento de invalidez relacionado con la vulneración al artículo 4 de la Constitución Federal en torno al concepto de familia; sino que sostuvo la trasgresión del concepto de matrimonio derivado de la interpretación de la fracción II del apartado B del artículo 30 constitucional. Por lo anterior, el disenso sobre la metodología utilizado por la Corte no implica que la sentencia haya dejado de contestar el planteamiento sometido a su consideración.

En relación a la propuesta del autor sobre la definición de matrimonio contenida en la Constitución Federal, una vez que la Corte emitió su resolución estamos ante una cosa juzgada en la que se determina que en el documento constitucional no se contempla una definición de matrimonio en términos heterosexuales.

Ante esta situación se puede o no estar de acuerdo, pero el debate acerca de este tema tiene una finalidad estrictamente académica por lo que no se considera necesario abundar al respecto. La postura de esta investigación coincide con la decisión de la Corte y la respuesta a este planteamiento se expone a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, en el apartado 1.1.2.1 ya fue abordado lo relativo a que la imposibilidad de procreación es un elemento que justifica un trato diferenciado para que las parejas del mismo sexo no puedan acceder al matrimonio; se considera es innecesario volver a dicho punto.

Lo que sí es preciso señalar es lo relativo a la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en la Ciudad de México, que pretendan tener efectos en otras entidades. Como lo previó el autor, se promovieron diversas Controversias constitucionales, entre las que destacan las identificadas con los números 13/2010 y 14/2010 interpuestas por los Estados de Baja California y Jalisco respectivamente. Al estudiar la primera de ellas el Pleno de la Corte resolvió que

... la expedición de las normas impugnadas *per se* no actualiza ni siquiera un principio de afectación en *el ámbito competencial del Estado actor*, puesto que la regulación en materia civil o familiar a aplicar sólo en la entidad que la expide deriva de facultades competenciales residuales y, por ende, exclusivas, en las que otra entidad no puede entrometerse, so pretexto de que no se corresponda con su propia normatividad o, incluso, con su propia interpretación de los postulados constitucionales, aun cuando deba reconocer validez a los actos del estado civil celebrados a la luz de dicha legislación, pues

ello no implica, en modo alguno, un problema competencial, sino el cumplimiento de una cláusula federal que deben respetar y, por tanto, su cuestionamiento vía controversia constitucional sería inaceptable.¹⁴⁰

En este sentido, la Corte determinó que la reforma al Código Civil para el Distrito Federal que posibilitó el matrimonio entre personas del mismo sexo no le causa por sí misma una afectación a las entidades federativas por lo que determinó, por mayoría de siete votos, sobreseer la controversia. Esta decisión de la Corte es en sí misma la respuesta a la crítica sustentada por el autor.

Lo que ha sucedido en los Estados a raíz de los resultados de esta investigación y los litigios emprendidos con posterioridad se abordan en el apartado 4.1.

¹⁴⁰ Controversia constitucional 13/2010, Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 23 de enero de 2012 por mayoría de siete votos, sentencia versión pública p. 70, disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2010/9/3_115699_0.doc

1.2. Inconstitucionalidad por omisión legislativa

Uno de los principales retos y debates en el constitucionalismo actual es la posibilidad de que un tribunal constitucional vincule al poder legislativo a través de una sentencia. La figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se enmarca en esta discusión.

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Suprema Corte reconoció que el artículo 4 de la Constitución Federal contiene un mandato de protección a la familia¹⁴¹. Al hacerlo dejó al descubierto una obligación cuyo cumplimiento está a cargo del Estado. La vinculación directa del Poder Legislativo deriva de que el texto constitucional señale de forma específica que la ley será el instrumento de ejecución de ese mandato.

Ahora bien, ¿qué consecuencias jurídicas se generan a partir del reconocimiento de esta obligación dirigida al legislador?, ¿su cumplimiento es obligatorio?, y en su caso ¿es justiciable su incumplimiento? La respuesta depende del paradigma con el que se evalúe la importancia, alcances y organización del texto constitucional.

El planteamiento de fondo se refiere a los alcances de las decisiones del tribunal constitucional: Si la Constitución contiene por igual mandatos dirigidos a los poderes ejecutivo, legislativo, judicial e incluso a los órganos constitucionalmente autónomos, ¿por qué la jurisprudencia y la doctrina constitucional han excluido al poder legislativo de los alcances del escrutinio de los tribunales constitucionales ante la denuncia del incumplimiento de un mandato de legislar?

La postura asumida en esta investigación concibe a la Constitución como un texto con fuerza normativa, incluyendo los mandatos dirigidos al Poder Legislativo. Ante el incumplimiento de éstos nace la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*.

Esta figura es el objeto de estudio de este apartado. Para una mejor comprensión el desarrollo se divide en cuatro secciones: a) un análisis previo que expone los argumentos jurídicos en los que se fundamenta la inconstitucionalidad por omisión legislativa, b) la exposición de una parte sustantiva que incluye el concepto, sus elementos y clasificación, c) una breve descripción general del aspecto procesal, y d) un repaso a cerca de la recepción que ha tenido en la estructura de los medios de control constitucional en México.

¹⁴¹ Véase apartado 1.1.2.3.

1.2.1. Elementos previos

A lo largo de la historia del derecho y específicamente en la era moderna, el vocablo *constitución* ha transitado por diversos significados; todos ellos se encuentran ligados a un marco teórico, así como a un contexto histórico, social, político e incluso económico¹⁴².

De ese devenir se ha llegado a la noción actual que se resiste a brindar un significado rígido o único. Zagrevelsky por ejemplo, concibe a la Constitución como norma constitutiva, como norma inclusiva-exclusiva, como compromiso, como norma duradera y como norma convencional de autonomía social. Al tomar en cuenta estos elementos para diferenciar a la Constitución de la ley señala:

... la Constitución es la forma de la convivencia, la ley es la forma de la fuerza; la Constitución señala los límites de la inclusión y de la exclusión de la vida constitucional, la ley es la expresión de esta vida; la constitución es una norma de compromiso que media entre las fuerzas incluidas en la Constitución, la ley es una decisión que escoge entre las oportunidades aceptadas por el compromiso; la Constitución es una norma que aspira a durar, la ley es una norma fugaz que depende de las circunstancias; la Constitución es una norma en la que se expresa la autonomía de los miembros de la sociedad, la ley es una norma que expresa la superioridad de una parte de los elementos de la sociedad sobre las otras.

En la noción de compromiso y autonomía social se encuentra implícita la obligatoriedad de la Constitución, característica que se extiende a todo su contenido. Esto incluye a los mandatos dirigidos al órgano legislativo cuyo incumplimiento se torna una violación que se caracteriza de inconstitucional.

Al estudiar la fuerza vinculante de la Constitución, Bidart Campos parte del supuesto de que "la constitución es *jurídica*"¹⁴³. Señala que el principio fundacional del constitucionalismo moderno es concebir a "la constitución escrita como *superley de garantías* entraña la finalidad de *limitar al poder* del estado y *asegurar la libertad y derechos personales*"¹⁴⁴.

Ahora bien, derivado de la complejidad de un sistema jurídico es imposible que todo el conjunto normativo que lo integra se encuentre inscrito en el texto

¹⁴² Véase TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Fontamara, México 2006.

¹⁴³ BIDART Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. UNAM, México, 2003, p. 19.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 58.

constitucional. Asimismo, no todas las normas constitucionales están destinadas a cumplir los mismos fines ni comparten las mismas características.

Ante este panorama, el sustento teórico sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa se encuentra en el contenido de los principios de fuerza normativa y supremacía. Se complementa con una clasificación de las normas constitucionales y del tipo de facultades que se reparten en el texto fundamental. Estos elementos se describen a continuación.

1.2.1.1. Constitución. Fuerza normativa y supremacía

Los principios de fuerza normativa y supremacía constitucional son fundamentales para el entendimiento de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Por un lado porque la fuerza normativa implica que ningún poder constituido puede dejar de cumplir la Constitución. En los mismos términos el principio de supremacía supone que un mandato constitucional es superior a cualquier norma infraconstitucional.

Estos dos elementos se entrelazan para integrar la base de todo sistema constitucional. Rodolfo Luis Vigo expone esta relación señalando que:

El reconocerle "fuerza normativa" o valor de norma a la Constitución en todas y cada una de sus partes, implica que éstas se cumplan -con alcance diverso- una función directiva estableciendo cómo ha de obrarse y también una función -en mayor o menor medida- preceptiva mandando que esa operación se realice. Integralmente considerada la norma constitucional es *higher law* (el derecho más alto). o mejor dicho, es la norma que funda y legitima el sistema jurídico para esa sociedad desde el punto de vista positivo; pues las demás normas jurídicas resultan intrasistemáticas en tanto se derivan y se ajustan al marco definido constitucionalmente.¹⁴⁵

La consecuencia de estos dos postulados es la necesidad de contar con un sistema de control constitucional que los haga efectivos; es decir, la posibilidad de que las violaciones a la Constitución, tanto las que se comenten por actos como los relacionados con omisiones, sean justiciables

Lo anterior incluye a la omisión legislativa entendida como el incumplimiento de un mandato constitucional dirigido al órgano legislativo; esto es, una omisión legislativa inconstitucional.

¹⁴⁵ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1993, p. 64.

1.2.1.1.1. Fuerza normativa

El punto de partida de esta investigación es la noción sustantiva de que la Constitución no es un mero programa político lleno de valores pero no justiciable. Por el contrario, se le asume como un texto normativo vinculante por sí mismo; es decir, obligatorio para los miembros de la comunidad política y para las instituciones o poderes constituidos que de ella emanan¹⁴⁶.

Para Bidart Campos el hecho de que la Constitución tenga el calificativo de *jurídica* significa que tiene un efectivo carácter de norma jurídica. Al desarrollar esta idea el autor explica que

... la constitución de un *estado democrático*... tiene *fuerza normativa* en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicitudes.

Si lo decimos a la inversa, queremos descartar de modo total y absoluto que la constitución sea -en todo o parcialmente- un texto donde se acumulan consejos, recomendaciones, invitaciones, simples parámetros orientativos, o cosa semejante, todo ello sin fuerza obligatoria.

Tan escueta afirmación... alberga un sentido y un objetivo: mostrar que cuando un estado es realmente democrático, su constitución como norma jurídica fundamental o de base es el ápice axial, obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político, y vincula tanto a la totalidad de los órganos de poder como a los particulares, en un doble aspecto: cuando el propio estado se relaciona con los particulares, y cuando éstos se relacionan entre sí. Todo ello para que la constitución se cumpla, se acate, funcione, y sea invocable ante los tribunales de justicia.¹⁴⁷

En el mismo orden de ideas, Rangel Hernández, la autora que ha estudiado con más detalle la omisión legislativa en México, expone que la

... la fuerza normativa de la Constitución es un atributo que la caracteriza e incluso la define al estar inmerso en su propia naturaleza, y que a hace valer o regir por sí misma aun sin intervención posterior del órgano Legislativo consistente en la emisión de normas generales de desarrollo de sus preceptos...¹⁴⁸

¹⁴⁶ Véase BIDART Campos, Op. cit., pp. 19-24.

¹⁴⁷ BIDART Campos, Op. cit., pp. 19-20.

¹⁴⁸ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría General y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2009, p. 10.

Este concepto proyectado sobre la Constitución "la hace obligatoria para todos los destinatarios, en tanto deben cumplir sus mandatos, y deben abstenerse de violarla ya sea por acción o por omisión"¹⁴⁹.

De esta manera, la autora señala que el concepto de fuerza normativa:

... hace alusión a que la constitución en tanto norma jurídica posee sustancialmente disposiciones de cumplimiento obligatorio, sin dejar de reconocer la existencia de otras que son de cumplimiento potestativo, en ambos casos deben ser respetadas y cumplidas por todos los operadores jurídicos sean particulares o gubernamentales.¹⁵⁰

El fenómeno se torna complejo cuando la obligación que emana de la Constitución recae sobre el Poder Legislativo; sin embargo, esta complejidad no implica una justificación para excusar un control eficaz de la Constitución, sobre todo cuando lo que está en juego es el respeto a los derechos humanos ya que

... cuando la constitución reconoce derechos, y les da constancia normativa, no lo hace para cumplir un propósito decorativo y literario de pura retórica o de alarde lexical, sino para que las personas dispongan de acceso a su goce y a su disfrute, y para que los puedan valer ante un estado al que, en reciprocidad, se le demarcan límites, y se les reparte el poder con funciones a cargo de órganos separados, sujetos a control.¹⁵¹

En consecuencia, ante la inconstitucionalidad del incumplimiento éste debe poder ser sujeto de control para restituir la fuerza normativa del texto constitucional. Bidart Campos lo explica:

El mejor test para saber si a toda la constitución se le adjudica realmente fuerza normativa directa se puede bifurcar así: cuando alguna parte de la constitución se torna inexigible e inaplicable por los tribunales judiciales mientras los órganos de poder no dictan las normas infraconstitucionales complementarias, la porción inexigible e inaplicable frustra -o al menos debilita- la fuerza normativa; cuando la totalidad de los órganos de poder, y los particulares, no quedan vinculados por el conjunto integral de la constitución, tampoco la logra hacer viable y eficaz.

Si resumimos lo antedicho, el mismo y único test nos responde que el sector de la constitución que se frustra al control se identifica generalmente con el fracaso de la fuerza normativa en ese sector.

Tal vez parezca demasiado riguroso el postulado, pero es menester comprenderlo acabadamente para compartirlo.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 6.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p.8.

¹⁵¹ BIDART Campos, *Op. cit.*, pp. 26.

En verdad, ¿de qué y para qué sirve predicar que toda la constitución reviste naturaleza de norma jurídica exigible y aplicable, cuando no hay disponibilidad de que los tribunales la apliquen y la hagan funcionar en la totalidad de su contenido o, en su defecto, tampoco hay controles de otra naturaleza?

Estamos pues, definiendo la capacidad normativa de la Constitución por la viabilidad de hacer obligatorio su cumplimiento, de darle aplicación sin necesidad ineludible de intermediarios, de obtener sanción al remedio al incumplimiento o a la violación.¹⁵²

Esta investigación plantea estos retos para la justicia constitucional mexicana: su capacidad para exhibir el incumplimiento de la Constitución por parte del Poder Legislativo y el análisis de la forma en que le hace frente al desacato.

1.2.1.1.2. Supremacía constitucional

La fuerza normativa de la Constitución carecería de sentido si hubiera algún texto de rango superior que la pudiera limitar. De ahí que la supremacía sea el otro postulado fundamental del constitucionalismo moderno. Para Bidart Campos

... la constitución suprema viene a ser, precisamente, la que pone o incardina en el mundo jurídico su conjunto normativo, al que se inviste con el carácter de fuente primaria, superior, y de mayor valor que las fuentes subconstitucionales. Y el sentido que tal noción adquiere en el contexto del ordenamiento jurídico es también el de atajar, impedir, o remedar la sublevación que las fuentes inferiores opongan a la constitución escrita.¹⁵³

Por otro lado, Mancilla Castro cita a Alberto del Castillo del Valle en su noción de supremacía constitucional para indicar que dicho principio

... hace de la Constitución la norma jurídica de mayor jerarquía, que es la base del orden de Derecho y del derivan todos los actos de autoridad, incluyendo las leyes, sin que autoridad alguna tenga la potestad de obrar contrariamente al mandato constitucional, pues sus actos serían susceptibles de ser anulados por esa violación al orden jurídico supremo.¹⁵⁴

Esta propuesta lo lleva a concluir que

... la supremacía constitucional no es solo un principio, sino también un derecho de los particulares de que se aplique la Constitución. Es entonces este derecho a la aplicación de la ley fundamental el elemento en que se basan

¹⁵² *Ibíd.*, pp. 28-30.

¹⁵³ *Ibíd.*, pp. 56-57.

¹⁵⁴ DEL CASTILLO del Valle, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México (Derecho procesal constitucional mexicano)* 3a ed., México, Cumorah, 2004, p. 24; en MANCILLA Castro, Roberto Gustavo, *Derecho adjetivo constitucional*, Ed Novum, México 2012, p. 54.

las acciones constitucionales tuteladoras de los derechos de los particulares.¹⁵⁵

En el mismo orden de ideas, Báez Silva señala:

Se dice que algo es supremo cuando es superior jerárquicamente, cuando sobre ese algo no existe 'algo' más, cuando es lo más alto, lo más valioso. Es en este sentido en el que se entiende la supremacía de las constituciones: son lo más alto, lo más valioso, pues sobre ella no existe nada más, son *formalmente* superiores.¹⁵⁶

En esos términos, este autor considera que una de las consecuencias de este principio es que "cualquier norma cuyo contenido o interpretación se oponga al contenido o interpretación de algún precepto constitucional debe perder validez."¹⁵⁷

Por otro lado, para Israel Santos Flores el principio de supremacía constitucional

... significa que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, adquiriendo el carácter de norma suprema sobre la cual las demás adquieren validez propia, por lo que todas aquellas que las contradigan deben ser expulsadas del ordenamiento para salvaguardar el carácter superior del texto constitucional. En esta tesitura, la ley fundamental dispone los procedimientos a través de los cuáles se crearán el resto de las normas para ser válidas; es decir, establece el sistema de fuentes sobre el que han de dictarse las demás.¹⁵⁸

En este sentido, el principio de supremacía comparte con el de fuerza normativa la necesidad de un medio de control que los haga eficaces¹⁵⁹ sobre todo en sistemas jurídicos como el mexicano que se caracteriza por una vasta creación o adecuación normativa, en el que incluso la propia Constitución es reformada constantemente.

¹⁵⁵ MANCILLA Castro, Op. cit., p. 56.

¹⁵⁶ BAEZ SILVA, Carlos, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2009, p. 2.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 7.

¹⁵⁸ SANTOS Flores, Israel, *La Omisión legislativa en materia tributaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. 17.

¹⁵⁹ Luigi Ferrajoli ha desarrollado una vasta bibliografía explicando cómo en un sistema nomodinámico es inevitable la existencia de contradicciones normativas entre la Constitución y las normas que de ella emanan. Como consecuencia se hace necesario pensar en sistemas de control constitucional que haga eficaz el principio de supremacía constitucional y permita expulsar del sistema jurídico a las normas que lo trasgredan. Véase FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 6a ed., España, 2004, pp. 876-880.

Ante un panorama como este la defensa de la Constitución se torna imprescindible. A esto se refiere Tajadura Tejada citando a Pedro Vega cuando sostiene que la misión del Tribunal Constitucional es "'impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución'. El legislador como poder constituido no puede ir en contra de la Constitución, obra del poder constituyente"¹⁶⁰.

Los pronunciamientos más novedosos del Pleno de la Corte a cerca de la *supremacía constitucional* se desarrollaron en la Contradicción de Tesis 293/2011. En este precedente la *supremacía* entre los tratados internacionales y la Constitución dejó de pensarse en términos jerárquicos exclusivamente:

... la presente contradicción de criterios *problematiza* la respuesta que esta Suprema Corte ha dado a la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales, al cuestionar si la misma resulta aplicable a “los tratados de derechos humanos”. Para este Tribunal Pleno, la doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la jerarquía de los tratados internacionales resulta *insatisfactoria* por dos cuestiones: una relacionada con los alcances de los precedentes que sostienen dicha doctrina; y otra vinculada con la necesidad de adoptar un nuevo enfoque para responder el problema aducido, dando cuenta del nuevo contenido del artículo 1º constitucional.¹⁶¹

En este sentido la Corte continuó señalando:

Si se parte de la premisa de que ya existía un catálogo constitucional de derechos humanos, lo relevante de la reforma constitucional para efectos del presente estudio consiste en que *incorpora* los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales a ese mismo catálogo. En este sentido, a partir de que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1º constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no *puede ser estudiada en términos de jerarquía*, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas

¹⁶⁰ TAJADURA Tejada, Javier, *La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 279.

¹⁶¹ Contradicción de Tesis 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, sentencia versión pública electrónica, p. 24, disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>]

normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1° constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.

...

Lo antes expuesto conduce a este Tribunal Pleno a apuntar, como una conclusión preliminar, que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución *no se relacionan entre sí en términos jerárquicos*. En consecuencia, el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no constituye una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos. En estos términos, a continuación se desarrollarán las implicaciones que la reforma constitucional ha significado para este nuevo conjunto normativo de rango constitucional, reparando específicamente en la construcción del principio de supremacía constitucional y en la forma en la que deben relacionarse los derechos humanos reconocidos en ambas fuentes normativas.¹⁶²

Con estas nuevas consideraciones, la Corte concluyó:

... las *normas de derechos humanos* constituyen el parámetro de regularidad constitucional que deben atender todas las autoridades del Estado mexicano, en el sentido de que los actos que emitan con motivo de su función deben ser coherentes con el contenido de esas normas.

Así, la trascendencia del cambio de paradigma constitucional antes descrito conlleva la necesidad de replantear parcialmente el principio de supremacía constitucional, con base en los nuevos enfoques introducidos por las reformas constitucionales de junio de dos mil once. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que el principio de supremacía constitucional comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico mexicano, lo que a su vez implica, entre otras cosas, que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes a la misma, tanto en un sentido formal como material.

Si bien este entendimiento no ha cambiado, lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esta transformación se explica por la *ampliación* del catálogo de derechos humanos previsto dentro de nuestra Constitución, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, para este Tribunal Pleno *defender los derechos humanos es defender la propia Constitución*.

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 29-31.

Como se ha expuesto anteriormente, el catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de *todos los derechos humanos* incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales.¹⁶³

Al final de esta investigación será posible evaluar el funcionamiento de la justicia constitucional ante la resistencia del Poder Legislativo para acatar el mandato constitucional de protección a las familias homoparentales; esto es, su eficacia en la restauración de los principios de fuerza normativa y supremacía de la Constitución.

1.2.1.2. Tipos de normas constitucionales

Que la Constitución tenga fuerza normativa y que su texto goce de supremacía no implica que en ella se agote el sistema jurídico.

Esta afirmación tiene una doble connotación. La primera, que la Constitución no sólo emite mandatos en lo que dice su texto sino también en lo que no dice¹⁶⁴. La segunda implica que hay diversos tipos de preceptos constitucionales, unos que pueden hacerse exigibles directamente y otros que requieran un desarrollo posterior.

Sobre esta diferenciación se han desarrollado diversas clasificaciones doctrinales, por ejemplo, Báez Silva expone:

En virtud de que el Poder Constituyente, al crear una Constitución que es en sí un documento marco, no puede ser del todo explícito, específico o minucioso y de que la construcción del sistema jurídico inicia solamente con la Constitución, al legislador ordinario se le hacen algunos "encargos", es decir, se le asigna ya no la tarea genérica de legislar, sino la específica de desarrollar ciertos preceptos constitucionales de eficacia limitada, puesto que, dada la previsión *explícita o implícita* contenida en tales preceptos,

¹⁶³ *Ibíd.*, pp. 47-78.

¹⁶⁴ Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Ed. Trotta, España, 2008, pp. 116-120.

resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena.¹⁶⁵

Para este autor hay normas de eficacia directa que son idóneas por sí que regulan directamente situaciones concretas; mientras que las normas de eficacia indirecta necesitan ser actuadas o concretadas a través de una actividad normativa posterior.¹⁶⁶

En este mismo orden de ideas, las normas de eficacia indirecta pueden clasificarse en *normas constitucionales de eficacia diferida* que se refieren a las normas de organización de los poderes estatales, *normas constitucionales de principio* que establecen orientaciones generales que deben seguirse en circunstancias determinadas y *normas constitucionales programáticas* que aluden a los mecanismos o tareas mediante los cuales se pretenden alcanzar los objetivos fijados con las normas constitucionales de principio.¹⁶⁷

Esta clasificación es expuesta detalladamente por Rangel Hernández, su propuesta se desarrolla en el *Cuadro 1* visible en la siguiente página¹⁶⁸. De acuerdo con la autora, uno de los elementos que adquiere relevancia es la *justiciabilidad* de las normas programáticas:

... este tipo de normas requieren necesariamente de regulación secundaria para su efectivización. Aquí puede darse una doble problemática, que el legislador haya emitido las leyes de desarrollo constitucional respectivas, sin otorgar herramientas adecuadas para el cumplimiento de los derechos... Por otra parte, puede suceder que el órgano legislativo haya incumplido la tarea de dar contenido a los derechos sociales, y procurar su viabilidad, esto es, cuando ha omitido las normas legales indispensables para ello, con lo cual la omisión legislativa se torna en un obstáculo más para su efectivización.¹⁶⁹

Por otra parte, Bidart Campos se refiere a las normas programáticas señalando que:

... si la constitución tiene normas *programáticas* -o sea, aquellas que para su funcionamiento y aplicación requieren ser complementadas y desarrolladas por otras normas infraconstitucionales, o precisan disponer ciertas estructura funcionales de base (como los organismos de la seguridad social para el otorgamiento de las prestaciones correspondientes a las que las personas tienen derecho a acceder)- también el cúmulo de esas facultades

¹⁶⁵ BAEZ Silva, Op. cit., p.38.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p.14.

¹⁶⁷ BAEZ Silva, Carlos, Op. cit., pp. 14-15.

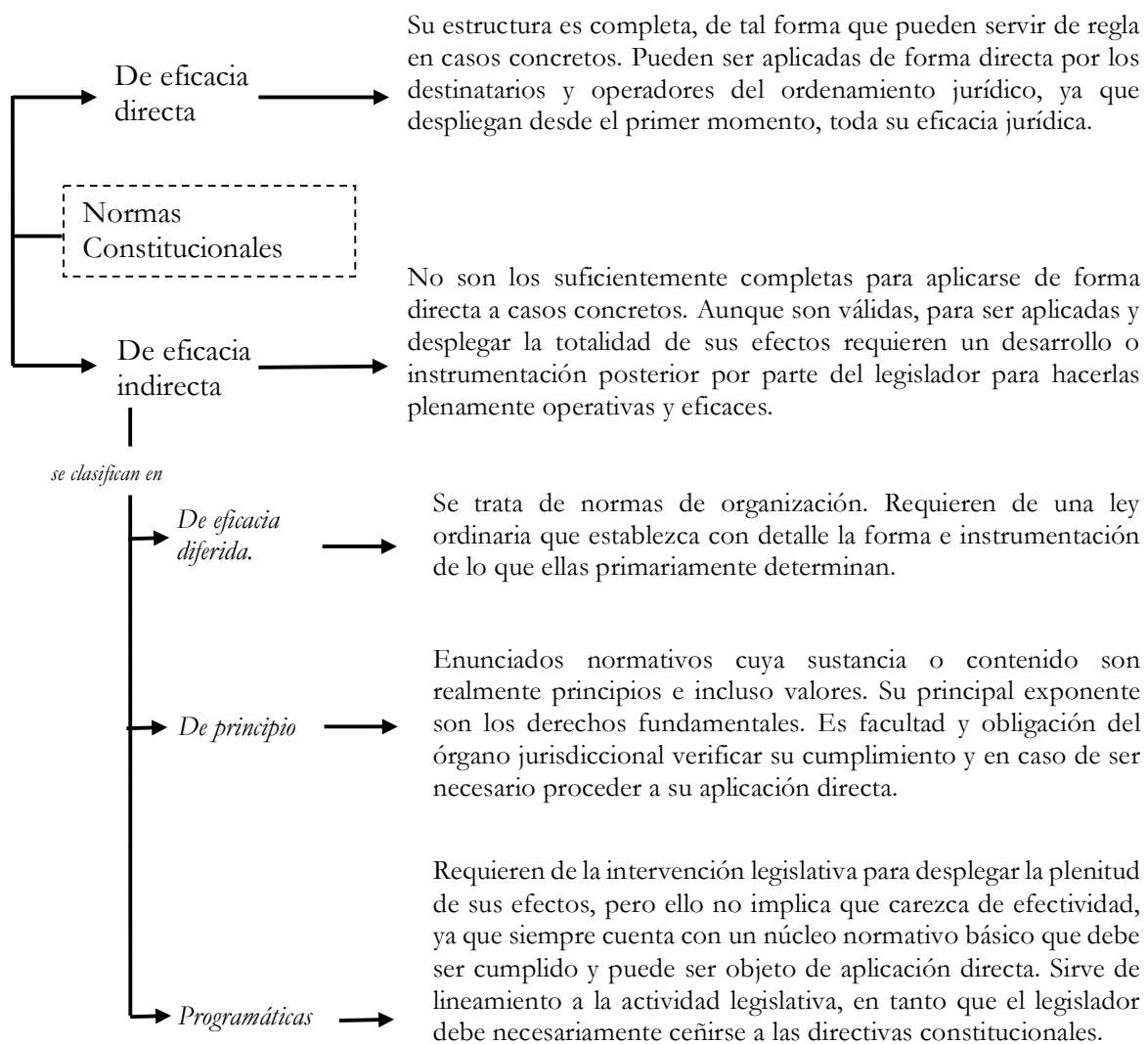
¹⁶⁸ RANGEL Hernández, Op. cit., pp. 11-17.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 18-19.

programáticas es de cumplimiento obligatorio, y esas normas deben ser invocables ante los tribunales judiciales. O sea, cuentan con la fuerza normativa de la constitución, no obstante su naturaleza diferente a la de las normas que, por contradicción, se denominan operativas.

Quiere decir que la circunstancia de que la constitución albergue normas programáticas no equivale, sin más, a la afirmación de que ellas carecen de fuerza normativa ni a la que, por concomitancia, diría que la constitución que contiene normas programáticas no es, en su totalidad ni en su unidad de conjunto, la norma jurídica superior, exigible y vinculante para todos.¹⁷⁰

Cuadro 1. *Tipos de normas constitucionales*



¹⁷⁰ BIDART Campos, Op. cit., pp. 21-22.

Al desarrollar este tema el autor insiste en la importancia de los medios de control:

Par que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad de la identificación de un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.

Sin duda, estamos haciendo alusión al control de las omisiones que, por afectar el carácter normativo de la constitución suprema, resultan inconstitucionales y consuman la *inconstitucionalidad por omisión*.¹⁷¹

Ahora bien, debe enfatizarse que el hecho de que existan normas programáticas no significa que la Constitución pierda su fuerza normativa:

... la constitución por su propia naturaleza contiene normas o principios que no gozan de completitud o que están plasmados a través de conceptos jurídicos indeterminados, los cuáles regularmente requieren de desarrollo posterior; el hecho de que este desarrollo no se haya llevado a cabo por cualquier causa, no puede ni debe ser obstáculo para la aplicación directa de la constitución. Precisamente con base en su supremacía, ésta obliga a los operadores jurídicos a hacerla valer y prevalecer en todo momento y bajo cualquier circunstancia, ya que de lo contrario se estaría dejando de lado este principio de supremacía constitucional, para tornarlo simplemente en una declaración o anuncio sin utilidad o aplicación práctica, de modo que negar que la constitución debe ser cumplida y acatada en todas y cada una de sus partes y que obliga a todos los destinatarios sea cual sea su naturaleza, es tanto como negar también la supremacía constitucional.¹⁷²

También Báez Silva se preocupa por hacer este señalamiento respecto de las normas constitucionales programáticas:

... aunque se pueden clasificar de distintas maneras, las normas constitucionales, en tanto constitucionales, son supremas a todas y, en tanto, normas jurídicas, son coercitivas. Decir que una constitución tiene fuerza normativa significa que tal instrumento es *eficaz*, es decir, que los sujetos a él sometidos convierten a esa constitución en motivo esencial de sus acciones.

¹⁷¹ *Ibíd.*, pp. 22-23.

¹⁷² RANGEL Hernández, *Op. cit.*, pp. 6-7.

... cabe decir que una constitución normativa es aquella que se convierte en *regla* de acción del poder político y de los individuos, no en *instrumento* de dominación de unos sobre otros.¹⁷³

Todas estas consideraciones serán de utilidad al momento de analizar el cumplimiento del mandato constitucional de protección a las familias homoparentales en los casos concretos que se presentan en esta investigación.

1.2.1.3. Tipo de facultades

Tomando en cuenta que la inconstitucionalidad por omisión legislativa presupone, entre otras cosas, el incumplimiento de un mandato dirigido al legislador, para entenderla debe tomarse en cuenta diversas clasificaciones de las facultades o competencias de los órganos del Estado.

Para efectos de esta investigación adquieren relevancia dos clasificaciones de los tipos de facultades constitucionales: la que toma como punto de partida su obligatoriedad y aquella que se organiza a partir de la forma en que se expresa en el texto fundamental.

1.2.1.3.1. Considerando su obligatoriedad

Si bien el texto constitucional tiene fuerza normativa y es supremo respecto al resto del sistema jurídico, la propia Norma Fundamental reserva el ejercicio de ciertas facultades a la discrecionalidad de los órganos o autoridades a quienes se las otorga.

En este sentido, toda la Constitución es obligatoria, pero ella misma dispone que el cumplimiento de ciertos mandatos queda sujeto a la voluntad de la autoridad.

Así se ha distinguido entre competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo. Las primeras se refieren a "aquellas que, como su nombre lo indica, son de carácter imperativo y vinculante, de manera que el destinatario de la norma no puede negarse a su cumplimiento ni demorar indiscriminadamente el mismo so pena de violentar la norma fundamental"¹⁷⁴.

Tratándose de facultades de ejercicio potestativo se está "ante disposiciones [en las] que el constituyente otorga libertad al destinatario para su ejecución"¹⁷⁵. Al hacer este análisis Rangel concluye que

¹⁷³ BAEZ Silva, Op. cit., pp. 15-16.

¹⁷⁴ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 31.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 32.

... los poderes y sus órganos detentan facultades potestativas cuyo cumplimiento es discrecional, de modo que su omisión no implica trasgresión a la norma fundamental, e igualmente se les ha atribuido competencias de ejercicio obligatorio, las cuáles necesariamente deben ser atendidas o de lo contrario se actualiza una inconstitucionalidad por omisión.¹⁷⁶

En el ámbito de las decisiones jurisdiccionales, la Suprema se pronunció sobre el tipo de facultades legislativas al resolver la Controversia Constitucional 14/2005:

Doctrinalmente existen diversos criterios de clasificación respecto del ejercicio de las competencias de los órganos del Estado, y ya referidos a la actuación de los órganos legislativos y en particular, propiamente a las omisiones legislativas, de entre todos ellos, a este Tribunal Pleno le parece aceptable el siguiente:

En un Estado Federal, el principio de división funcional del poder se desarrolla constitucionalmente mediante la atribución de competencias expresas a los órganos superiores del Estado; en este sentido, el principio que cierra la posibilidad de actuación de las autoridades dentro del ordenamiento jurídico es que todo aquello que no se encuentra expresamente facultado para las autoridades se encuentra prohibido y que las autoridades sólo pueden realizar los actos dictados sobre bases expresas previstas en el ordenamiento y, en particular, en la Constitución.

Este sistema competencial establecido en la Constitución, se expresa positivamente de varias maneras: existen prohibiciones expresas, que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; existen competencias de ejercicio potestativo, en donde el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida y, finalmente, existen competencias de ejercicio obligatorio, en donde el órgano del Estado se encuentra obligado a ejercer la competencia establecida en la Constitución.

Ahora bien, en relación a los órganos legislativos del Estado, ... las facultades o competencias de ejercicio potestativo son aquellas en las que los dichos órganos, pueden decidir si las ejercen o no, y en qué momento lo harán. La competencia, en sentido estricto, no implica una obligación: es simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales. Es decir, en este tipo de competencias, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir si las ejercerán o no y en qué momento las llevarán a cabo, sin que estén obligadas a ejercerlas. Por tanto, el órgano legislativo tiene la potestad de decidir, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 35.

Por otro lado, las facultades o competencias de ejercicio obligatorio son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de realizarlas por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones, de ahí que en caso de que no se realicen el incumplimiento trae aparejada una sanción. En este tipo de competencias, el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley.

Esta obligación (mandato) de ejercicio de la facultad para la expedición de leyes, puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, así sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Respecto de esto último, ello es así en tanto que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional¹⁷⁷.

A partir de estos elementos se podrá hacer una evaluación de los casos concretos que se analizan en el presente trabajo.

1.2.1.3.2. Considerando su forma de expresarse

En la exposición de esta clasificación se sigue el trabajo de Rangel Hernández. De acuerdo con la autora los mandatos pueden clasificarse en expresos o implícitos dependiendo de la forma en que se encuentren expresados. Los mandatos expresos pueden encontrarse de forma directa, en los artículos transitorios o de forma indirecta.

El mandato expreso directo es "una norma constitucional que indubitablemente establece de forma directa la obligación al legislador de emitir una norma jurídica determinada, no se trata de un encargo genérico sino concreto"¹⁷⁸.

En términos gramaticales este tipo de mandatos se identifican por tener redacciones que identifican al destinatario de la obligación legislativa seguido de la frase "expedirá las leyes necesarias..." o similares.

Como ejemplo se tienen la fracción VII del párrafo tercero del artículo 3 constitucional que establece:

¹⁷⁷ Controversia Constitucional 14/2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Sentencia versión pública electrónica, pp. 55-57, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=72079>

¹⁷⁸ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 42.

El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, *expedirá las leyes necesarias*, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan, y

En el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 17 constitucional señala:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

El mandato expreso directo también puede ubicarse en los artículos transitorios del decreto que modifica el texto constitucional, ya sea para la integración de nuevos derechos o para adecuar los alcances de los ya existentes. En estos casos generalmente se incluye el plazo en el que se tienen que expedir las leyes respectivas o hacer las modificaciones necesarias¹⁷⁹.

Ahora bien, el análisis más estricto del texto constitucional arroja que los mandatos al poder legislativo no siempre se expresan con esta claridad. Sobre este tema se pronunciaron los Ministros Genaro Góngora Pimentel y José Ramón Cossío Díaz en el debate del proyecto para resolver la citada Controversia Constitucional 14/2005. El primero de ellos señaló:

Circunscribir las facultades de ejercicio obligatorio a aquéllas en donde existe un mandato de ejercicio expreso, es reducir de manera dramática la efectividad de la Constitución Federal, pues si no existe tal mandato expreso, que afirma el proyecto, se puede encontrar normalmente en los artículos transitorios, parcela en la cual se le puede exigir al legislador que realice su labor, resulta muy reducida y en cambio, tiene un amplio campo de materias en donde la decisión de legislar le es completamente disponible; esto en nuestra opinión, no es aceptable, porque la Constitución contiene muchas normas que, aun cuando no tengan la estructura semántica del mandato expreso, resultan plenamente obligatorias para el Poder Legislativo por su contenido intrínseco y su valor normativo, en atención a que es un poder público, subordinado a la Norma Fundamental.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 42-51.

¹⁸⁰ Controversia Constitucional 14/2005, *Op. cit.*, Versión taquigráfica de 29 de septiembre de 2005. Intervención del Ministro Genaro Góngora Pimentel, pp. 58-59, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/PL050929_0.pdf]

Por otro lado, el Ministro Cossío expuso:

... cuando yo me refiero al mandato expreso en el proyecto, yo no me estoy refiriendo a que haya una condición lingüística en un artículo transitorio que ordene, por mandato me estoy refiriendo a[]... concepto de mandato no como un enunciado normativo, sino que el mandato se construye sistémicamente y de forma tal que hay un mandato en el orden jurídico, cuando la realización de un acto o la falta de realización de un acto, trae aparejada una sanción, ... a eso me refería con mandato...¹⁸¹

Tomando en cuenta estas observaciones se concluye que también es posible referir se al mandato expreso indirecto identificándolo como

... la orden al legislador de que emita cierta disposición jurídica, aunque al no ser tan claro puede generar algunas confusiones. No obstante, si se atiende a los enunciados normativos y al vocabulario utilizado, se aprecia que el constituyente actúa de forma imperativa al utilizar verbos como ‘establecerá’, ‘determinará’, ‘definirá’. Esto es, se trata de imposiciones al legislador para que desarrolle o instrumente los preceptos constitucionales que requieren de posterior ampliación o concretización; este mandato además se puede inferir del contexto en el que se desenvuelve el precepto legal respectivo.¹⁸²

La redacción de este tipo de mandatos omite mencionar expresamente el destinatario de la obligación de legislar, en su lugar se refiere al producto de dicha acción: la ley. Así, se utiliza el vocablo *ley* seguido o precedido de un verbo conjugado en futuro.

Es ilustrativo de este tipo de mandatos el contenido en la fracción II del apartado A del artículo 2 constitucional en el que se reconoce la autonomía de los pueblos indígenas para:

Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. *La ley establecerá* los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

También puede mencionarse dentro de este rubro el contenido de los párrafos sexto y séptimo de la fracción IX del párrafo cuarto del artículo 3 constitucional

¹⁸¹ *Ibid.*, Versión taquigráfica de 3 de octubre de 2005, intervención del Ministro José Ramón Cossío Díaz, p. 13, disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/PL051003_1.pdf]

¹⁸² *Ibid.*, p. 45.

en los que al referirse al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación estipulan:

La ley establecerá las reglas para la organización y funcionamiento del Instituto, el cual regirá sus actividades con apego a los principios de independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión.

La ley establecerá los mecanismos y acciones necesarios que permitan al Instituto y a las autoridades educativas federal y locales una eficaz colaboración y coordinación para el mejor cumplimiento de sus respectivas funciones.

El propio artículo 4 de la Constitución Federal señala que "el varón y la mujer son iguales ante la ley. *Ésta protegerá* la organización y el desarrollo de la familia".

A partir de estos elementos será posible ubicar en los casos concretos lo relacionado con el mandato de protección a la familia, incluyendo la homoparental.

1.2.2. Parte general

El concepto de omisión, inactividad o incumplimiento adquiere relevancia porque la fuerza normativa de la Constitución supone que ninguno de sus mandatos puede desobedecerse, ni siquiera aquellos dirigidos al Poder Legislativo. Esta afirmación parte de la idea de que "una manera de alterar la ley suprema es no emitiéndose las normas que le son impuestas (mandadas) por aquella"¹⁸³.

Antes de analizar el desarrollo que la inconstitucionalidad por omisión legislativa ha tenido en México es importante conocer la perspectiva general tanto en su aspecto sustantivo como procesal.

1.2.2.1. Análisis sustantivo

En este apartado se bordan los elementos sustantivos que dan cuerpo a la figura de la omisión legislativa. Por un lado está lo referente a los diferentes conceptos que se han construido desde la doctrina constitucional y a continuación se desarrolla un repaso bibliográfico al respecto. Finalmente se retoma la postura de la Suprema Corte.

Para el estudio de los alcances que la omisión legislativa ha tenido dentro de los medios de control constitucional en México se expone la tipología que se ha construido desde la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁸³ FERRER Mac-Gregor, Eduardo, prólogo para BAEZ Silva, Op. cit., p. XIV.

1.2.2.1.1. Noción conceptual

La noción conceptual es importante porque de ahí derivan los elementos relevantes para considerar si se actualiza o no determinado fenómeno jurídico. En el caso concreto este repaso permitirá determinar si en el cumplimiento de la obligación constitucional de protección a la familia, incluyendo la homoparental, se está ante una omisión legislativa inconstitucional.

Para Fernández Rodríguez "... la inconstitucionalidad por omisión [es] la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación."¹⁸⁴

De este concepto se aprecia que la institución se concibe con dos elementos fundamentales: la falta de desarrollo imputable al legislador y la inconstitucionalidad que se integra por otros elementos (Véase *Cuadro 2* en la siguiente página)¹⁸⁵.

De esta propuesta son motivo de análisis dos de los elementos que se requieren para actualizar la inconstitucionalidad: el periodo excesivamente largo y la ineficacia constitucional. El primero representa uno de los retos para la actualización de una inconstitucionalidad por omisión legislativa ya que la Constitución no siempre establece mandatos directos y cuando lo hace no en todos los casos incluye el periodo de tiempo en que habrán de cumplirse.

En relación a la ineficacia constitucional producida por la omisión legislativa, debe advertirse que de acuerdo con la postura de este autor no es suficiente el desacato a la Constitución, sino que es necesario que con esa desobediencia el texto constitucional se torne ineficaz; de lo contrario, el incumplimiento del mandato legislativo no podría ser objeto de algún medio de control.

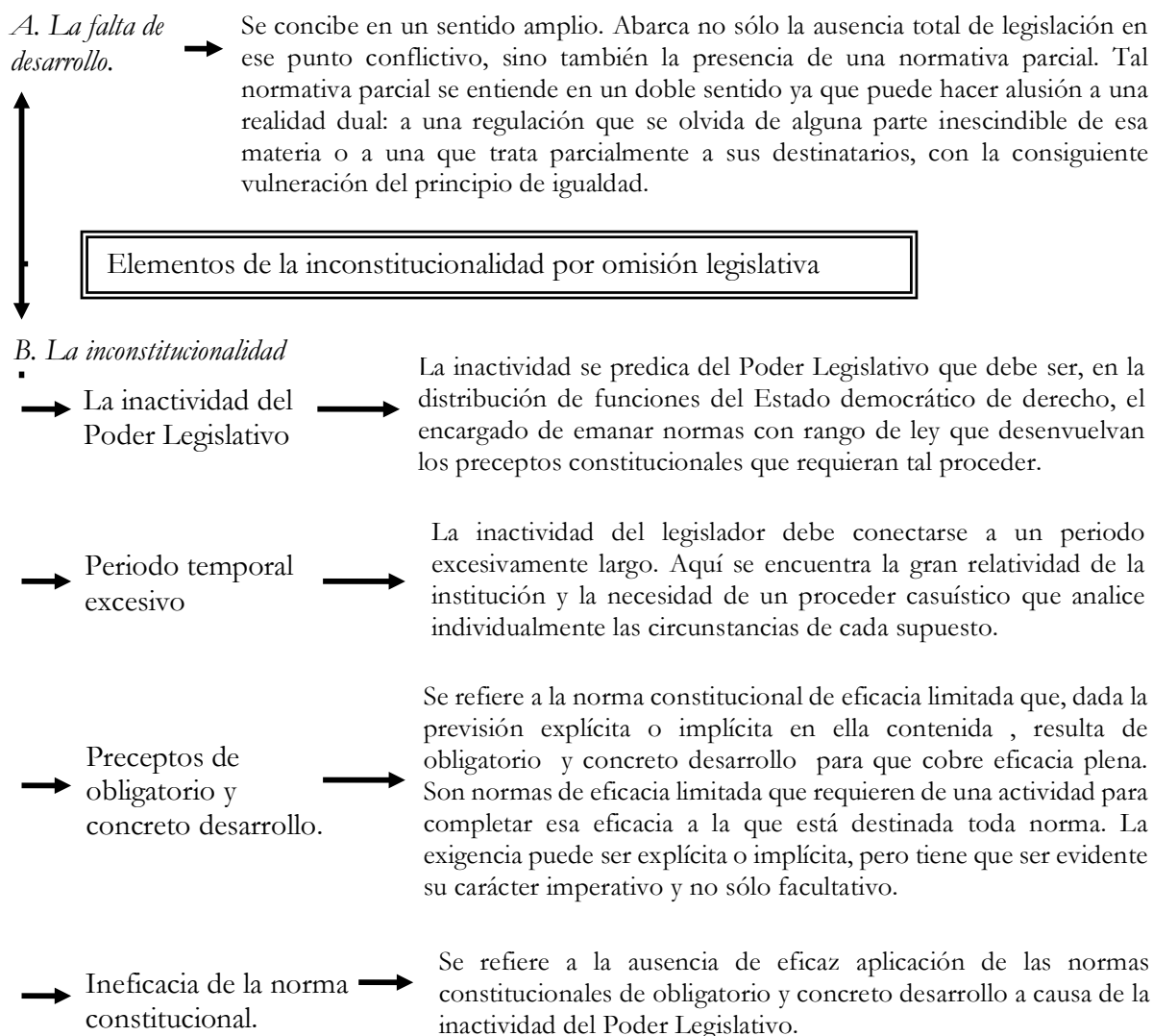
Desde otra perspectiva, Javier Tajadura Tejada, conceptualiza la inconstitucionalidad por omisión legislativa retomando la definición de Gómez Canotillo para concebirla como "el incumplimiento de mandatos constitucionales y concretos"¹⁸⁶.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 13.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 13-23.

¹⁸⁶ TAJADURA Tejada, Javier, *Op. cit.*, p. 273.

Cuadro 2. Elementos de la Inconstitucionalidad por misión legislativa



En este sentido considera que "este concepto está relacionado con la omisión del legislador de legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico del constituyente para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa la intervención del legislador; en un primer momento, para alcanzar plena eficacia."¹⁸⁷ De esta definición se desprenden los siguientes elementos¹⁸⁸:

¹⁸⁷ BAEZ Silva, Op. cit., p.33.

¹⁸⁸ TAJADURA Tejada, Op. cit., pp. 274-275.

- a. No reducir la omisión legislativa inconstitucional a un simple no hacer, a una mera abstención u omisión, sino de identificar una exigencia constitucional de acción.
- b. Las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos, que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional.
- c. La Constitución consagra normas sin suficiente densidad para que se conviertan en exigibles por sí mismas, reenviando implícitamente al legislador la tarea de darles operatividad práctica.
- d. Puede hablarse también de omisión inconstitucional cuando el legislador incumple las órdenes de legislar; esto es, aquellos mandatos al legislador que se traducen en una exigencia de legislar única, o lo que es lo mismo, concreta, no permanente, por la cual, por lo general, se ordenan normativamente una institución.

Ahora bien, en México la literatura especializada dedicada al estudio de la inconstitucionalidad por omisión es escasa. A continuación, se retoman los trabajos de Carlos Báez Silva, Laura Rangel Hernández e Ismael Santos Flores, éste último con un trabajo enfocado al ámbito del derecho fiscal.

Para Báez Silva

... la inconstitucionalidad por omisión legislativa es aquella que se presenta cuando una norma constitucional impone al legislador el mandato o le hace el encargo específico de legislar en concreto en cierta materia para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada y el legislador no lo hace, no legisla, por lo que la norma constitucional de eficacia limitada que requiere de desarrollo legislativo no alcanza plena eficacia.¹⁸⁹

En este sentido el autor señala que "la omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no sólo el legislador sino incluso otros órganos del Estado."¹⁹⁰

Esta propuesta considera dos elementos como parte de la definición de inconstitucionalidad por omisión: la omisión como tal y la figura de la inconstitucionalidad que la divide en tres aspectos: a) Una inactividad voluntaria

¹⁸⁹ BAEZ Silva, Op. cit., p.43.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, p. 33.

del legislador, b) Un mandato específico de legisla, y c) la ineficacia de la norma constitucional¹⁹¹. La interrelación entre cada uno de estos elementos se explica en el *cuadro 3* visible en la siguiente página.

Al abordar el estudio de la *omisión* como parte del concepto propuesto, el autor señala que

... una de las consecuencias del "no hacer" legislativo del legislador consiste en la inaplicabilidad de la Constitución, lo que a su vez puede generar situaciones abiertamente contrarias a la misma, por ejemplo, la imposibilidad de ejercer un derecho constitucional o bien la eficacia de normas de principio.

Sucede lo primero si, por ejemplo, el legislador "olvida" crear una ley o modificar las existentes para que un ciudadano ejercite un derecho que le otorga la Constitución..."¹⁹²

En esta aportación aparece tangencialmente el tema de la *adecuación legislativa*; es decir, aquellos casos en que un mandato constitucional dirigido al poder legislativo se modifica de forma indirecta como consecuencia de una reforma constitucional. Con esto se genera indirectamente la obligación del órgano legislativo de modificar la ley para hacerla congruente con el nuevo texto de la Norma Fundamental.

Lo mismo sucede cuando los alcances de una norma constitucional se modifican como consecuencia de la intervención del Tribunal Constitucional y no por la actividad legislativa. Esta investigación actualiza el primer supuesto. El texto constitucional no fue modificado pero los alcances de la obligación de protección al desarrollo y organización de la familia se ampliaron o esclarecieron a partir de la interpretación de la Corte.

Por otro lado, Báez Silva también aclara:

... el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Ésa sería una omisión absoluta o relativa en competencia de ejercicio potestativo.

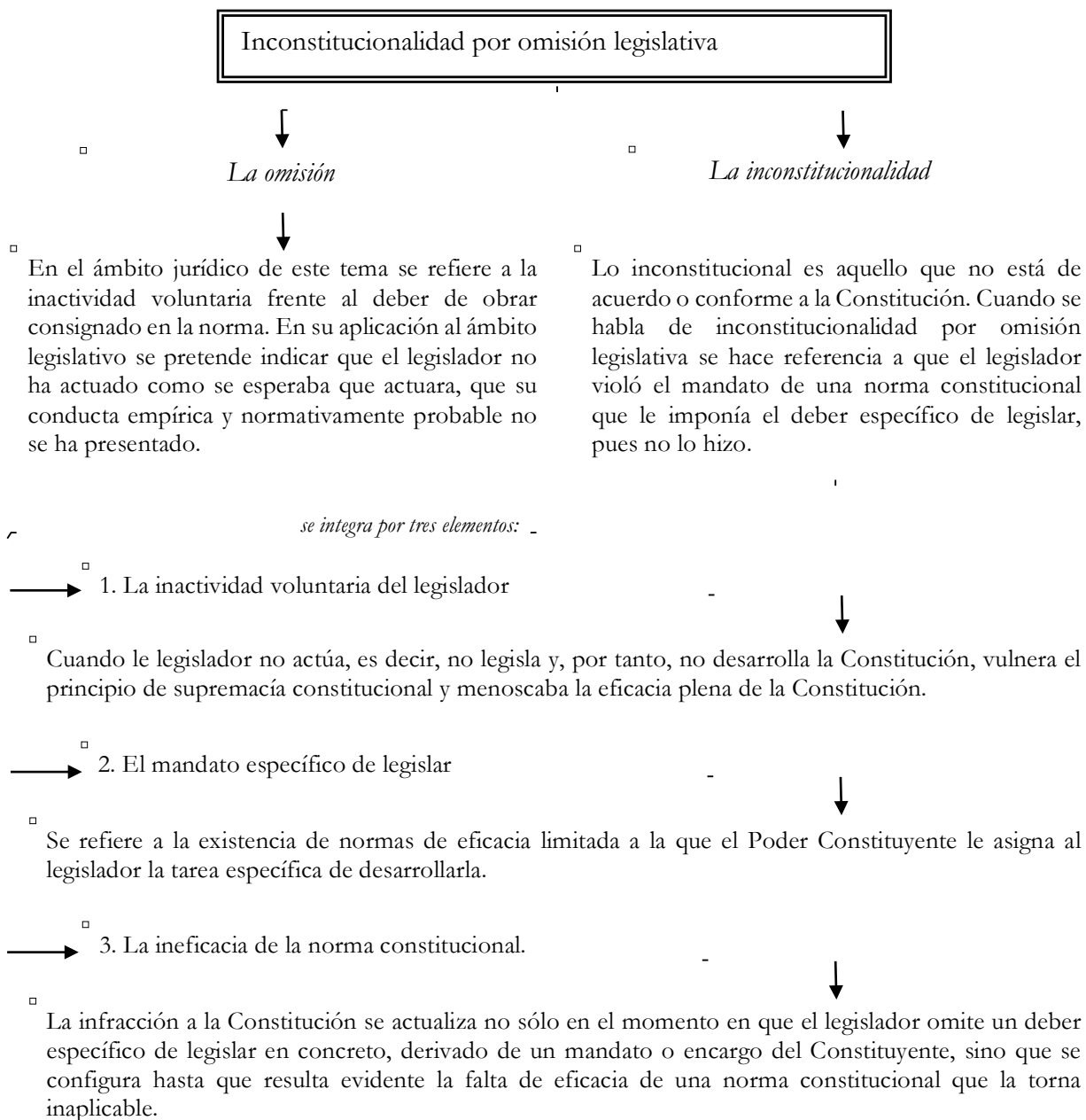
Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales.¹⁹³

¹⁹¹ *Ibíd.*, pp. 36-40.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 59.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 90.

Cuadro 3. Inconstitucionalidad por omisión legislativa.



Este autor también integra la noción de *la ineficacia de la norma constitucional*, al respecto, expone:

... el Constituyente en no pocas ocasiones hace "encargos" al legislador en el sentido de que desarrolle legislativamente un precepto constitucional con la

finalidad de tornarlo plenamente aplicable, eficaz. Al no cumplir con este mandato, es decir, al omitir legislar en lo particular, el legislador vulnera la eficacia de una norma constitucional y menoscaba su aplicabilidad, la posibilidad de que sea acatada. De esta forma, la infracción a la Constitución se actualiza no sólo en el momento en que el legislador omite un deber específico de legislar en concreto, derivado de un mandato o encargo del Constituyente, sino que se configura hasta que resulta evidente la falta de eficacia de una norma constitucional que la torne inaplicable.¹⁹⁴

Sobre este aspecto, son válidas las afirmaciones que se expusieron al analizar la propuesta de Fernández Rodríguez en torno a la ineficacia de la norma constitucional.

Por otro lado, de acuerdo con Laura Rangel Hernández la inconstitucionalidad por omisión legislativa es

... la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, que son necesarias para que las normas constitucionales sean eficaces; o bien aquellas que se requieran para la adecuación de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales, cuya expedición es prevista por la propia norma fundamental y cuya omisión igualmente impide su eficacia plena".¹⁹⁵

De acuerdo con esta propuesta los elementos constitutivos de la omisión legislativa son: a) el mandato de legislar, b) el plazo para la inactividad legislativa y, c) la violación a la Constitución. La definición de cada uno de ellos y su relación entre sí se exponen en el *Cuadro 4* visible en la siguiente página.

Por otra parte, Ismael Santos Flores, siguiendo diversos trabajos y particularmente el de Rangel Hernández propone que la

... la inconstitucionalidad por omisión, stricto sensu, es la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del Poder Legislativo, respecto de aquellas normas reales y exactas que, de manera expresa o tácita, exigen de él un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado haya vencido, su pasividad sea irracional e injustificable o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir arbitrariamente a un determinado grupo de entre los beneficiarios de la ley.¹⁹⁶

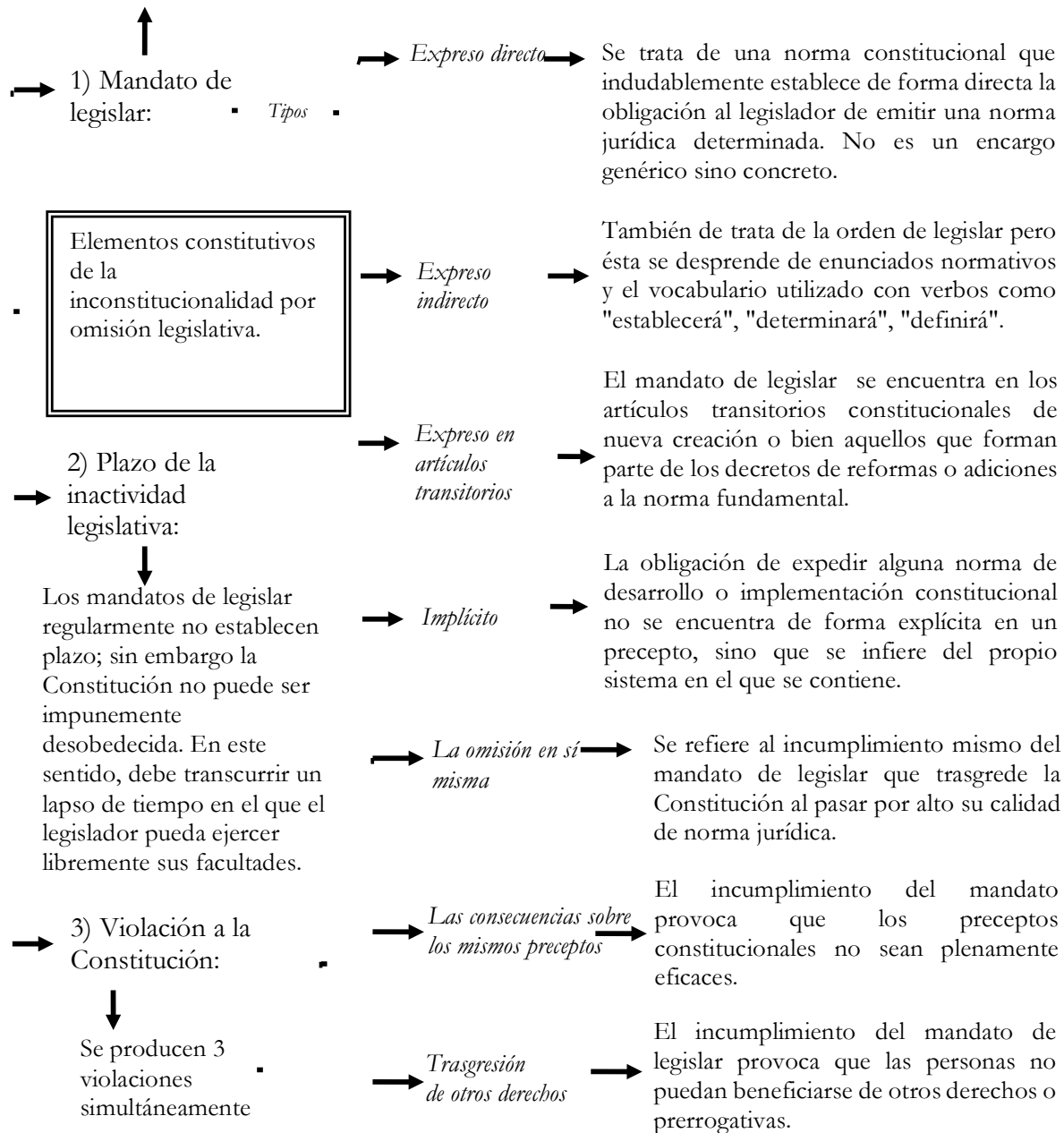
¹⁹⁴ *Ibíd.*, p.39.

¹⁹⁵ RANGEL Hernández, *Op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁶ SANTOS Flores, *Op. cit.*, p. 27.

Cuadro 4. *Elementos de la Inconstitucionalidad por omisión legislativa.*

Se refiere a la existencia de normas jurídicas constitucionales que imponen al legislador la tarea de dictar legislación ordinaria que debe circunscribirse a los lineamientos constitucionales debido a que su emisión es indispensable para hacer operativas o eficaces las disposiciones constitucionales.



Esta definición puede considerarse la más completa porque integra la mayor cantidad de elementos; sin embargo, mantiene la imprecisión en dos variables: el plazo y la motivación del incumplimiento del mandato constitucional. Respecto al plazo, al contemplar únicamente la hipótesis en que haya un plazo específico deja fuera los casos en que éste no se precise. Por otro lado, al considerar que el incumplimiento debe ser "irracional e injustificable" deja una especie de cláusula abierta que impide tener certeza de en qué casos específicos el incumplimiento del legislador se ha tornado inconstitucional.

Ahora bien, una vez hecho este repaso doctrinal se debe tomar en cuenta qué elementos ha integrado la Suprema Corte en esta materia. Al resolver la Controversia Constitucional 80/2004 el Alto Tribunal expuso:

... este Tribunal Pleno considera que *la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una omisión del legislador, en su función primordial, esto es, expedir leyes. Así la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede producirse cuando el legislador no observa en un "tiempo razonable" o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien, cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, es decir, la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, lo hace en forma deficiente o incompleta.*¹⁹⁷

En atención a estos elementos se concluye que de acuerdo con el criterio judicial la inconstitucionalidad por omisión legislativa es *el incumplimiento total o parcial de un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución. Esto en un "tiempo razonable" o en el que haya sido fijado constitucionalmente.*

Debe ponerse atención en las especificaciones relacionadas con el incumplimiento parcial del mandato constitucional. Esto es, cuando el legislador *al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía, es decir, cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional.*

¹⁹⁷ Controversia Constitucional 80/2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, sentencia versión pública electrónica, p. 109, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=67758>

Tomando en cuenta lo anterior y considerando que hasta el momento tanto la doctrina como la jurisprudencia no han integrado todos los elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, la propuesta de esta investigación es definirla como:

La vulneración del marco constitucional causada por el incumplimiento, total o parcial, de un mandato constitucional expreso o implícito, dirigido al órgano con funciones materialmente legislativas; ya sea que haya fenecido el plazo establecido para su cumplimiento o no habiéndose establecido una temporalidad sea posible demostrar argumentativamente tanto su existencia como el incumplimiento.

Finalmente, es importante destacar que en las definiciones no se incluyen los aspectos procesales como es el mecanismo y la legitimación para someter a la omisión legislativa a un medio de control constitucional.

Al hacer el estudio de los casos concretos que se analizan en esta investigación se retomarán estas especificaciones emanadas de la propia Suprema Corte.

1.2.2.1.2. Tipología de las omisiones legislativas

De acuerdo con los elementos expuestos, el mandato constitucional dirigido al órgano legislativo puede tener características diversas y referirse a distintas materias. En atención a ello se han desarrollado diversos criterios para clasificar las omisiones legislativas.

Para Fernández Rodríguez, existen

... omisiones de carácter formal y de carácter material. Las primeras suponen que el legislador ha adoptado una posición total o parcialmente inactiva respecto a un encargo del legislador que por definición necesita regulación de desarrollo. En las segundas la inactividad vulnera el principio de igualdad en tanto que olvida a quien debería igualar a los grupos regulados en la normativa existente.

... De tal modo, todas las omisiones absolutas o totales son siempre, en la construcción teórica, de índole formal. En cambio, en las parciales no sucede lo mismo, siendo necesario discriminar entre las que suponen una agresión al principio de igualdad, que son omisiones de carácter material, y las que desarrollan de forma incompleta un precepto constitucional, que son omisiones de naturaleza formal.¹⁹⁸

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio, Op. cit., pp. 13-23.

Con estas apreciaciones sobre las omisiones legislativas parciales el tema de la discriminación se perfila como un elemento estrechamente vinculado al incumplimiento del legislador.

Por su parte, Báez Silva expone una clasificación tomando en cuenta la extensión y la materia sobre la que verse la omisión¹⁹⁹:

Característica	Definición	
Extensión	Omisión total o absoluta.	El legislador no ha creado ninguna norma legislativa que desarrolle la norma constitucional. No hay nada.
	Omisión parcial o relativa.	Implica la vulneración del precepto de igualdad debido al olvido deliberado de ciertos sujetos o conjunto de sujetos en la legislación que desarrolla un precepto constitucional.
Materia	Omisiones que vulneran derechos fundamentales.	
	Omisiones que no vulneran derechos fundamentales.	

Al explicar esta clasificación el autor también alude a la relación entre el principio de igualdad y las omisiones legislativas relativas, señala que éstas son aquellas en las que habiéndose ejercido la facultad de creación normativa

... en tal ejercicio el legislador viola, por así decirlo, el principio de igualdad, no contemplando en los supuestos de aplicación de la norma a sujetos o casos en los que también podría o debería ser aplicada la ley creada, por lo que los aplicadores e intérpretes la aplican extensivamente utilizando argumentos de *mayoría de razón* o de *analogía*.²⁰⁰

Este elemento se encontrará presente en el análisis de los casos concretos que se presentan en esta investigación.

Ahora bien, Rangel Hernández hace una tipología de las omisiones legislativas tomando en cuenta su origen, extensión, tipo de competencia y el tipo de violación constitucional que generan:

¹⁹⁹ BAEZ Silva, Op. cit., p. 41.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p.17.

Criterion	Subcategory	Definition	
Origen ²⁰¹	Formal	El legislador ha incumplido total o parcialmente el mandato de legislar, respecto de normas que son de forzoso desarrollo.	
	Material	El órgano legisferante trasgrede el principio de igualdad creando situaciones jurídicas de discriminación.	
Extensión	Absoluta o total ²⁰²	Surge cuando no se presenta ningún tipo de actividad legislativa; es decir, que aun cuando el órgano legisferante tiene el deber de emitir cierta normatividad de desarrollo, instrumentación o adecuación constitucional, simplemente no lo hace.	
	Relativa o parcial ²⁰³	Existe un encargo del legislador para que emita ciertas disposiciones sub-constitucionales, sólo que aquí este órgano atendió dicho mandato, pero lo hizo de forma deficiente o incompleta.	
Tipo de competencias conferidas al legislador ²⁰⁴	Ejercicio potestativo	Absoluta	<i>Omisión absoluta en competencia de ejercicio potestativo.</i> Aquellas en las que el órgano legislativo decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así lo imponga.
		Relativa	<i>Omisión relativa en competencia de ejercicio potestativo.</i> El órgano legislativo decida hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley, lo hace de manera incompleta o deficiente.
	Ejercicio Obligatorio	Absoluta	<i>Omisión absoluta en competencia de ejercicio obligatorio.</i> El legislador tiene una obligación o un mandato relativo a la expedición de una determinada ley y no la ha expedido.
		Relativa	<i>Omisión relativa en competencia de ejercicio obligatorio.</i> El legislador emite una ley, teniendo la obligación o un mandato relativo a su expedición, pero lo hace de manera incompleta o deficiente.
Desde el punto de vista de la violación constitucional ²⁰⁵	Por falta de desarrollo constitucional.	Nace del incumplimiento de un mandato de legislar encomendado al cuerpo legislativo respecto de normas constitucionales de necesario desarrollo y que se configura hasta que ha transcurrido un lapso considerable de tiempo.	
	Por falta de adecuación o armonización constitucional	Existe un mandato constitucional hacia el Poder Legislativo, pero tiene su origen en una nueva Constitución o bien una reforma o adición a la Constitución.	
	Por falta de impulso al proceso legislativo	El objeto de control es la inactividad del poder legislativo, pero no propiamente por la falta de expedición de normas jurídicas, sino por la demora o falta de culminación de los procesos legislativos.	

Como se aprecia, Fernández Rodríguez, Báez Silva y Rangél Hernández coinciden en la clasificación que atiende a la extensión de la omisión legislativa. También la Suprema Corte se refirió a esta clasificación al resolver la Controversia Constitucional 14/2005:

²⁰¹ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 71.

²⁰² *Ibíd.*, p. 73.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 77.

²⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 80-81.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 83-88.

Atendiendo a [la] clasificación (competencias o facultades de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo), es necesario considerar las posibilidades de no ejercicio de las mismas, lo cual se traduce en omisiones. Claramente existen solamente dos opciones en relación con el no ejercicio de las competencias concedidas a los órganos legislativos: por un lado, se puede dar una omisión absoluta por parte del órgano legislativo del Estado, en donde éste simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencial; por otro lado, el órgano legislativo puede haber ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no realizándola de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. En este último caso nos encontramos frente a omisiones relativas en cuanto al ejercicio de la competencia establecida constitucionalmente.

Podemos combinar los dos tipos de competencias que han quedado precisadas —de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo—, y los tipos de omisiones —absolutas y relativas— que pueden presentarse en el desarrollo de las facultades otorgadas a los órganos legislativos del Estado, por lo que tendremos como resultado el siguiente cuadro:

Competencias o facultades.	No ejercicio.	Ejercicio parcial o deficiente
De ejercicio potestativo	Omisión absoluta	Omisión relativa
De ejercicio obligatorio	Omisión absoluta	Omisión relativa

De lo anterior se aprecia que tratándose de omisiones legislativas respecto de las competencias de ejercicio obligatorio o potestativo, éstas se pueden clasificar de la siguiente manera:

- 1.- Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio;
- 2.- Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio;
- 3.- Omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo;
- 4.- Omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo.

Así, tendremos una omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste tenga una obligación o mandato relativo a la expedición de una ley determinada, y no la haya expedido.²⁰⁶

Por otro lado, *estaremos en presencia de una omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste la emita*

²⁰⁶ Respecto de este tipo de omisiones, esta Suprema Corte ya se ha pronunciado sobre ellas en las diversas controversias constitucionales 363/2001, 326/2001, 46/2002 y 80/2004.

*teniendo la obligación o un mandato relativo a la expedición de cierta ley, pero lo haga de manera incompleta o deficiente.*²⁰⁷

Por omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio potestativo, podemos comprender aquellas en las que el órgano legislativo decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga.

En el caso de las omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio potestativo, estaremos ante ellas cuando el órgano legislativo decida hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley, lo haga de manera incompleta o deficiente.²⁰⁸

Para evaluar una omisión legislativa inconstitucional el primer paso es determinar la existencia del mandato y posteriormente determinar su nivel de incumplimiento para saber si éste es absoluto o relativo.

Para comprobar las hipótesis de esta investigación concretamente se debe determinar si la falta de protección a las familias homoparentales es una característica compartida por los otros modelos de familia; de ser afirmativa la respuesta se podrá afirmar la existencia de una omisión absoluta. Por el contrario, si la falta de protección legislativa afecta sólo a las familias homoparentales, entonces la conclusión es distinta: el mandato constitucional se cumple, pero de forma relativa y por ende de manera deficiente.

A este planteamiento se dará respuesta al momento de exponer los casos concretos que se plantean en la investigación.

1.2.2.2. Análisis procesal

El aspecto procesal tiene que ver con la manera en que los medios de control constitucional han abordado y respondido al problema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Tomando como punto de partida el principio de *fuera normativa* de la Constitución es imprescindible contar con los medios adecuados para preservar el orden constitucional. Al hablar de los medios de control de los silencios legislativos Villaverde señala que:

... la función jurisdiccional no es controlar la actividad de legislador (o precisamente su inactividad), sino las normas que el legislador crea mediante sus actos legislativos o mediante su inactividad. Si es así, lo que es objeto de

²⁰⁷ Respecto de este tipo de omisiones, este Alto Tribunal ha conocido de ellas al resolver la controversia constitucional 25/98.

²⁰⁸ Controversia Constitucional 14/2005, Op. cit., pp. 58-60.

su función, porque así lo exige el principio democrático (que no el de división de poderes), es asegurar la supremacía jurídica de la Constitución mediante el control de constitucionalidad de las normas que emanan del Legislativo (y no el control del Legislativo mismo). Así pues, si de la inactividad legislativa, se trate de un silencio del legislador (silencio u omisión absoluta) o de un silencio de la ley (silencio u omisión relativa), se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, norma que obviamente estará 'implícita' (por oposición a la explícita que es la recogida en el texto de la ley) en ese silencio, no hay inconveniente técnico alguno para que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma emanada de la inactividad del legislador, como lo hace de las que emanan de su actividad. En un caso u otro lo que controla la jurisdicción constitucional no es más que la constitucionalidad de las normas que emanan del Poder Legislativo, lo que se corresponde con su función en un sistema constitucional democrático.²⁰⁹

De esta manera, el autor considera que el control constitucional:

... debe extenderse también a las consecuencias jurídicas de la inactividad legislativa, esto es, a la norma implícita en los silencios de la ley o del legislador para comprobar si crean situaciones jurídicas no queridas por la Constitución haciendo valer la supremacía constitucional y *declarando inconstitucional ese silencio*, de ser el caso, expulsando del ordenamiento la norma implícita constitucional que dicho silencio ha creado."²¹⁰

Villaverde también señala que "la posición constitucional del Legislativo e incluso su *plus* democrático no le hacen inmune cuando conculca la Constitución, y de hecho puede infringirla simplemente guardando silencio"²¹¹. En este sentido, es relevante considerar que "la posición democrática del legislador no le otorga *patente de corso* para menoscabar el propio principio democrático, positivizado en la Constitución a la que está jurídicamente sometido, manteniendo o creando situaciones jurídicas inconstitucionales con ocasión de su silencio."²¹²

De acuerdo con Báez Silva, las soluciones procesales generales para las omisiones legislativas son:

- a. Reglamentar o desarrollar directamente la norma constitucional ineficaz, o al menos dictar las bases generales de operación o aplicación directa de la misma, solución que no es del todo satisfactoria, porque puede llegar a vulnerar los principios de división de poderes y de libertad del legislador,

²⁰⁹ VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional*, en CARBONELL, Miguel (Coord.) *En busca de las normas ausentes*, Op. cit., p. 54.

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 56.

²¹¹ *Ibíd.*, p. 57.

²¹² *Ibíd.*, p. 58.

además de que la sentencia emitida en este caso, tendría, necesariamente, efectos *erga omnes*.

- b. Invitar al órgano legislativo para que en un plazo razonable emita la legislación necesaria; en este caso se enfrenta el problema del desacato al mandato judicial, el cual también choca con los principios arriba señalados.
- c. Declarar que la omisión es inconstitucional, reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo e integrar el ordenamiento lagunoso. En este supuesto la solución sería provechosa únicamente para el caso concreto, lo cual significa que la norma que el tribunal elaborara para llenar el vacío normativo resolvería únicamente el caso particular sentenciado.²¹³

Santos Flores, que retoma una clasificación de Rubén Hernández Valle, propone diversos tipos de sentencias en el ámbito fiscal relacionadas con omisiones legislativas inconstitucionales:

1. Sentencias aditivas. Aquellas que integran la legislación omitida al propiciar el despliegue de los efectos de las normas constitucionales, equiparando el beneficio a determinados grupos...
2. Sentencias de recomendación al legislador. También conocidas como declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador sobre cómo reparar la inconstitucionalidad.
3. Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales. Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva *ex nunc*, por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos.
4. Sentencias de inadmisibilidad (o antiaditivas). Aquellas en las que la Corte reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales. Cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador.
5. Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple. No cuestionan la exclusión arbitraria de beneficio, sino el beneficio mismo otorgado a otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa y respecto de los beneficiarios originales anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad.
6. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial. Aquellas que anulan la sentencia impugnada en cuanto beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos, rompiendo la igualdad ante la ley. Los

²¹³ BAEZ Silva, Op. cit., p. 42.

tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende la omisión.

7. Sentencias aditivas distributivas. Amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquellos.²¹⁴

En el mismo orden de ideas, Rangel Hernández elabora una clasificación de las sentencias que pueden recaer a un planteamiento jurisdiccional sobre una inconstitucionalidad por omisión legislativa (véase *Cuadro 5* en la siguiente página)²¹⁵.

De acuerdo a Rangel Hernández los posibles resultados de someter a las omisiones legislativas a un medio de control constitucional son:

- a. Que el órgano constitucional constate la omisión legislativa inconstitucional y solamente comunique al legislador omiso, o incluso le recomiende que emita la legislación faltante, quedando totalmente a su "buena voluntad" si cumple con dicha resolución o no; lo que hace probable que no se resolverá efectivamente el problema.
- b. Que la sentencia respectiva, (indicando o no los lineamientos conducentes), ordene al legislador la emisión de la normatividad omitida, y que en ausencia de mecanismos para verificar su cumplimiento forzoso, también quede sujeto a la decisión legislativa, de tal suerte que de fondo tampoco se solucionará el conflicto constitucional.
- c. Ya sea con fundamento de derecho positivo o no, a través de sentencias aditivas el cuerpo legislativo sea conminado a legislar y mientras tanto el órgano jurisdiccional dice las bases o medidas necesarias para cubrir el vacío legal. Nótese que con esta medida indirectamente el afectado recibe una solución a su petición o más propiamente hablando una protección a sus derechos)... la posibilidad de resarcimiento económico a quien resienta un perjuicio económico derivado de la omisión legislativa inconstitucional, esta solución está encaminada a proteger los derechos lesionados y en caso de no ser posible esto, a compensar al accionante por los perjuicios sufridos.²¹⁶

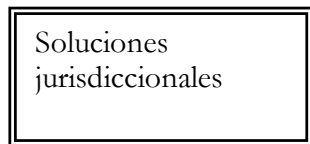
²¹⁴ SANTOS Flores, Op. cit., pp. 163-164.

²¹⁵ RANGEL Hernández, Op. cit., pp. 132-148.

²¹⁶ *Ibíd.*, pp. 131-132.

Cuadro 5. Tipos de soluciones jurisdiccionales

Sentencias sin referencia expresa a la omisión legislativa, pero que corrigen dicho vicio.



Sentencias atípicas dictadas en la jurisdicción constitucional en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

- Sentencias interpretativas → Son aquellas en las que el Juez a una opción después de haber realizado la tarea interpretativa. Escoge una de entre las posibles.
 - Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin anular la norma → Esta modalidad se presenta en los casos de omisiones parciales cuando el órgano jurisdiccional aprecia la omisión legislativa, pero decide no privar de efectos jurídicos (anular) por la problemática que esto puede acarrear. No sólo se recomienda legislar sino que en una forma más enérgica declara la inconstitucionalidad de la norma.
 - Sentencias con recomendación al legislador. → El órgano jurisdiccional constata la inconstitucionalidad de la norma pero al analizar las posibles repercusiones de su anulación se percata de que se causaría más perjuicio con ello, por lo cual opta por sostener que la norma aún es constitucional pero corre el riesgo de no serlo, por lo cual exhorta o bien ordena al legislador a sustituir la norma y en algunos casos incluso se señalan lineamientos para ello.
 - Sentencias con recomendación al legislador. → Se pronuncian cuando el órgano de la constitucionalidad estima que la norma enjuiciada aunque es válida adolece del vicio de no incluir todas las hipótesis o sujetos que debieron ser tomados en cuenta para encontrarse realmente acorde con la situación, en razón de lo cual crea una norma que se adiciona al texto existente para resolver lo que no se previó.
-

Al abordar estos aspectos procesales la autora retoma un elemento trascendental para esta investigación referente al motivo por el cual se judicializa la omisión legislativa:

... la omisión legislativa al ser llevada al ámbito jurisdiccional para su corrección, puede tener su origen en el simple interés en la regularidad

constitucional (control abstracto), o bien basarse además, en la lesión de un derecho o interés individualizado (control concreto); en ambos casos lo que se pretende es evitar la lesión al orden jurídico causada por la inactividad legislativa y que ésta se subsane correctamente, pero en la segunda hipótesis adicionalmente se buscará una solución concreta al caso que motiva la acción respectiva.²¹⁷

En el mismo orden de ideas señala:

... estos mecanismos pueden ser de dos tipos, esto es que operen como un control abstracto, similar a la acción genérica de inconstitucionalidad, cuya nota distintiva es que está encaminada a la regularidad del orden jurídico, de modo que no se atiende a casos particulares y por tanto no requiere de algún tipo de interés jurídico para su ejercicio. Por otra parte, puede tratarse de un control concreto, el cual tenga especial interés en la resolución de un caso específico, donde existe un sujeto afectado directamente por la omisión legislativo, el caso más claro será cuando se lesione un derecho fundamental por la ausencia normativa.²¹⁸

Al respecto, Cesar Astudillo señala:

Las omisiones legislativas pueden impugnarse a través de dos vías principales: mediante un concreto y específico proceso constitucional encaminado a determinar la inconstitucionalidad de la conducta omisa del legislador, y mediante distintos procesos constitucionales, que sin encaminarse directamente a constatar y resarcir la inactividad legislativa se pronuncia sobre ella, porque la inexistencia de una o más normas, o la falta de realización de un acto, es la causa de que una disposición o acto de autoridad se encuentre viciado y sea declarado inconstitucional. Por ello, es posible afirmar que la omisión constitucional puede manifestarse *como* proceso y *dentro* de un proceso.²¹⁹

Estas observaciones son relevantes porque desde este momento se vislumbra la diferencia entre el objeto de control constitucional que en este caso es la omisión legislativa y el medio utilizado para llevarlo a cabo.

En el siguiente apartado se expondrá la situación de los medios de control constitucional en México y sus respuestas frente a los reclamos de omisiones legislativas.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 131.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 117.

²¹⁹ ASTUDILLO, Cesar, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes*, Op. cit., pp. 314-315.

1.2.3. Situación en México

El sistema jurídico mexicano cuenta con dos tipos de medios de control constitucional: el abstracto a través de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, así como el concreto que se realiza por medio del juicio de amparo.

Recientemente se ha agregado la *declaratoria general de inconstitucionalidad* pero su trámite está supeditado a la acumulación de precedentes en juicios de amparos indirectos en revisión, por lo que se considera que no altera la distribución; funge como un puente que permite transitar del control concreto al abstracto.

Cada uno de estos mecanismos tiene sus normas procesales. Por regla general los controles abstractos pueden ser activados por un conjunto de actores institucionales definidos por la propia ley de los cuáles queda excluida la ciudadanía. Para esta última el único medio a su alcance es el control concreto.

Bajo estas premisas, tanto el juicio de amparo como la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional podrían tener el mismo objeto de estudio, sólo que en el primero se debe demostrar la afectación concreta; en el caso de los segundos únicamente debe constatar la violación abstracta a la Constitución.

El estudio de la estructura procesal de cada uno de estos mecanismos se omite porque escapa a los objetivos de la investigación, únicamente se hace una breve referencia a su funcionamiento para estar en posibilidad de entender la forma en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abordado la inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando se han planteado en cada uno de estos distintos mecanismos.

Con estos elementos se tendrá una base mínima de análisis para el estudio de los casos concretos que se presentan en el capítulo dos.

En esta exposición se toman como guías los aportes de Rangel Ramírez ya que su trabajo es el único que ha abordado la experiencia mexicana de los medios de control constitucional frente a las omisiones legislativas.

1.2.3.1. Acción de inconstitucionalidad

En términos generales, la acción de inconstitucionalidad es

... un medio de control constitucional a través del cual los sujetos expresamente legitimados para ello pueden plantear, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posible contradicción entre una ley o un tratado

internacional, por una parte, y la Constitución Federal, por la otra, con miras a que se declare la invalidez, con efectos generales, de la norma declarada inconstitucional.²²⁰

A través de esta figura se solicita a la Corte que realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de una norma argumentando la existencia de una contradicción entre ésta y el marco constitucional²²¹. Sólo procede respecto de normas generales creadas recientemente ya que se cuenta con 30 días naturales a partir de que la norma es publicada en el medio oficial según corresponda²²².

En materia de legitimación activa este medio de control sólo pueden interponerlo los actores legitimados por la propia Constitución²²³.

Por otro lado, la resolución que se dicte una vez que se declara la procedencia de la acción sólo puede concluir con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- Con una sentencia que declara la invalidez de la norma al concluir que contradice el marco constitucional. Esto sucede cuando la resolución que propone la inconstitucionalidad es aprobada por cuando menos ocho Ministros. En estos casos la norma pierde vigencia de forma general; es decir, no puede aplicarse nuevamente²²⁴.
- Con una sentencia que declara infundada la demanda; es decir, que por lo menos la mayoría simple de los Ministros consideran que la norma impugnada

²²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad. Análisis de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución a partir de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Color México, 2010, p. 74.

²²¹ CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 71/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XII, Agosto de 2000, p. 965.

²²² *Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles.

²²³ Ver nota 56.

²²⁴ *Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo. 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto. Si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria se aplicara la norma general declarada inválida, el afectado podrá denunciar dicho acto de conformidad con el procedimiento previsto para tal efecto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

no trasgrede el marco constitucional. En estos casos la norma mantiene su vigencia.²²⁵

- Con una resolución que desestima la acción cuando a pesar de que la mayoría simple de Ministros consideran que la norma es inconstitucional no se reúnen los 8 votos necesarios para invalidar la norma y expulsarla del orden jurídico. En estos casos la norma mantiene su vigencia²²⁶.

Al analizar los efectos de la sentencia en relación con las omisiones legislativas inconstitucionales Rangel Ramírez expone:

En los casos en que la acción de inconstitucionalidad culmina con una sentencia estimatoria, el efecto que esta tiene ante la comprobación de que la norma secundaria viola la Constitución por no ajustarse a sus disposiciones, es su anulación con efectos generales lo que implica su expulsión del orden jurídico de que se trate.

Ahora bien, si la acción versa sobre una omisión legislativa parcial, la norma existente no deberá ser expulsada del sistema jurídico porque su contenido es intrínsecamente válido por cuanto a lo que efectivamente dice, y sólo es inconstitucional respecto a lo que omite; por esta razón... regularmente las magistraturas o Tribunales Constitucionales han optado por dictar sentencias atípicas, tales como aditivas que agregan al texto legal las hipótesis o sujetos omitidos, o bien sentencias exhortativas, que además de declarar la existencia de la omisión legislativa, insta al órgano legisferante a producir la regulación omitida, sin anular la norma.

El problema en el caso mexicano... es que ni la Constitución, ni la ley reglamentaria de las fracciones I y II de la Constitución establecen la posibilidad de que en acciones de inconstitucionalidad las sentencias tengan efectos diversos a la mera declaratoria de invalidez con efectos generales en los términos ya señalados...²²⁷

Ahora bien, cuando la autora se refiere al estudio de la acción de inconstitucionalidad como medio de control para la corrección de las omisiones legislativas inconstitucionales señala:

Distinto de lo que sucede en otros países y alguna entidad federativa mexicana, la experiencia procesal de nuestro país muestra que la acción de inconstitucionalidad no es el medio idóneo para el estudio y corrección de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

²²⁵ Ídem.

²²⁶ Ídem.

²²⁷ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 271.

Esto es así, en primer lugar porque, como se ha venido señalando anteriormente, los supuestos de procedencia de este proceso constitucional no contempla a la omisión legislativa, ni en la propia Constitución ni tampoco en la Ley reglamentaria; adicionalmente, cabe recordar que el sistema jurídico mexicano es muy cuidadoso de los tecnicismos, en atención a los cuáles la acción de inconstitucionalidad resulta prácticamente incompatible con la omisión legislativa (en términos sustantivos) de carácter absoluto y solamente parcialmente compatible con la de tipo relativo. Esto es fácilmente apreciable, si se toma en cuenta que la finalidad intrínseca de la acción abstracta de inconstitucionalidad es la de contrastar una norma jurídica, vigente y publicada en el Diario Oficial de la Federación, con el texto constitucional para determinar su concordancia o discordancia, en tanto que en el caso de la omisión legislativa, evidentemente se trata de una conducta pasiva del legislador, lo que se traduce en la ausencia de normatividad.²²⁸

Del análisis de estas circunstancias concluye:

La problemática antes comentada ha hecho que la procedencia de esta acción respecto de la inconstitucionalidad por omisión legislativa sea uno de los rubros más relevantes y a la vez debatidos en torno al tema; en efecto, esta cuestión no es pacífica, ha generado grandes debates en el seno del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, e incluso ha sido objeto de cambios de criterio en la resolución de los procesos respectivos. El no tener certeza en torno a la procedencia o improcedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto de vicios provocados por la omisión legislativa provoca inseguridad jurídica y dificulta si no es que imposibilita el acceso a la justicia constitucional.²²⁹

Por otro lado, al hablar de la clasificación de las omisiones legislativas de acuerdo a su extensión se dijo que éstas podrían ser absolutas o relativas. Las primeras se refieren a una ausencia total de legislación, mientras que las segundas aluden a una normatividad que existe, pero es deficiente²³⁰.

En estos términos la acción de inconstitucionalidad tiene dos limitaciones en su diseño. En primer lugar, tiene por objeto el estudio de la constitucionalidad de una norma general existente; en consecuencia, se encuentra impedida para realizar el análisis de una omisión legislativa absoluta que por definición se refiere al supuesto en que la norma no existe y por lo tanto no hay ningún elemento que pueda contrastarse con la Constitución.

²²⁸ *Ibíd.*, pp. 272 -273.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 273.

²³⁰ Véase apartado 1.2.2.1.2.

En segundo término, las hipótesis de procedencia no contemplan aquellos casos en que el mandato dirigido al órgano legislativo se genera a partir de una interpretación constitucional y no necesariamente a partir de una reforma del texto fundamental; es decir, que el mandato se hace explícito a través de una sentencia en donde la Corte desarrolla el contenido de algún precepto constitucional.

Ahora bien, lo anterior no ha sido obstáculo para promover acciones de inconstitucionalidad para el control de omisiones tanto absolutas como relativas. A continuación se expone la experiencia de siete casos²³¹:

Expediente	Tema
22/2001	Exclusión de los partidos políticos de reciente creación o que no tengan antecedentes electorales en las elecciones para diputados del acceso al financiamiento público para actividades generales a que tiene derecho conforme a la Constitución Federal.
27/2002	Falta de establecimiento, por parte del Congreso Local, del plazo específico para que la Legislatura local lleve a cabo el nombramiento de Consejero Presidente Sustituto del Instituto Electoral.
7/2003	Falta de cumplimiento por parte de Congreso del Estado de Tabasco a diversos artículos transitorios de un decreto de reforma constitucional local para adecuar la normatividad electoral local y expedir varios cuerpos normativos, entre ellos una ley que regule los instrumentos de participación ciudadana y la Ley de Bienes del Estado y sus municipios.
24/2004	Ausencia de garantías de audiencia a favor de los infractores de la Ley de los derechos de la niñez y la adolescencia del Estado de Campeche.
26/2006	Falta de regulación de las condiciones de acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas.
118/2008	Omisión legislativa del Congreso del estado de Morelos consistente en regular la manera deficiente en el Código Electoral de esa entidad federativa, los supuestos y las reglas de los recuentos parciales o totales en los ámbitos administrativo y jurisdiccional prevista en la Constitución Federal.
21/2009	Omisión legislativa del Congreso del Estado de Tamaulipas consistente en regular de manera deficiente las bases del principio de representación proporcional en la integración del Congreso estatal, al desatender el establecimiento de un límite a la sobrerrepresentación del partido dominante, y en regular de manera deficiente las sanciones aplicables a los sujetos de responsabilidad mencionados en el del Código Electoral para el Estado de Tamaulipas

²³¹ Para este análisis únicamente se tomaron aquellos expedientes cuyas demandas fueron admitidas.

Del análisis de estas acciones de inconstitucionalidad²³² se obtiene la siguiente tabla comparativa:

	Extensión		Mandato		Materia		Resolución	
	<i>Absoluta</i>	<i>Relativa</i>	<i>Expreso</i>	<i>Implícito</i>	<i>Elect</i>	<i>Derechos</i>	<i>Proc.</i>	<i>Improc.</i>
22/2001		X		X	X		X	
27/2002		X		X	X		X	
7/2003	X		X		X			X
24/2004		X		X		X		X
26/2006		X	X			X		X
118/2008		X	X		X		X	
21/2009		X	X		X		X	

Así, se obtienen las siguientes conclusiones:

- La acción de inconstitucionalidad 7/2003, la única que tenía por objeto el análisis de una omisión legislativa absoluta, se declaró improcedente.
- Las acciones de inconstitucionalidad relacionadas con omisiones legislativas de carácter relativo se declararon procedentes únicamente cuando versaron sobre la materia electoral.
- Las acciones de inconstitucionalidad relacionadas con omisiones legislativas de carácter relativo se declararon improcedentes cuando el tema de fondo se vinculaba con violación de derechos humanos.
- Las acciones de inconstitucionalidad relacionadas con el incumplimiento de mandatos legislativos de carácter implícito se declararon procedentes únicamente cuando versaron sobre materia electoral.
- La acción de inconstitucionalidad resultó procedente sólo para el estudio de omisiones legislativas parciales en materia electoral.

Ahora bien, Rangél Hernández expone los resultados de su estudio de las acciones de inconstitucionalidad intentadas contra omisiones legislativas clasificándolas de acuerdo a la respuesta que la Corte ha dado al planteamiento de

²³² La información se obtuvo de las versiones públicas de las sentencias que se encuentran disponibles en el portal electrónico de la Suprema Corte.

la inconstitucionalidad por omisión legislativa²³³. Las conclusiones de la autora se exponen en el siguiente cuadro²³⁴:

		Resolución	Expediente
Tipos de soluciones	<i>Sentencias atípicas</i>	Recomiendan o conminan al legislador omiso que emita la normatividad faltante; estipulando un plazo para el cumplimiento del mandato constitucional.	22/2001
			27/2002
			118/2008
			21/2009
	<i>Desecha por notoria improcedente</i>	Por alegarse la falta de aprobación de una iniciativa de reformas constitucionales. No existe la norma que pueda analizarse a la luz de la Constitución.	34/2001
<i>Sobresee por improcedencia. Omisión absoluta</i>	Por tratarse de una omisión legislativa de tipo absoluto y por tanto se probó la inexistencia de la norma respectiva,	7/2003	
<i>Improcedente</i>	La acción de inconstitucionalidad no es procedente para el estudio de la omisión legislativa relativa al acceso de los pueblos indígenas a los medios de telecomunicación.	26/2006	
<i>Admitió para omisiones parciales</i>	A pesar de la admisión el estudio de fondo no se realizó por omisión legislativa.	24/2004	

De estas aportaciones se concluye que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control efectivo únicamente para las omisiones legislativas inconstitucionales relativas en materia electoral. El mensaje implícito en las decisiones de la Suprema Corte es que la democracia formal es más importante que la democracia material encargada de vigilar el respeto a los derechos humanos²³⁵.

Sólo en esos casos la Corte las ha declarado fundadas y ha ordenado al legislador el cumplimiento del mandato constitucional de legislar.

²³³ Al análisis planteado por la autora en esta descripción se agregaron las Acciones de Inconstitucionalidad 118/2008 y 21/2009.

²³⁴ La sistematización a través de esta tabla es de la autoría del investigador.

²³⁵ Sobre la distinción entre democracia formal y democracia materia véase FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 4a ed., España, 2009, pp. 19-56.

1.2.3.2. *Controversia constitucional*

En términos generales, la Controversia Constitucional es

el medio de control constitucional que se tramita en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que puede ser promovido por algún nivel, poder u órgano de gobierno, con el objeto de que sea revisada la constitucionalidad de una norma general o acto concreto emitido por alguno de dichos entes públicos y, en su caso, declarada su invalidez, por estimarse violatorio del sistema de distribución de competencias o del principio de división de poderes.²³⁶

De esta definición se desprende que, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que está reservada únicamente para la impugnación de normas generales, en la Controversia constitucional también pueden impugnarse actos de otra índole. La jurisprudencia ha interpretado que las Controversias constitucionales son procedentes contra omisiones²³⁷.

En cuestiones de legitimación, la Controversia Constitucional comparte con la Acción de inconstitucionalidad el hecho de que está reservada a ciertos órganos²³⁸. También cuenta con plazos para la interposición de la demanda y para que sus resoluciones que declaran la invalidez de alguna norma tenga efectos generales, es necesaria una votación calificada de por lo menos 8 votos²³⁹.

Rangel Hernández hace un estudio de la procedencia de este medio de control constitucional tratándose de impugnaciones contra omisiones legislativas

²³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad*, Op. cit., pp. 16-17.

²³⁷ CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PROCEDE IMPUGNAR EN ESTA VÍA LAS QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS ENTIDADES, PODERES U ÓRGANOS A QUE SE REFIERE LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE SUS ACTOS POSITIVOS, NEGATIVOS Y OMISIONES. Tesis P./J. 82/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, Agosto de 1999, p. 568.

²³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 105, fracción I.

²³⁹ *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 42. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En aquellas controversias respecto de normas generales en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

En todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

inconstitucionales. A ese análisis se han agregado algunas de las sentencias más recientes de la Corte:

Exp.	Tema	Resolución de la Corte
46/2002	La omisión en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases del procedimiento administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.	Procedente y fundada. el Congreso del Estado de Nuevo León, dentro del segundo periodo de sesiones que deberá realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional.
32/2003	La omisión en la "adecuación de las disposiciones legales en "materia municipal en materia hacendaria y el sostenimiento de la vigencia de diversos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal para el Estado de Nuevo León."	Sobresee Los actos omisivos que se impugnan ya fueron materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, en la cual existe identidad de partes, actos y conceptos de invalidez, y por ende, existe cosa juzgada.
80/2004	La omisión en la expedición de las disposiciones legales en materia municipal sobre las bases del procedimiento administrativo, incluyendo medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre la administración pública municipal y los particulares.	Procedente y fundada el Congreso del Estado de Chihuahua, dentro del plazo de un año, contado a partir de la legal notificación de la presente ejecutoria, deberá realizar las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose en su totalidad a lo dispuesto por el artículo 115 constitucional.
82/2004	La omisión del Congreso del Estado de Chihuahua de legislar en materia de servicios públicos municipales, en términos del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve	Se declara sin materia por ser esencialmente el mismo reclamo que planteado en la acción de inconstitucionalidad 80/2004
83/2004	La omisión del Congreso del Estado de Chihuahua de legislar en materia de servicios públicos municipales, en términos del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado.	Se declara sin materia por ser esencialmente el mismo reclamo que planteado en la acción de inconstitucionalidad 80/2004

4/2005	Falta de adecuación de la legislación de Tlaxcala a una reforma constitucional relacionados con el proceso de nombramiento de magistrados del Tribunal Superior de Justicia.	Procedente y fundada. Se declara la invalidez de diversos actos y decretos.
7/2005	La omisión del Congreso Estatal de Campeche de ajustar la normalidad interna a las reformas en materia municipal.	Procedente y fundada. Se otorga al Congreso local el plazo de un año para realizar las adecuaciones correspondientes.
14/2005	Omisión legislativa del Congreso del Estado de Tabasco no se pronunció sobre la iniciativa de la propuesta municipal relativa a la actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones.	Procedente y parcialmente fundada. El Congreso del Estado de Tabasco, dentro del segundo periodo de sesiones deberá pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la materia de la controversia.
59/2006 240	Ausencia de regulación de los medios de acceso de los pueblos y comunidades indígenas a los medios de telecomunicación.	Improcedente en cuanto a la omisión legislativa.
1/2007	Falta de determinación de las causas graves que darán origen a la desaparición de ayuntamientos o revocación del mandato de sus miembros en el Estado de Michoacán.	Procedente y parcialmente fundada. El Poder Legislativo de la entidad deberá restituir en sus funciones a los integrantes del Ayuntamiento suspendidos.
18/2008	Omisión legislativa de expedir la ley estatal que regule las bases para la prestación del servicio público municipal. De un análisis integral la Corte concluye que lo realmente se impugna es el contenido de ciertas normas legales, no la impugnación de un “no hacer”.	Es procedente y parcialmente fundada. Se declara la invalidez de diversas normas.
22/2008	Omisión legislativa de expedir la ley estatal que regule las bases para la prestación del servicio público municipal. De un análisis integral la Corte concluye que lo realmente se impugna es el contenido de ciertas normas legales, no la impugnación de un “no hacer”.	Es procedente y parcialmente fundada la controversia constitucional promovida. Se declara la invalidez de diversas normas.

²⁴⁰ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 314.

88/2010	Omisión legislativa del Congreso del Estado de Nuevo León, consistente en la falta de adecuación de la legislación que establezca las bases, límites y procedimientos para hacer frente a la responsabilidad patrimonial de los poderes y órganos del Estado de Nuevo León y de los Municipios de esa entidad federativa.	Procedente y fundada. Se ordena al Congreso local que subsane la omisión mediante la emisión de la regulación correspondiente, a más tardar en el siguiente período ordinario de sesiones.
74/2011	Omisión del Congreso local en legislar sobre medios de control constitucional, especialmente lo relativo al procedimiento, funcionamiento y atribuciones del órgano de control constitucional local para dirimir conflictos entre el municipio de San Pedro Garza García y el gobierno del estado de Nuevo León.	Parcialmente procedente y fundada. Se "conmina al Congreso del Estado de Nuevo León, para que a más tardar en su siguiente periodo ordinario de sesiones, ..., emita la Ley Reglamentaria del artículo 95 del propio ordenamiento, a fin de subsanar la omisión legislativa que se le ha atribuido."
16/2013	Omisión legislativa de discutir y aprobar la iniciativa de proyecto de ley de ingresos del municipio actor para el ejercicio fiscal del año dos mil trece.	Procedente y fundada. Se declara la invalidez de diversos artículos de la Ley de Ingresos para el ejercicio de dos mil trece del Municipio actor y se ordena al Congreso considerar la propuesta presupuestal del municipio actor pronunciándose al respecto.
79/2013	La omisión legislativa del Congreso del Estado de Nuevo León, consistente en la falta de señalamiento de la autoridad competente para imponer sanciones por responsabilidad administrativa a los magistrados de los tribunales de justicia administrativa municipal y a sus servidores públicos adscritos.	Procedente y fundada. Se ordena al Congreso local que subsane la omisión legislativa mediante la emisión de la regulación correspondiente a más tardar en el siguiente período ordinario de sesiones.
38/2014	Omisión legislativa del Congreso del estado de Oaxaca, de armonizar la legislación estatal al decreto por el que se reforman diversas disposiciones del artículo 3 constitucional, esto de acuerdo a los artículos transitorios de la Ley General del Servicio Profesional Docente.	Procedente y fundada. Se ordena al Congreso local que subsane la omisión legislativa mediante la emisión de la regulación correspondiente a más tardar en el siguiente período ordinario de sesiones.

Al clasificar estos expedientes de acuerdo al tipo de omisión legislativa que se impugna se tienen los siguientes resultados:

		Exp.	Procedencia.
Tipo de omisión de acuerdo a su extensión	Parcial	46/2002	Procedente y fundada.
		80/2004	Procedente y fundada.
		4/2005	Procedente y fundada.
		7/2005	Procedente y fundada.
		18/2008	Procedente y parcialmente fundada.
		22/2008	Procedente y parcialmente fundada.
		88/2010	Procedente y fundada.
		16/2013	Procedente y fundada.
		79/2013	Procedente y fundada.
	Absolutas	14/2005	Procedente y parcialmente fundada.
		59/2006	Improcedente
		1/2007	Procedente y parcialmente fundada.
		74/2011	Parcialmente procedente y fundada.

En su estudio sobre la procedencia de la Controversia Constitucional respecto de las omisiones legislativas Rangel Hernández sostiene:

... no hay certeza ni continuidad al respecto, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto algunas controversias constitucionales en el sentido de que no son procedentes para el estudio de la omisión legislativa, en tanto que en otros casos ha establecido lo contrario e incluso comenzó a delinear una doctrina judicial en torno al tema. Esta situación provoca una inseguridad e incertidumbre jurídica grave, ya que previo al ejercicio de la acción no se tiene la seguridad de que la misma sea calificada como procedente por el alto tribunal, lo cual puede traer otro tipo de consecuencias como la falta de acceso a la justicia constitucional e incluso provocar un eventual estado de indefensión.²⁴¹

En la conclusión de su investigación en este rubro, la autora señala:

... en México existe una tipología particular de inconstitucionalidad por omisión legislativa derivada de las constantes reformas constitucionales, la cual se presenta cuando el legislador recibe un mandato constitucional de legislar derivado de la necesidad de ajustar o armonizar la legislación federal o local a las nuevas disposiciones constitucionales.

En este orden de ideas, vemos que aquí la labor del órgano legisferante no es de "desarrollo" de los preceptos constitucionales, sino más bien de "adecuación" de la normatividad secundaria al nuevo texto de la norma constitucional, y es por esta misma razón por la que generalmente se establece

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 300.

un plazo específico para que las legislaturas expidan las normas nuevas o modifiquen las vigentes, según sea el caso.²⁴²

Esto es lo que se impugnó en la mayoría de las Controversias Constitucionales analizadas: la falta de adecuación de la legislación local a nuevos lineamientos establecidos mediante una reforma a la Constitución Federal.

Finalmente, una vez revisados los criterios de la Corte respecto a las Controversias Constitucionales en que se impugnan omisiones legislativas se concluye que únicamente está claro el criterio de su procedencia respecto de la falta de adecuación normativa derivado de alguna modificación a la Constitución Federal; por lo que hace a mandatos implícitos ya sea parciales o relativos no se tiene certeza del criterio de procedencia.

En este sentido, la Controversia Constitucional no es, en general, un medio de control efectivo para las omisiones legislativas inconstitucionales ya que sólo ha mostrado su efectividad respecto de algunas de ellas y no pueden ser accionada por la ciudadanía.

1.2.3.3. Juicio de amparo

De acuerdo con el Ministro Arturo Zaldívar, el juicio de amparo

es un medio de control constitucional a través del cual se protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o, en ciertos casos, de particulares. Su ámbito de protección se extiende a la tutela de todo el orden jurídico nacional, pues comprende las funciones de *habeas corpus* o tutela de la libertad personal, la protección de los derechos fundamentales de fuente nacional e internacional, el control de constitucionalidad de leyes, así como el control de legalidad de los actos de las autoridades administrativas y de las sentencias judiciales.²⁴³

²⁴² *Ibíd.*, p. 324.

²⁴³ ZALDIVAR Lelo de Larrea, Arturo, *Juicio de amparo*, en *Diccionario de Derecho Procesal y Convencional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, p. 778.

El fundamento de este juicio se encuentra en el artículo 103 de la Constitución Federal²⁴⁴ y en el numeral 1 de la ley reglamentaria²⁴⁵.

A diferencia de los medios de control abstractos, cuya resolución está reservada exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los juicios de amparo inician su trámite en jurisdicciones inferiores: Jueces de Distrito, Tribunales Unitarios o Colegiados de Circuito según corresponda²⁴⁶.

Para los efectos de esta investigación se consideran relevantes tres características de este juicio: debe ser promovido por la parte que se ve afectada por un acto de autoridad, incluyendo los actos normativos; los efectos de las sentencias sólo benefician a quienes lo promovieron, lo que se conoce como el principio de relatividad de las sentencias; y que cuenta con un plazo para su promoción.

La primera característica señalada hace que este medio de control esté disponible para la población en general y bajo ciertos supuestos también a las autoridades.

²⁴⁴ Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

²⁴⁵ *Ley de Amparo*. Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

²⁴⁶ Hay excepciones para la tramitación urgente de juicios de amparo en materia penal. Véase *Ley de Amparo*. Artículo 159. En los lugares donde no resida juez de distrito y especialmente cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, el juez de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto reclamado, deberá recibir la demanda de amparo y acordar de plano sobre la suspensión de oficio conforme a las siguientes reglas: [...]

Esto implica que el número de amparos tramitados sea exponencialmente mayor al número de acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales.

La cantidad de amparos que se resuelven diariamente en el país y semanalmente en la Suprema Corte hacen difícil un seguimiento puntual de los criterios que se emiten. La realización de esta tarea supera los objetivos de la investigación por lo que las fuentes utilizadas en este estudio son la ley de amparo, las tesis y jurisprudencias que la Suprema Corte ha emitido sobre la procedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas.

Ahora bien, tomando en cuenta los artículos invocados tanto de la Constitución y Ley de Amparo se sigue que en general el juicio de amparo es apto para impugnar acciones y omisiones que impliquen una afectación de derechos humanos; sin embargo, Rangel Hernández advierte que aunque de dichos fundamentos se pudiera desprender de manera general que el amparo es procedente contra omisiones legislativas

... la práctica judicial ha llevado a los tribunales federales a establecer vía jurisprudencial una excepción a esta regla general, en el sentido de que el juicio de amparo no es procedente en los casos de omisiones legislativas...

El motivo determinante que provocó el establecimiento del criterio antes anunciado es la incompatibilidad de la llamada fórmula Otero con los efectos que se generarían al dictarse una sentencia concesoria de amparo en un caso de omisión legislativa²⁴⁷

La autora señala como ejemplo de esta realidad la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte que establece:

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, *según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal*

²⁴⁷ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 240.

reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado²⁴⁸.

La misma consideración se ha reiterado en las tesis con los siguientes rubros:

- CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS EXPRESADOS EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL.²⁴⁹.
- OMISIÓN LEGISLATIVA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS²⁵⁰.
- LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DE LA LEGISLATURA ESTATAL DE APROBAR Y EXPEDIR CUOTAS Y TARIFAS APLICABLES AL IMPUESTO PREDIAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DOS MIL DOS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.²⁵¹.

²⁴⁸ Tesis P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, Diciembre de 1997, p. 180.

²⁴⁹ Tesis P. LXXX/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, Noviembre de 1999, p. 40. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXX/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

²⁵⁰ Tesis 2a. VIII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, Febrero de 2013, p. 1164.

²⁵¹ Tesis IV.2o.A.56 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1549.

Ante este panorama jurisprudencial Rangel Hernández concluye:

...la omisión legislativa ha sido llevada ante la justicia federal vía juicio de amparo, sin que se hayan logrado resultados favorables.

Dado que la naturaleza propia del juicio de garantías se contrapone a la solución que requiere la omisión legislativa, se ha declarado su improcedencia; esta se sustenta en el hecho de que resulta incompatible el efecto particular que debe tener la sentencia concesoria de amparo, con la eventual necesidad de que la autoridad legislativa "obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija", que en este caso sería la expedición de la normatividad faltante. En tal virtud de está en aptitud de aseverar que el juicio de amparo no es una opción viable, ni mucho menos la vía idónea para la impugnación de violaciones a la constitución causadas por la omisión legislativa²⁵².

No obstante estas directrices emanadas del Pleno de la Suprema Corte, desde el propio Poder Judicial de la Federación se han empezado a escuchar voces que apelan por privilegiar la fuerza normativa de la Constitución. Ejemplo de ello es el criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitido en el amparo en revisión 76/2013 cuyo ponente fue el Magistrado Jean Claude Tron Petit:

OMISIÓN LEGISLATIVA. NO PUEDE Oponerse como excusa PARA EL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

En la exposición de motivos del proyecto de decreto que reforma los artículos 94, 100, 103, 107 y 112 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Constituyente estableció que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, deben reconocerse y tutelarse como normas programáticas pero exigibles individual o colectivamente, con plena eficacia jurídica, debiendo contar con garantías adecuadas para su protección. Para lograr ese objetivo, entre otros medios, se dispuso la atribución de los tribunales de la Federación para resolver en amparo toda controversia que se suscite no sólo por normas generales y actos de autoridad, sino también por omisiones en que incurran los poderes públicos al desarrollar los derechos sociales, ya que dada su naturaleza prestacional, las omisiones son su principal medio de violación, expresándolo así el Constituyente como un mandato claro y categórico, precisándose que la protección de los derechos fundamentales es independiente de su carácter individual o social. Ahora bien, con motivo de la mencionada reforma, en la Ley de Amparo se contempla que a través del juicio de amparo se proteja a las personas frente a normas generales, actos u

²⁵² RANGEL Hernández, Op. cit. p. 258.

omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares, ya sea que se promueva individual o conjuntamente por dos o más personas -colectivamente-, tal es el caso de los derechos colectivos, cuya naturaleza es la supraindividualidad e indivisibilidad, elaborando así el concepto de afectación común, el que resulta básico para la operatividad de la protección a los derechos sociales que, por su naturaleza, inciden en un colectivo. Asimismo, en el artículo 77 de la citada ley se establece expresamente que los efectos de la concesión del amparo pueden versar respecto de actos de carácter omisivo. En esa medida, se colige que el juicio de amparo es un medio de defensa extraordinario que por mandato constitucional puede tener por objeto la solución de controversias de actos de naturaleza omisiva. Lo anterior, en consonancia con la nueva redacción del artículo 1o. constitucional, específicamente en su párrafo tercero, en el cual se estipula que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que de suyo implica, por parte del legislador, el desarrollo de leyes que doten de contenido y eficacia este imperativo constitucional, que protejan y garanticen el abanico de derechos que prevé la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pues el propósito fundamental es hacer operativos, en el plano fáctico, los derechos humanos a través de leyes secundarias que recojan los valores, principios y fines de dichas prerrogativas fundamentales. *Por lo anterior, una omisión legislativa no puede oponerse como excusa para incumplir un precepto constitucional, argumentando dificultad o incompatibilidad con los efectos en cuanto al cumplimiento de una eventual concesión del amparo, lo que redundaría en una violación al derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 17 constitucional, que debe reflejarse en la disponibilidad de recursos efectivos, sencillos y rápidos para dar respuesta y tutela restaurativa a cualquier violación.*²⁵³

Sin embargo, a pesar de estas propuestas aisladas lo cierto es que al día de hoy se mantiene con fuerza obligatoria el criterio que declara la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas.

Antes de pasar al siguiente subtítulo es importante señalar algunas particularidades del sistema jurídico mexicano que impactan en el desarrollo de una teoría de las omisiones legislativas inconstitucionales:

- a) Cantidad de reformas constitucionales. Este elemento hace que se eleva la posibilidad de incurrir en omisiones legislativas inconstitucionales ante una constante modificación del texto constitucional.

²⁵³ Tesis I.4o.A.23 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. 2, Diciembre de 2013, p. 1198.

- b) Variación de los parámetros de regulación constitucional de los derechos o instituciones. Las modificaciones al texto constitucional no siempre se refieren a la inclusión de nuevos derechos, también puede referirse a la modificación de los estándares de los ya existentes. Con ello se genera un efecto de onda expansiva que provoca un desfase con las normas infraconstitucionales o locales.
- c) Falta de claridad en la redacción. Las modificaciones constitucionales no siempre expresan con claridad la integración de mandatos constitucionales dirigidos al órgano legislativo. Tampoco señalan en todos los casos un plazo para su cumplimiento.
- d) La organización del sistema federal. Hay materias en donde la federación emite leyes generales y deja un margen para los órganos legislativos locales; en algunos casos dicho margen implican mandatos legislativos implícitos susceptibles de incumplimiento.

Todos estos elementos implican la necesidad de que el constitucionalismo mexicano y la jurisprudencia desarrollen una teoría de las omisiones legislativas inconstitucionales acorde a las particularidades del sistema nacional y las necesidades de las nuevas exigencias constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos.

1.3. Derecho a la no discriminación

En el primer apartado de este capítulo se estudió la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010. En ese análisis se determinó la existencia de un mandato constitucional de protección a las familias, incluyendo la homoparental.

A partir de la decisión de la Corte, y como se expuso en el apartado 1.1.2.3, los elementos que caracterizan a un núcleo familiar ya no son puramente objetivos como en un principio lo fue el sexo biológico, sino que se abrió paso a la consideración de elementos subjetivos como es el *constituir una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo*²⁵⁴.

En el segundo subcapítulo se abordó la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y su tratamiento en el sistema jurídico mexicano con el objetivo de tener los elementos necesarios para evaluar si la falta de protección jurídica de las familias homoparentales actualiza o no dicha figura. Al exponer los tipos de omisiones legislativas se sostuvo que las omisiones relativas se refieren a violaciones al principio de igualdad al excluir a determinados sujetos que deberían ser considerados por la norma.

Continuando con este argumento debe considerarse que las únicas figuras creadas por el Estado dirigidas a brindar protección al desarrollo y organización de las familias son el matrimonio y el concubinato; sin embargo, su configuración al momento de iniciar esta investigación, salvo en la Ciudad de México, estaba dirigida únicamente para las parejas heterosexuales. En consecuencia, las familias homoparentales quedaban sin ningún resguardo.

Si el mandato constitucional de protección a las familias incluye a todas las formas en que éstas puede integrarse, a partir de este planteamiento surgen dos interrogantes relacionada con la falta de protección de las familias homoparentales: ¿se puede considerar discriminatorio el hecho de que sólo las parejas heterosexuales tengan la protección estatal excluyendo a las parejas homosexuales?, y ¿la protección del estado debe brindarse a través de las mismas figuras o pueden ser distintas?

Para responder estas preguntas es necesario conocer los alcances del marco jurídico del derecho a la no discriminación ya que a partir de estos elementos

²⁵⁴ Ver apartado 1.1.1.3., especialmente el análisis del párrafo 266 de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

podrán evaluarse tanto las hipótesis de esta investigación como los casos concretos que se exponen.

Una definición gramatical de la palabra *discriminación* es insuficiente para describir y evaluar el fenómeno como una violación a derechos humanos. En el ámbito social y jurídico discriminar va más allá de "dar [un] trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc."²⁵⁵.

En virtud de lo anterior es necesario partir de definiciones más desarrolladas que permitan comprender integralmente el fenómeno de la discriminación. En este sentido Pedro Salazar Ugarte y Rodrigo Gutiérrez Rivas señalan

La discriminación es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política y cultural), minusvalora o repele a otro grupo social, colocando a éste último en una situación de desigualdad u opresión. Para hacerlo se toma como punto de partida algún rasgo característico del grupo excluido, y con base en él se construyen estereotipos prejuiciados de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad.²⁵⁶

En la misma obra y apoyándose en categorías sociológicas los autores apuntan:

Como fenómeno sociológico, la discriminación puede ser entendida como una de las tantas formas de violencia u opresión que existe en las sociedades contemporánea. Se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, quienes, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos.²⁵⁷

Por otro lado, Jesús Rodríguez Zepeda propone una definición donde incluye una referencia temporal:

La discriminación es una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una

²⁵⁵ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, "Discriminación", en: [<http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>]

²⁵⁶ SALAZAR Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, CONAPRED. México 2008, p. 32.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ Zepeda, Jesús, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios, No. 2, CONAPRED, México, 2008, p. 26.

desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar a sus derechos y libertades fundamentales.²⁵⁸

Por su parte Carla Huerta Ochoa considera a la discriminación “... como hecho o situación se refiere al acto u omisión por el cuál, sin motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida”²⁵⁹. En la misma obra explica con mayor amplitud que

... en general se entiende por discriminación en sentido amplio, toda infracción al principio general de igualdad motivado por una razón de clase o por la pertenencia a un grupo, y en sentido estricto, cuando concurre un criterio de diferenciación no permitido o prohibido expresamente por la ley. El derecho a la igualdad se manifiesta en el momento de establecer una diferenciación legal, mientras que el derecho a la no discriminación puede ejercitarse cuando se produce una diferenciación o inequidad no justificable.²⁶⁰

De las definiciones expuestas hay dos elementos que recobran especial importancia: lo referente al grupo social y el elemento temporal.

Sobre este rubro, Salazar Ugarte define al ‘grupo social’ como “...aquél que puede identificarse –así mismo o por otros- por el hecho de que sus integrantes comparten vínculos identitarios, tales como una tradición, una cultura, un lenguaje, una historia o un conjunto de expectativas comunes, que dan lugar a una entidad social significativa”²⁶¹; con ello se afirma que en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo ese grupo social lo componen homosexuales y lesbianas que por definición buscan relacionarse afectivamente con personas de su mismo sexo, siendo entonces ésta la característica en común que los unifica e identifica dentro del núcleo social.

Christian Courtis expone los elementos que caracterizan a los grupos sociales que son o pueden ser sujetos de discriminación: “a) existe un factor común que vincula al grupo; b) el grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor; c) el grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través

²⁵⁸ SALAZAR Ugarte, Op. cit., p. 43.

²⁵⁹ HUERTA Ochoa, Carla; *La estructura jurídica del derecho a la no discriminación*; en DE LA TORRE Martínez, Carlos (Coord.), *Derecho a la no discriminación*, UNAM, CONAPRED, CDHDF, México 2006, p. 186.

²⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 186-187.

²⁶¹ SALAZAR Ugarte, Op. cit., p. 32.

de ese factor”²⁶². Al aplicarlo al objeto de estudio de esta investigación se concluye que el factor común es la orientación sexual de un grupo que entabla relaciones afectivas con personas de su mismo sexo. La autoidentificación se construye a partir de la cultura que el grupo ha ido creando y que sirve como referente para ser identificado por el resto de la sociedad.

El otro elemento importante a considerar es el carácter temporal de la discriminación. Al respecto se ha dicho que este fenómeno

...no puede ser entendido como la diferenciación excluyente, en un solo momento histórico, de cualquier conjunto de personas. Se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un perjuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho (en muchos casos involuntario) de pertenecer a ella. Es verdad que la discriminación en muchas ocasiones afecta a personas en casos individuales, pero no puede pasarse por alto que so esto ocurre, se debe a que dicha persona pertenece a un grupo determinado que ha sido históricamente estigmatizado de forma injustificada.”

Esto último es útil para evaluar la eficacia de cualquier solución que se proponga, incluyendo las jurídicas. En la medida en que éstas ataquen el problema de forma integral se podrán afirmar la existencia de un recurso efectivo.

La solución al problema de la discriminación debe encaminarse hacia la búsqueda de un efecto sobre el grupo social y no únicamente sobre casos particulares. Esto es así porque si bien las afectaciones se resienten de manera especial en la esfera de lo individual ello tiene como origen la pertenencia a un grupo social. En este sentido, mientras no se busque dar solución a de fondo en realidad no se estaría cumpliendo con el mandato constitucional. Es imprescindible fijar la atención en el carácter estructural de este problema social, lo cual implica reconocer que

... la discriminación tiene un carácter sistémico, que implica la reproducción de relaciones de desigualdad que excluyen a amplios sectores de una comunidad. Ello supone repercusiones graves sobre las estructuras sociales, económicas y políticas de esta última. Si bien es cierto que las conductas de desprecio y estigmatización, son en sí mismas degradantes para los individuos (y sólo por ello deberían estar prohibidas), lo más grave es que dichas conductas suelen traducirse, para los grupos discriminados, en una mayor dificultad de acceso a determinados bienes, intereses o libertades que son

²⁶² COURTIS, Christian; *Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: El inicio de un largo camino*, en DE LA TORRE Martínez, Op. cit., p. 236.

indispensables para poder tener una vida digna, y para poder participar en la conformación política de la comunidad a la que pertenecen.”²⁶³

Ante un fenómeno sistémico la solución únicamente de casos concretos, sin atender el problema estructural de fondo, hacen que las medidas resulten ineficaces para hacer efectivo el mandato constitucional de no discriminación.

Desde esta perspectiva, si no se busca construir una solución integral lo que se hace es legitimar la continuidad de esta condición desfavorable para el grupo social con todas las consecuencias negativas que ello implica. Al respecto, Salazar Ugarte señala:

... vivir bajo una condición sistémica de permanente desprecio y subordinación social, supone mayores dificultades para el desarrollo de los planes de vida de ciertos grupos. Por tanto, es importante que reconocer que la discriminación no sólo es un conjunto de consideraciones negativas que, de forma aislada, puede hacer unas personas sobre otras (situación imposible de evitar en una sociedad), sino que estamos frente a un componente estructural de ciertos sistemas sociales, que se relaciona de forma estrecha con otras problemáticas que mantienen a millones de personas en situación de opresión.²⁶⁴

Courtis aporta otro elemento de utilidad para los fines de esta investigación. Distingue entre discriminación legal, normativa o *de jure*, y la discriminación de hecho, *de facto* o invisible; entendiendo por la primera aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho; mientras que la segunda se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado²⁶⁵.

Por cuanto hace a los tipos de discriminación legal, normativa o *de jure*, el autor señala que puede presentarse en dos modos:

... directo, es decir, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión... y de modo indirecto esto es, cuando pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente ‘neutro’, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo. Un ejemplo puede aclarar la discriminación normativa *indirecta*: supongamos que para postular a un puesto administrativo se exija una estatura de más de 1,80 metros, o correr

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

²⁶⁵ COURTIS, Christian; *Op. cit.*, pp. 232-233.

100 metros en menos de quince segundos. En el primer caso, es probable que el criterio de distinción elegido impacte desfavorablemente sobre las mujeres; en el segundo caso, es probable que lo haga sobre las personas con movilidad física restringida.²⁶⁶

Sobre la discriminación establecida en las leyes, el propio Courtis reflexiona:

Queda, aún, un problema de cierta envergadura, que es el relativo a las discriminaciones normativas consagradas por las leyes. Dadas las tendencias autoritarias, la ausencia de una práctica extendida de controles entre poderes y la inexistencia de una tradición interpretativa antidiscriminatoria, no es raro encontrar en la legislación vigente, basada sobre estereotipos y factores prohibidos.²⁶⁷

Después de las consideraciones expuestas es oportuno analizar la forma en que el sistema jurídico mexicano ha tratado de integrar estos elementos al establecer constitucionalmente el derecho a la no discriminación.

La referencia inmediata se encuentra en el quinto párrafo del artículo 1 de la Constitución Federal que establece

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

Esta enumeración se conoce dentro de la doctrina constitucional como categorías sospechosas cuya principal característica es que cuando se identifica un trato diferenciado con base en alguna de ellas le corresponde a las autoridades justificar su racionalidad y constitucionalidad.

Los tratados internacionales firmados por México en materia de derechos humanos contienen cláusulas similares; en esta investigación, para evitar la resistencia que pudiera generar en un tema polémico la incorporación del derecho internacional se prefirió trabajar básicamente con la normativa nacional.

En el ámbito de la jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto del derecho a la no discriminación:

La idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en su nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social es consecuencia de que todas las personas son iguales; es decir, la noción de igualdad deriva

²⁶⁶ Ídem.

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 243.

directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad.²⁶⁸

Es así como se dota de contenido a este derecho con base en el reconocimiento de la dignidad humana como pilar de los derechos humanos expresado a su vez a través del principio de igualdad.

De esta manera se habla del derecho a la no discriminación como “... un derecho negativo (a una abstención), es evitar la distinción legal que produzca diferencias de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero sobre todo en su dignidad, y proteger a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva”²⁶⁹.

En el fondo, la afirmación de este derecho busca evitar que se niegue injustificadamente el acceso o ejercicio de los derechos fundamentales, con la respectiva salvedad de que “... no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”²⁷⁰.

Bajo estas consideraciones el derecho a la no discriminación se concibe como “la llave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos. De esta manera, el derecho a la no discriminación se presenta como una suerte de ‘derecho a tener derechos’...”²⁷¹.

En palabras de De la Torre Martínez:

El derecho a la no discriminación se caracteriza por su amplitud de miras, es decir, es un derecho que no se agota en sí mismo, sino que, por el contrario, sólo cobra sentido en su relación con el resto de los derechos. La nota esencial del derecho a la no discriminación es que constituye un derecho de acceso, o si se prefiere, un meta-derecho que se coloca por encima del resto de los derechos y cuya función principal es garantizar que todas las personas,

²⁶⁸ IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. Tesis 1a. CXLV/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, Agosto de 2012, p. 487.

²⁶⁹ HUERTA Ochoa, Op. cit., p. 1880

²⁷⁰ IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. Op. cit.

²⁷¹ SALAZAR Ugarte, Op. cit., p. 41.

sin ningún tipo de distinción razonable, puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones²⁷²

Ahora bien, el marco constitucional ya señalado es insuficiente para resolver casos concretos ya que sólo se refiere a una proscripción de la discriminación sin aportar mayores elementos que permitan un análisis jurídico de los casos en que esa prohibición sea vulnerada. Por lo tanto, es preciso recurrir a una ley secundaria como lo es la Ley Federa para Prevenir y Eliminar la Discriminación que al momento de plantearse esta investigación su artículo 4 establecía:

Artículo 4.- Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.²⁷³

De acuerdo con esta definición *la discriminación por preferencia sexual es toda distinción, exclusión o restricción basada en las preferencias sexuales que tenga por efecto impedir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.* Los elementos normativos que integran esta vertiente de la discriminación son:

- a) Es una distinción, exclusión o restricción.
- b) La distinción, exclusión o restricción se basa en la preferencia sexual de las personas.

²⁷² DE LA TORRE Martínez, Carlos; *El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*; en DE LA TORRE Martínez, Carlos (Coord.); *Derecho a la no discriminación*, Op. cit., p. 124.

²⁷³ El texto vigente ahora señala: Artículo 1.- Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Para los efectos de esta ley se entenderá por:

...

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

...

- c) Los efectos son: impedir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos, o impedir la igualdad real de oportunidades de las personas.

A partir de lo anterior será posible evaluar los casos concretos que se exponen en esta investigación.

CAPÍTULO 2

Planteamiento del problema

En el primer capítulo se desarrollaron las tres variables que intervienen en esta investigación: la noción jurídica de matrimonio y familia, la inconstitucionalidad por omisión legislativa, así como el desarrollo jurídico nacional del derecho a la no discriminación.

Tomando como punto de partida lo desarrollado hasta el momento es posible presentar un planteamiento novedoso que conjuga la interrelación jurídica entre ellos en el marco de la protección jurídica de las familias homoparentales. Tomando como base la acción de inconstitucionalidad 2/2010 se plantea la contradicción normativa entre el mandato constitucional y la legislación en torno a la familia y el matrimonio.

En este segundo capítulo se entrelazan los componentes estudiados por separado para presentar una problematización del matrimonio entre personas del mismo sexo en términos del derecho constitucional.

Esta tarea se expone a través de tres apartados. El primero de ellos se ocupa de explicar la contradicción normativa que surge en el sistema jurídico mexicano a partir de la decisión de la Suprema Corte en la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, se explica qué puertas quedaron abiertas como puntos de partida para nuevos planteamientos constitucionales.

La segunda parte describe los casos concretos que dan cuerpo a este trabajo, se expone brevemente el contexto del surgimiento de la idea de iniciar este proyecto así como las primeras gestiones para provocar la actividad del Estado que pudiera dar pie a la judicialización del tema.

Finalmente, se describe la forma en que la contradicción normativa identificada en casos concretos se tradujo formal y materialmente en un cuestionamiento constitucional dirigido al Poder Judicial de la Federación a través de diversos juicios de amparo. A diferencia de la acción de inconstitucionalidad, en este caso la pregunta sobre la constitucionalidad de la ley no tuvo su origen en un conflicto entre autoridades, sino que surgió desde la ciudadanía que se apropió de sus derechos y buscó hacerlos exigibles.

2.1. La contradicción normativa²⁷⁴

La lógica de la tramitación de una acción de inconstitucionalidad indica que la demanda necesariamente busca demostrar que la norma general que se impugna viola el marco constitucional. En este sentido, la resolución de fondo que llegue a dictarse está en función de los argumentos que plantean la invalidez de la norma impugnada.

La argumentación desarrollada por la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 se vio marcada por los conceptos de invalidez planteados por la Procuraduría General de la República.

Desde esta perspectiva, si la sentencia declaró infundada la pretensión del accionante, los razonamientos de la Corte se enfocaron en un objetivo específico: demostrar lo equívoco de los planteamientos hechos en contra de la reforma.

Con esta resolución cambió sustancialmente el panorama en torno al derecho de familia en México, incluyendo la noción de matrimonio.

Antes de este pronunciamiento el sistema constitucional mexicano no había sido interrogado acerca de la protección del Estado hacia las familias homoparentales a través del matrimonio. Todo el tratamiento del derecho de familia se basaba en la aplicación de la continuidad legislativa y judicial heredada de la época colonial²⁷⁵. En consecuencia, los actos administrativos y resoluciones judiciales se mantuvieron en el esquema heteronormativo hasta ese momento incuestionado.

Para analizar detalladamente este cambio de paradigma se retoman cinco párrafos clave de la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Tres de ellos se ubican en los argumentos de la Corte relativos a la interpretación del artículo 4 constitucional:

234. ... lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia -su organización y desarrollo-, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) ...

235. ... dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal

²⁷⁴ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 82-85.

²⁷⁵ Ver supra 1.1.1.

protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente...

...

237. De todo lo anterior,... tampoco se desprende..., que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia -“ideal”- que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer, como lo afirma el Procurador, ya que lo que mandata, como se ha precisado, es la protección *a la familia* como tal..., sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario.²⁷⁶

Los otros dos párrafos aparecen como respuesta a la impugnación de la Procuraduría en relación a la supuesta vulneración al interés superior del menor. La Corte reconoce que:

312. ... la dinámica social nos demuestra que existe una gran diversidad de formas como puede integrarse una familia -nuclear, monoparental, extensa e, incluso, homoparental-, así como que no siempre derivan del matrimonio; familias, todas, que innegablemente tienen la misma protección constitucional, pues no puede suscribirse por este Tribunal, de ninguna manera, que se reste valor a la estructura u organización de familias sólo porque no se corresponden con concepciones tradicionales. Así, la labor del legislador debe buscar siempre arropar o acoger a todos los tipos de familia, sin excepción alguna.²⁷⁷

En el mismo sentido la sentencia expone:

333. El reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que existen, vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño; ... pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras.²⁷⁸

Con estos planteamientos la Corte se refirió a las familias homoparentales; por primera vez esta realidad es nombrada y reconocida en el ámbito del derecho. Si la aprobación de la reforma fue la gran victoria política, la decisión de la Corte fue la conquista de lo jurídico.

A partir de la interpretación desarrollada en la sentencia, la protección constitucional dirigida al desarrollo y organización de la familia abarcó a las familias homoparentales que hasta ese momento habían sido invisibilizadas dentro de sistema jurídico.

²⁷⁶ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., pp. 86-88.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 129.

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 139.

En este sentido, las interpretaciones desarrolladas por la Corte significaron el derrumbe de un paradigma vigente en México por casi dos siglos en relación a *la familia* como categoría jurídica y que permeaba en los escenarios administrativos, judiciales y legislativos. Con ello se abrió la puerta a una transformación profunda del marco de derechos.

Desde una perspectiva amplia, la aportación más trascendente de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 en el ámbito jurídico a nivel nacional no fue la declaración de validez de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal; el impacto de mayor alcance fue la interpretación constitucional de la categoría familia que incluyó a las familias homoparentales dentro del radio de protección constitucional²⁷⁹.

Las nuevas dimensiones de este mandato generaron automáticamente una contradicción normativa entre la Constitución Federal y las legislaciones locales.

La ampliación de la interpretación jurídica de la categoría *familia*, al tener como fuente directa la Constitución Federal, se convirtió en una herramienta útil para desafiar al poder político de los órganos legislativos locales que no estaban dispuestos, y algunos siguen sin estarlo, a reformar su marco legislativo para que el *matrimonio* sea accesible a las parejas de personas del mismo sexo.

La Acción de inconstitucionalidad 2/2010 dejó dos cosas claras: a) El estado está obligado a proteger a todo tipo de familias, incluyendo la homoparental, y b) Es discriminatoria la pretensión de crear una figura distinta para las parejas de personas del mismo sexo. La importancia de estos postulados se verá a lo largo del análisis de los casos concretos que se exponen en esta investigación.

En otras palabras, la sentencia no propone de manera directa que las parejas de personas del mismo sexo pueden conformar familias y que por ello se les debe brindar la protección estipulada en el artículo 4º constitucional. El esfuerzo fue dirigido a sostener que dicho artículo no se refiere a un modelo ideal de familia y que por lo tanto no puede utilizarse esa interpretación como excusa para invalidar la reforma.

La argumentación de la Corte fue fundamentalmente en sentido negativo al sostener que no hubo vulneración a la Constitución ya que ésta no define al matrimonio como una institución heterosexual. Sostuvo que la Asamblea Legislativa (como el resto de los órganos legislativos locales) posee libertad de configuración normativa para legislar al respecto. La alusión al derecho a la no

²⁷⁹ Véase MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 84.

discriminación se abordó de manera accesoria en respuesta al argumento de que la Ley de Sociedades de Convivencia ya brindaba protección a las parejas del mismo sexo.

Desde esta perspectiva, el único efecto de la sentencia de la Corte fue de tipo declarativo y sus beneficios inmediatos fueron palpables sólo en la capital del país ya que permitió que las parejas del mismo sexo pudieran continuar casándose en esa entidad. Sin embargo, en sentido estricto, la resolución no fue dirigida a fundamentar el derecho que tiene las parejas de personas del mismo sexo a acceder a la figura del matrimonio²⁸⁰.

En esta primera sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo como un tema de derecho constitucional la Corte reservó a los órganos legislativos la libertad de configuración normativa para modificar la definición de matrimonio a efecto de hacerlo accesible a las parejas homosexuales. De esta manera el asunto se resolvió como un debate sobre alcance y distribución de competencias legislativas y no en el ámbito del reconocimiento de derechos²⁸¹.

Este matiz se comprende mejor al comparar el diseño de la acción de inconstitucionalidad con la actividad jurisdiccional desplegada a través de un juicio de amparo. En este último la parte quejosa reclama ante un Juez la violación de un derecho por parte de alguna autoridad y la función del órgano jurisdiccional es determinar si el derecho existe y en su caso si fue trasgredido.

Con estas observaciones no se pretende restar valor a los argumentos de la sentencia; al contrario, se reconoce como pieza fundamental en los subsecuentes avances.

Las precisiones únicamente buscan exponer la línea argumentativa que siguió la Corte al emitir la resolución. Este trabajo busca reforzar esa decisión a través de una interpretación complementaria: el mandato constitucional de protección a la *familia* es la base para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho.

A partir de estos elementos es posible sustentar que el resultado de la sentencia de la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 fue la creación automática de una contradicción normativa en el sistema jurídico en torno al matrimonio y la familia²⁸².

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 83.

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 86.

²⁸² *Ibíd.*, pp. 84 y ss.

La ruptura de la coherencia del sistema jurídico surgió en el momento en que por un lado la sentencia de la Corte estableció que la protección constitucional en materia de familia incluye a las homoparentales y por el otro, los marcos legislativos de las entidades federativas, salvo la Ciudad de México en ese momento²⁸³, continuaban en la tradición heteronormativa que excluye a las familias homoparentales.

En otras palabras, cuando la Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el resto de las entidades, e incluso la legislación federal, entraron tácitamente y de un momento a otro al umbral de la inconstitucionalidad material.

Esta inconstitucionalidad puede caracterizarse desde el punto de vista material ya que para ser declarada formalmente y desplegar sus efectos era necesario activar algún mecanismo de control constitucional.

Esto significa que para sacar a la luz lo que la Corte había sustentado de forma indirecta era necesario que el derecho volviera a ser dicho afirmando que existe la obligación estatal de proteger a las familias homoparentales y que el marco jurídico que no lo haga incumple la Constitución.

Era necesario afirmar constitucionalmente que una definición que excluye a las parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio es violatoria de derechos humanos y no quedarse en el plano de la argumentación en sentido negativo como lo hizo la Corte para sostener que las reformas al Código Civil para el Distrito Federal no vulneran la constitución.

Así las cosas, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Corte se enfrentó a la pregunta ¿se viola el marco constitucional cuando alguna entidad federativa modifica la definición de matrimonio para extender la protección estatal a las familias homoparentales? En el nuevo contexto que se analiza en este apartado surge otra interrogante: Si el artículo 4 constitucional contiene un mandato de protección a la familia que incluye a las familias homoparentales, ¿qué sucede con aquellas normativas que no contemplan ninguna forma de protección ellas? La respuesta a esta pregunta integra la hipótesis general de esta investigación²⁸⁴.

Ahora bien, dado el sistema federal bajo el que se integra la República mexicana era necesario que ese planteamiento general se refiriera a algún marco normativo específico de acuerdo a la distribución de competencias legislativas en materia de

²⁸³ Este análisis se propone a partir de la legislación vigente en el territorio nacional hasta agosto de 2010 relacionado con la regulación del matrimonio, incluyendo su definición como la unión de un hombre y una mujer.

²⁸⁴ Sobre este y los siguientes párrafos véase MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 85.

familia y matrimonio. De este segundo aspecto surge la hipótesis específica referida a la legislación del Estado de Oaxaca.

<p style="text-align: center;">Problema de investigación</p> <p>Si el artículo 4 constitucional contiene un mandato de protección a la familia que incluye a las familias homoparentales, ¿qué sucede con aquellas normativas que no contemplan ninguna forma de protección para las familias homoparentales?</p>	<p style="text-align: center;">Hipótesis general</p> <p>Tomando como base el contenido del artículo 4 de la Constitución Federal, la definición jurídica de matrimonio que, expresa o tácitamente, lo considera únicamente como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las parejas mismo sexo, y b) la referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación</p>
<p style="text-align: center;">Caso concreto</p> <p style="text-align: center;"><i>Código Civil del Estado de Oaxaca</i></p> <p>Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida. ...</p>	<p style="text-align: center;">Hipótesis específica</p> <p>El artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las parejas mismo sexo, y b) la referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación,</p>

De esta manera la otra parte de la historia de la búsqueda del reconocimiento jurídico de las familias homoparentales y el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo no se continuaría escribiendo desde el centro sino desde un Estado del sur sin otra herramienta más que el discurso de los derechos aplicado a un medio de control constitucional.

La historia se contaría, ya no desde el sistema político basado en acuerdos partidistas sujetos a la dinámica electoral, sino desde el jurídico a través de la justicia constitucional.

2.2. Los casos²⁸⁵

La Ciudad de México se ha mostrado como la entidad con mayor avance en el reconocimiento de derechos de la población LGBTI. En el resto del país la conjugación de diversos factores había hecho que en este rubro la voz de reclamo se diluyera.

Oaxaca no es la excepción, la situación de pobreza en que vive la mayor parte de la población²⁸⁶ y un sistema de partidos alejado del fundamento material de la democracia han hecho que las necesidades de este sector no sean tomadas en cuenta ni en los programas de gobierno ni en las agendas legislativas.

Es importante señalar desde un principio que el marco legislativo en Oaxaca desde 1943 señala:

Artículo 143.- *El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.*

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

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

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

Bajo este contexto, en 2009 se integró un proyecto para posicionar en la agenda pública el tema de la diversidad sexual e identidad de género.

Ahora bien, el trabajo de activismo realizado en los años posteriores permitió la apertura de algunos espacios y atrajo algunas voces de solidaridad; sin embargo, la

²⁸⁵ Un avance de lo planteado en este apartado, con un corte a julio de 2015, en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, Op. Cit., pp.170-174. También fue publicado un resumen, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 85-88.

²⁸⁶ De acuerdo con el informe *Medición de la pobreza en los Municipios de México, 2010* del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Oaxaca tiene 5 de los 15 municipios con mayor porcentaje de población en situación de pobreza, tiene 7 de los 15 municipios con mayor porcentaje de población en situación de pobreza extrema y tiene 9 de los 15 municipios con mayor número promedio de carencias de la población pobre. Información disponible en: [http://www.coneval.org.mx/informes/Pobreza/Pobreza_municipal/Presentacion/Pobreza_municipios.pdf]

diferencia entre el tamaño de este esfuerzo y el poder político que se requiere para impulsar una reforma legislativa continuaba siendo abismal.

Las circunstancias se complicaron más en el año 2010. En el ámbito local, el Partido Acción Nacional y el Partido de la Revolución Democrática abanderaron a un candidato de coalición con miras a la sucesión gubernamental y el relevo legislativo. Este acontecimiento cerró la puerta a la posibilidad de integrar la propuesta de una reforma al Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en la agenda de gobierno y legislativa.

El piñero de la cuenca, un periódico local, retomó la postura de Gabino Cué, entonces candidato a la gobernatura del Estado:

Cué reconoció que existen temas, como el de los matrimonios entre parejas del mismo sexo y aborto en los que no hay coincidencia entre los partidos de la alianza y que por ello no serán incluidos en primera instancia en la agenda para la transición.

“En caso de que algunas minorías quisieran, o el PRD en su momento, que sea parte de su agenda, se someterá a la discusión y obviamente que para eso vamos a impulsar una ley de participación ciudadana, para que temas como éstos, sea a través de mecanismos como el plebiscito o la consulta popular, se puedan manejar.

“Vamos a una democracia en ese sentido y sin cerrarnos al debate y a la discusión, vamos a utilizar mecanismos de esta naturaleza, pero como gobierno, en el plan que estamos elaborando, no están esos temas”.²⁸⁷

Este ejemplo reflejó la falta de voluntad política para avanzar en temas relacionados con los derechos de la población LGBTI. La predicción se materializó cuando la coalición PAN-PRD ganó las elecciones a gobernador y obtuvo mayoría en el Congreso local.

Este análisis fue crucial para escoger una vía distinta al consenso partidista para incidir los ámbitos legislativo y de políticas públicas.

Desde esta perspectiva, ante un panorama adverso para una posible reforma del Código Civil, fue necesario buscar otros mecanismos de incidencia. El terreno jurídico se presentó como la opción más fértil tomando en cuenta que en el

²⁸⁷ El Piñero de la Cuenca, 18 de julio de 2010, <http://www.elpinerodelacuenca.com.mx/epc/index.php/politica/23134-cue-no-compro-el-pleito-entre-amlo-y-calderon>, Véanse también: Crónica, 11 de abril de 2016, *Espurio y legítimo* por Juan Manuel Asai, disponible en <http://www.cronica.com.mx/notas/2009/461605.html>, Zócalo Saltillo, 6 de enero de 2010, Los desafíos de 2010, por Carlos Ramírez, disponible en: <http://www.zocalo.com.mx/seccion/opinion-articulo/los-desafios-del-2010-31>

escenario nacional se suscitaban cambios trascendentales en el sistema jurídico mexicano:

- Sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010.
- Reformas constitucionales en materia de derechos humanos y juicio de amparo de junio de 2011.
- Sentencia del expediente *Varios 912/2010* sesionado el 14 de julio de 2011.

Considerando este contexto y el análisis constitucional, además de que en ese momento mi lugar de residencia, se decidió iniciar la estrategia jurídica en el Estado de Oaxaca²⁸⁸. Esta nueva historia empezó a contarse en agosto del año 2011.

Para dar el primer paso se necesitaba un acto de autoridad que pusiera en evidencia la desprotección en que se encontraban las familias homoparentales en el Estado.

La forma de lograrlo fue presentando tres solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo²⁸⁹ ante el Registro Civil. Debido al domicilio de las parejas contrayentes cada solicitud se presentó ante diversa oficialía del Registro Civil del Estado de Oaxaca²⁹⁰.

Esto se hizo a través de un escrito libre ya que los formatos expedidos por el Registro Civil hacen referencia a los datos "del contrayente" y de "la contrayente", circunstancia que no es aplicable a las parejas del mismo sexo. Esta primera etapa se resume de la siguiente manera:

Solicitud	Oficina del Registro Civil	Fecha de presentación
S1	Oficialía única de la Villa de Etla, Oaxaca.	4/8/2011
S2	Primera Oficialía del Centro, Oaxaca de Juárez, Oaxaca.	4/8/2011
S3	Oficialía Única de Ocotlán de Morelos, Oaxaca.	8/12/2011

El documento constó únicamente de cinco cuartillas, en los tres casos se utilizó la misma argumentación:

Con fundamento en el artículo 16, punto 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 17 de la Convención Americana sobre

²⁸⁸ Al momento de elaborar el informe final de esta investigación se tiene conocimiento de que con anterioridad se habían interpuesto diversos juicios de amparo buscando la declaración de inconstitucionalidad de la definición de matrimonio; sin embargo, esos intentos tuvieron como premisa una estrategia distinta que no incluyó la presentación de solicitudes de matrimonio.

²⁸⁹ Por razones de protección a los datos personales de las parejas y de su derecho a la intimidad se omite la presentación de sus nombres.

²⁹⁰ Véase MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 87-88.

Derechos Humanos; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10, punto 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como en los artículos 1º, párrafos primero, segundo, tercero y quinto; 4º, párrafo segundo; 8º; 14, párrafo segundo; 40; 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; asimismo en los artículos 1º; 2º, párrafos primero y tercero; 4º, párrafo segundo; 9º; 11; 12, párrafos undécimo, decimoquinto y vigésimo sexto; 26; 105, párrafo segundo; 125 bis y 59, fracciones L, LV y LXVIII de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; artículos 1º; 2º, párrafo tercero; 17; 18; 35; 43; 53; 136, fracción XI; 151 y 156 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca; en los considerandos expuestos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010; en la jurisprudencia titulada “JURISPRUDENCIA, TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SOB OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”; comparecemos ante usted para exponer:

- I. Que es nuestra voluntad contraer matrimonio civil como el único medio con que actualmente en el Estado de Oaxaca podemos obtener la protección jurídica por parte del Estado para la familia homoparental que conformamos; buscando de esa manera actualizar los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y a la protección de la organización y desarrollo de nuestra familia que nos conceden la Constitución Federal y los diversos Tratados Internacionales firmados y ratificados por México.
- II. Que el régimen mediante el cual deseamos contraer matrimonio es el de separación de bienes.
- III. Que no tenemos impedimento legal alguno para contraer matrimonio de los establecidos por el artículo 156 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca.

Las tres solicitudes fueron negadas²⁹¹ con fundamento en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que señala 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 la vida...".

²⁹¹ Ver anexo.

Aunque las tres respuestas fueron en el mismo sentido, cada Oficialía utilizó argumentos distintos para justificar su acto de autoridad. El Oficial de la Villa de Etlá citó el referido artículo del Código Civil y sostuvo:

En virtud de los preceptos legales antes mencionados, la Oficialía del Registro Civil de la Villa de Etlá, declara IMPROCEDENTE la solicitud de matrimonio presentada por los interesados, por contravenir notoriamente los fines del matrimonio, dentro del marco normativo de nuestro Estado.²⁹²

En el caso de la solicitud presentada en la capital del Estado, la Primera Oficial del Registro Civil del Centro, expuso:

... atento al principio de legalidad conforme a la cuál ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos y autorizados por la ley [sic] contenido en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y con apoyo en el artículo 143 del Código Civil para el Estado que establece: El matrimonio es un contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se une para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

La suscrita Oficial del Registro Civil, está en la imposibilidad legal de obsequiar favorablemente su petición porque y en el caso las pretensas son personas del mismo sexo

No obsta para lo anterior el contenido de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre la jurisprudencia que invocan las solicitantes, porque esta autoridad no está facultada expresamente para no aplicar la ley.²⁹³

Finalmente, la Oficial del Registro Civil de Ocotlán de Morelos se limitó a argumentar que: "[n]o es posible atender su petición de Solicitud de Matrimonio, ello en virtud de que nuestra legislación no contempla la unión de matrimonio entre personas del mismo sexo, así lo menciona el Código Civil del Estado de Oaxaca en su [artículo 143, y lo cita]"²⁹⁴.

Con este ejercicio concluyó exitosamente el primer paso de la estrategia encaminada a promover los juicios de amparo. Los oficios del Registro Civil fueron los actos de autoridad que se requerían para elaborar las respectivas demandas de amparo reclamando la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

²⁹² Registro Civil del Estado de Oaxaca, Oficialía de la Villa de Etlá, Oficio 183/2011 de 9 de agosto de 2011.

²⁹³ Registro Civil del Estado de Oaxaca, Primera Oficialía del Centro, Oficio 785/2011 de 10 de agosto de 2011.

²⁹⁴ Registro Civil del Estado de Oaxaca, Oficialía de Ocotlán de Morelos, Oficio sin número de 19 de diciembre de 2011.

2.3. La demanda de amparo²⁹⁵

La hipótesis de esta investigación se planteó sosteniendo que la definición jurídica de matrimonio que, expresa o tácitamente, lo considera únicamente como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional.

Para hacer esta propuesta se tomó en cuenta todo el desarrollo teórico expuesto en el capítulo primero así como en el primer apartado de este segundo capítulo.

Una vez que se ubicaron los casos concretos que permitirían exponer la contradicción normativa en el seno del debate constitucional a través de un proceso jurisdiccional fue necesario plantear el problema en forma de una demanda de amparo. El objetivo fue cuestionar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca ya que dicho numeral fue el fundamento para negar las solicitudes de matrimonio.

2.3.1. Aspectos procesales.

Debido a que el acto reclamado consistió principalmente en la inconstitucionalidad de una ley (artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca), además del Registro Civil como autoridad ejecutora, se involucraron a las instituciones encargadas de crear la norma impugnada a efecto de que pudieran defender su constitucionalidad.

De acuerdo al artículo 11 de la Ley de Amparo abrogada "[e]s autoridad responsable, la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la Ley o el acto reclamado". Bajo estas consideraciones se llamaron a juicio a las siguientes autoridades:

Autoridad responsable	Acto reclamado
Congreso del Estado de Oaxaca.	La omisión del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca en materia de protección a las familias homoparentales.
Gobernador Constitucional del Estado de Oaxaca.	La promulgación del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca
Del Director del Periódico Oficial del Estado.	La publicación del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

²⁹⁵ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 88-89.

Secretaria General de Gobierno del Estado de Oaxaca	La orden dada a la Oficialía del Registro Civil de emitir, en los términos en que lo hizo, el Oficio mediante el cual se niega la solicitud de matrimonio.
Directora del Registro Civil del Estado de Oaxaca	
Jefa de la Unidad de Oficialías del Registro Civil del Estado de Oaxaca	
La Oficialía del Registro Civil correspondiente.	El Oficio mediante el cual se niega la solicitud de matrimonio.

Las demandas se presentaron en el orden en que se recibieron las respuestas de las autoridades.

Solicitud	Presentación de la demanda
S1	30/08/2011
S2	9/9/2011
S3	6/1/2012

Una vez que fueron turnadas y admitidas por los Jueces de Distrito, se le asignó un número de expediente:

Solicitud	Juzgado a que se turnó	Admisión	Expediente
S1	Juzgado Cuarto de Distrito	9/9/2011	1072/2011 ²⁹⁶
S2	Juzgado Segundo de Distrito	6/10/2011	1143/2011 ²⁹⁷
S3	Juzgado Primero de Distrito	10/01/2012	24/2012 ²⁹⁸

En mayo de 2012 se inició un cuarto juicio con una variación en los argumentos de procedencia. Por cuestiones metodológicas en este momento es suficiente sólo con anunciarlo. El apartado 3.2. está dedicado exclusivamente a su análisis.

La tramitación de los tres primeros juicios obligó a las autoridades a tomar una postura oficial y pública sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por un lado, al darse a conocer la noticia los medios de comunicación se acercaron a

²⁹⁶ Amparo indirecto 1072/2011, Poder Judicial de la Federación, Decimotercer circuito, Juzgado Cuarto de Distrito, mesa IV-A.

²⁹⁷ Amparo indirecto 1143/2011, Poder Judicial de la Federación, Decimotercer circuito, Juzgado Segundo de Distrito, mesa III-A.

²⁹⁸ Amparo indirecto 24/2012, Poder Judicial de la Federación, Decimotercer circuito, Juzgado Primero de Distrito, mesa II-A.

los funcionarios para conocer su opinión; por el otro, el Juez de Distrito pidió el informe justificado a las autoridades demandadas. En ambos casos se rompió el silencio que había prevalecido en Oaxaca sobre este tema.

Antes de iniciar el desarrollo de los conceptos de violación expresados en las demandas deben hacerse diversas anotaciones en relación a las normas que rigieron el proceso de estos juicios de amparo, en especial sobre la vigencia de las reformas constitucionales de junio de 2011.

La reforma en materia de amparo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011 modificó aspectos sustanciales sobre la procedencia y alcances de este juicio²⁹⁹. De acuerdo al artículo primero transitorio³⁰⁰ el decreto entraría en vigor a los 120 días de su publicación, es decir, el 4 de octubre de ese mismo año.

Derivado de estas circunstancias, por indicación del transitorio tercero³⁰¹, las demandas en estudio presentadas antes de esa fecha, en este caso las de 30 de agosto y 9 de septiembre, se resolverían con base en el texto anterior. El juicio iniciado en enero de 2012 se resolvería de acuerdo con el texto modificado.

Por otra parte, la reforma relativa a la reconfiguración del paradigma en materia de derechos humanos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011³⁰², de acuerdo a su artículo primero transitorio su vigencia iniciaría

²⁹⁹ DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011. Artículo Único.- Se reforma el artículo 94, para modificar el párrafo ubicado actualmente en octavo lugar; se incorpora un nuevo párrafo para quedar en séptimo lugar y se incorpora otro nuevo párrafo para quedar en noveno lugar. Se reforma el artículo 103. Se reforma el artículo 104. Se reforma el artículo 107 de la siguiente manera: el párrafo inicial; las fracciones I y II; el inciso a) de la fracción III; las fracciones IV, V, VI y VII; el inciso a) de la fracción VIII; las fracciones IX, X, XI, XIII, XVI y XVII y se deroga la fracción XIV, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue... [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf], visible a página 211.

³⁰⁰ Primero. El presente Decreto entrará en vigor a los 120 días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

³⁰¹ Tercero. Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo por lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobrestamiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como el cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo.

³⁰² DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 ARTÍCULO ÚNICO.- Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la

al día siguiente de su publicación. Con esta indicación las tres demandas de amparo promovidas por las parejas se resolvieron de acuerdo con estas modificaciones.

Finalmente, debe recordarse que la Ley de Amparo abrogada mantuvo su vigencia hasta abril de 2013, por lo que su texto resultó anacrónico a partir del inicio de la vigencia de las reformas constitucionales de 2011.

2.3.2. Conceptos de violación

En el escrito de demanda se expuso que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca viola la Constitución Federal en un doble aspecto: 1) Representa un incumplimiento del mandato de protección a la familia, y 2) Es una norma discriminatoria.

El problema no se planteó en términos de la violación del derecho a contraer matrimonio reconocido en diversos tratados internacionales; se dijo que el matrimonio es una garantía para el ejercicio del derecho a la protección de la familia establecido en el artículo 4 constitucional.

De esta manera, un marco normativo que define al matrimonio en términos heterosexuales, por un lado priva a las familias homoparentales del acceso a un mecanismo de garantía de un derecho y por el otro restringe un derecho con base en la orientación sexual de las personas.

Visto en retrospectiva este argumento puede parecer un rodeo innecesario para llegar a una misma conclusión: el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio. Sin embargo; este camino, aunque más largo, en su momento se vislumbró como la propuesta más sólida ya que la principal herramienta con que se contaba en ese momento era la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y no hablaba del derecho de las parejas sino de la obligación del Estado³⁰³.

Por otro lado, los avances jurisprudenciales a la fecha de la presentación de la primera demanda no eran receptivos con las exigencias de aplicación directa de un tratado internacional. Por este motivo, la opción más viable fue tomar como punto

fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:... http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf, visible a página 212.

³⁰³ MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., p. 86.

de partida la argumentación de la propia Corte para evitar mayores resistencias en los operadores jurídicos.

En términos argumentativos era más sencillo partir de lo que la propia Corte había dicho: la obligación estatal de proteger a todo tipo de familia, incluyendo la homoparental, que construir un argumento para invocar la aplicación directa de un tratado internacional.

Aclarado este aspecto es oportuno proceder al desarrollo de los argumentos planteados en la demanda de amparo.

2.3.2.1. Incumplimiento de un mandato

El estudio del incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia incluyendo la homoparental debe abordarse en dos etapas, una relacionada con la comprobación de la hipótesis general de este trabajo y otra relacionada con el caso concreto de la legislación que se impugna en el juicio de amparo.

En otras palabras, antes de evaluar la constitucionalidad de artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca debe estudiarse de forma general las obligaciones del Estado en relación a la protección de las familias y a partir de ese panorama proyectar esas consecuencias sobre un sistema jurídico local concreto.

Para el desarrollo de este apartado se tomarán como referencia dos normas, una constitucional y la otra referida al Código Civil de Oaxaca:

Constitución Federal	Código Civil del Estado de Oaxaca
<p><i>Artículo 4o.</i> El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.</p> <p>...</p>	<p><i>Artículo 143.-</i> 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.</p> <p>...</p>

Siguiendo esta lógica, el desarrollo de la argumentación se presenta por etapas. Primero debe determinarse la existencia de un mandato de protección a la familia homoparental y si éste es expreso o implícito; en seguida es necesario evaluar el tipo de norma constitucional que incluye ese mandato así como su obligatoriedad, es decir, si es una facultad de ejercicio obligatorio o potestativo.

A continuación, se debe identificar el destinatario o sujeto obligado por el mandato constitucional y finalmente evaluar su cumplimiento y en su caso determinar si se está frente a un omisión absoluta o relativa. En los siguientes párrafos se desarrolla cada uno de estos elementos.

La existencia y contenido del mandato. La segunda parte del primer párrafo del artículo 4o de la Constitución Federal señala que la ley "garantizará el desarrollo y organización de la familia", en el apartado 1.1.2.3. se desarrolló la interpretación que la Suprema Corte realizó respecto de este numeral al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

En lo sustancial, la Corte determinó que el mandato de protección al desarrollo y organización de la familia no es exclusivo del modelo nuclear tradicional sino que se extiende a otros tipos de familia como es la homoparental.

En estas condiciones se concluye que sí existe en el sistema jurídico mexicano un mandato de protección a la familia que incluye al modelo homoparental.

Por otro lado, en cuanto al tipo de mandato, de acuerdo a lo desarrollado en el apartado 1.2.1.3.2., se trata de un mandato implícito ya que al señalar que la ley garantizará el desarrollo y organización de la familia hay una instrucción dirigida al órgano legislativo.

Ahora bien, también se enfatiza que el mandato es el de *proteger, a través de la ley, al desarrollo y organización de la familia*, incluida la homoparental en términos de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010. Este aspecto es relevante porque la Constitución a través de su artículo 4 *no se refiere a la obligación de estipular la figura del matrimonio ni entre heterosexuales ni entre personas del mismo sexo; es más, ni siquiera considera que la protección que ordena para la familia deba darse a través del matrimonio. Tampoco habla, como se expuso en el primer capítulo, de un derecho a contraer matrimonio.*

Estas afirmaciones no deben perderse de vista porque en los debates sociales, políticos, religiosos e incluso jurídicos. Quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo suelen caer en el error de suponer que la postura a favor parte de la hipótesis de que la Constitución ordena el reconocimiento del *matrimonio* entre personas del mismo sexo.

Además de esta falsa suposición, los detractores afirman que tal mandato no se encuentra en ninguna parte de la Constitución haciendo residir en ello el fundamento jurídico para señalar que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene justificación constitucional.

De acuerdo con esto se insiste en que el mandato constitucional es el de legislar para que las familias se encuentren protegidas jurídicamente.

El tema de si las familias homoparentales deben ser protegidas a través del matrimonio o si es necesario crear otra figura no entra en la discusión de si existe obligación o no de brindarles protección. Esa discusión se da a la luz de los parámetros del derecho a la no discriminación que es el objeto de estudio del siguiente subcapítulo.

En otras palabras, el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo debe dividirse por lo menos en dos momentos. El primero se refiere a si las familias homoparentales están o no protegidas constitucionalmente; la acción de inconstitucionalidad 2/2010 lo dejó claro. El segundo consiste en determinar si dicha protección debe darse a través del matrimonio o no.

Así, con lo expuesto hasta este momento se concluye que el Poder Legislativo tiene obligación de incluir a las familias homoparentales en el marco jurídico que desarrolle para la protección de la familia en términos del artículo 4 constitucional.

Bajo estas consideraciones, los artículos 1, 4, 73 y 124 constitucionales imponen una obligación a la legislatura de cada entidad federativa: la de emitir leyes para proteger a todo tipo de familia, incluyendo la homoparental. Para el cumplimiento de esta obligación en el marco de todo estado constitucional de derecho se parte de la premisa de que la actuación del órgano legislativo debe ser siempre con apego al marco de derechos humanos. El deber constitucional puede cumplirse desde distintos vértices, con base en el ejercicio de su libertad de configuración normativa pero vinculado siempre a los principios del Pacto Federal³⁰⁴.

Tipo de norma constitucional. De acuerdo a lo expresado en el apartado 1.2.1.2., el contenido del primer párrafo del artículo 4 constitucional que señala que la ley "garantizará el desarrollo y organización de la familia" tiene un contenido de carácter programático ya que no es posible que por sí mismo, sin la intervención de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial tenga un efecto práctico sino que requiere necesariamente un desarrollo para dotarle de contenido concreto.

³⁰⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Tipo de facultad. Para determinar si el mandato de protección a las familias contenido en el artículo 4 constitucional es una facultad de ejercicio obligatorio, en términos de lo expuesto en el capítulo 1.2.1.3., es necesario analizar su contenido: "[la Ley] garantizará el desarrollo y organización de la Familia". La Constitución Federal incluye otros ejemplos de estos mandatos:

Artículo 2o. ...

A. ...

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Artículo 4o. ...

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

Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

De lo anterior se concluye que el mandato de protección a las familias contenido en el artículo 4 constitucional es una facultad de ejercicio obligatorio ya que su cumplimiento no es opcional. Incluso un análisis gramatical de la redacción normativa arroja indefectiblemente la existencia de un mandato dirigido al Poder Legislativo.

Esta conclusión es fundamental ya que de su aceptación o rechazo depende que se considere actualizada o no una *inconstitucionalidad por omisión legislativa*.

Esta investigación parte de la afirmación absoluta de que cuando la Constitución señala que "[la Ley] garantizará el desarrollo y organización de la familia" está emitiendo una orden al Poder Legislativo. Cuando se dice que esto se afirma de manera absoluta implica sostener que no hay forma alguna en que este argumento pueda considerarse falsa.

Sujeto obligado al cumplimiento del mandato. Tomando en cuenta estas consideraciones se concluye que el mandato contenido en el artículo 4 de la Constitución Federal

que ordena la protección jurídica a todas las familias, incluyendo la homoparental, tiene fuerza normativa y en consecuencia es obligatorio para los poderes públicos.

Ahora bien, México se integra como una república representativa, democrática, laica y federal integrada por Estados que si bien son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, se encuentran vinculados siempre por los principios de la ley fundamental³⁰⁵.

En este contexto es necesario identificar la división de competencias en el ámbito legislativo en materia familiar de acuerdo al texto constitucional. Es importante determinar si el mandato de legislar va referido al ámbito Federal o al local.

Al respecto, el artículo 124 constitucional establece que las facultades que no estén expresamente concedidas a los funcionarios federales por la Constitución Federal se entienden reservadas a los Estados³⁰⁶. En concordancia con esta regla, el artículo 73 enumera las facultades del Congreso de la Unión. En el listado no aparece la regulación civil ni familiar, por lo que dichos temas entran en la esfera de competencia de las entidades locales.

Con fundamento en ambas disposiciones las legislaturas locales emiten las leyes que regulan la materia familiar, incluyendo lo relativo al matrimonio.

De lo anterior se sigue que el mandato contenido en el artículo 4 de la Constitución Federal va dirigido a la legislatura de cada entidad federativa. Son esos órganos los encargados de emitir las leyes encaminadas a proteger el desarrollo y organización de la familia.

Esta tarea, como lo señaló la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, pueden realizarla en ejercicio de su libertad de configuración normativa pero siempre sujetos a los principios del Pacto Federal.

Análisis concreto de la legislación del Estado de Oaxaca. De acuerdo con lo desarrollado en el apartado 1.1.2.3., el mandato de protección a la familia se expresa como la obligación del legislador ordinario de crear las leyes que permitan cumplir el deber impuesto por el texto fundamental.

En el caso del Estado de Oaxaca el mandato se dirige al órgano legislativo local cuyo marco de protección a la familia se desarrolla a partir de la figura del

³⁰⁵ Ídem.

³⁰⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

matrimonio definiéndolo como "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".

Al analizar la conducta de la legislatura del Estado de Oaxaca, expresada en el artículo 143 del Código Civil, se observa que para una situación de hecho idéntica como lo es la posibilidad tanto de una pareja homosexual como de una heterosexual de formar una familia, creó una figura a la cuál únicamente pueden acceder las parejas heterosexuales dejando fuera del campo normativo a las parejas homosexuales.

Esta situación se define en este trabajo, de acuerdo con lo desarrollado en el apartado 1.2.2.1.2., como una omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio: la constitución mandata la protección de todos los tipos de familia a través de la ley, incluyendo la homoparental. Esto no se cumple totalmente.

En este sentido, el Estado de Oaxaca incumple el mandato constitucional de protección a la familia por no establecer ninguna figura que tutele a las familias homoparentales ya que por definición ninguna de estas familias podría cumplir el requisito de ser la "unión de un hombre y una mujer".

De esta manera la redacción de la norma genera una doble frustración del proyecto constitucional: En sí misma es una desobediencia a la norma fundamental pero también crea afectaciones concretas ya que el incumplimiento deja a las familias homoparentales fuera del radio de protección estatal ante la imposibilidad de acceder a las figuras creadas por el Estado para ese fin.

En otras palabras, el impedir a las parejas del mismo sexo el acceso a la figura del matrimonio sin contemplar otra distinta para estos últimos revela una omisión legislativa en los términos expuestos.

Esta omisión o incumplimiento del mandato constitucional se proyecta en perjuicio de las familias homoparentales, incluyendo a las parejas solicitantes del amparo. Además, la situación de desventaja se reproduce día a día hasta en tanto no se adecue el sistema normativo local.

Con base en esta situación las partes quejasas en los amparos acreditan por un lado su pretensión en contra de los Poderes Legislativo y Ejecutivo locales; sobre todo si se considera que en un estado democrático las omisiones de ninguna autoridad pueden legitimar el menoscabo de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas. Tampoco pueden alegarse válidamente posiciones ideológicas, políticas ni mucho menos religiosas para impedir su ejercicio.

En estos términos el amparo es procedente con fundamento en la fracción I del artículo 103 constitucional que contempla la posibilidad de impugnar normas generales.

En este entendido, mientras no se reforme el Código Civil del Estado para cumplir con el mandato constitucional de brindar protección a las familias homoparentales, el juicio de amparo está llamado a dar cuenta de estas violaciones a derechos humanos declarando la omisión legislativa y la inconstitucionalidad de la norma impugnada ordenando al Registro Civil la celebración de los matrimonios.³⁰⁷

Ahora bien, debe quedar claro que la libertad de configuración normativa se ve limitada por diversas circunstancias, entre ellas el aspecto valorativo que una figura como el matrimonio ha adquirido a través del tiempo. En un momento primigenio pudieron haberse creado dos figuras distintas a las que se les asignara la misma legitimidad de reconocimiento estatal; sin embargo, esa misma decisión en momentos tan avanzados de la historia de las instituciones familiares se configura como una estrategia para mantener una diferenciación entre relaciones heterosexuales y homosexuales en la que las primeras cuentan con un mejor estatus³⁰⁸.

En consecuencia, ahora sólo queda vigilar que las instituciones creadas, que han adquirido legitimidad a lo largo del tiempo, sean incluyentes de acuerdo al marco constitucional.

Se reconoce la libertad de configuración normativa del legislador, pero dado que la norma es de 1943 debe sujetarse a un escrutinio a la luz del derecho a la no discriminación tomando en cuenta el contexto cultural en el que la figura del matrimonio se ha desarrollado hasta la fecha.

³⁰⁷ En ese sentido debe recordarse que al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Corte explico que la protección jurídica que las Sociedades de Convivencia, creadas en la Ciudad de México en 2006, no otorgan a las familias homoparentales el mismo estatus de protección que el matrimonio. Esto significa que la condición de igualdad no se satisface con la creación de una figura distinta que otorgue un reconocimiento inferior. Véase Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. Cit., p.90.

³⁰⁸ "... la Constitución construye el espacio de la *inclusión* política y social. Esta es precisamente su tarea constitucional, por decirlo así; y al llevarla a cabo establece, al contrario, el límite más allá del cual está la *exclusión*. También se puede decir así: la Constitución establece la línea divisoria entre la legitimidad y la ilegitimidad. Esta es su tarea esencial, muy diferente a la que realiza la ley, que consiste en establecer el límite entre la legalidad y la ilegalidad..." en ZAGREBELSKY, Op. Cit., p. 116.

2.3.2.2. Un acto de discriminación

La segunda parte de la hipótesis específica de este trabajo señala que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional porque esa redacción, al ser excluyente, viola el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 1 de la Constitución Federal.

Para validar esta hipótesis se debe demostrar, por un lado, que el artículo 1 de la Constitución Federal prohíbe la discriminación y por el otro que el numeral 143 discrimina con base en la orientación sexual de las personas. Para la primera de estas tareas se hizo referencia al desarrollo expuesto en el apartado 1.3 en torno al derecho a la no discriminación.

Ahora bien, como se expuso en el capítulo primero, la Corte sostuvo la existencia de una condición de igualdad jurídica entre las familias hetero y homoparentales, de ahí que cualquier distinción debe estar justificada de forma objetiva y razonable.

El siguiente paso fue demostrar que el artículo 143 implica un acto de discriminación con base en la orientación sexual de las personas y por ende es inconstitucional. Para esto se expuso el concepto de discriminación al que se hizo alusión en el mismo apartado 1.3.

A partir de ello el punto de partida es que *la discriminación por preferencia sexual es toda distinción, exclusión o restricción basada en las preferencias sexuales que tenga por efecto impedir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.*

Los elementos normativos que integran esta vertiente de la discriminación son:

- d) Es una distinción, exclusión o restricción.
- e) La distinción, exclusión o restricción se basa en la preferencia sexual de las personas.
- f) Los efectos son: impedir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos, o impedir la igualdad real de oportunidades de las personas.

De acuerdo con la definición invocada, para demostrar que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca es un acto de discriminación es necesario demostrar cada uno de estos elementos.

Para sustentar que la definición de matrimonio del Código Civil contiene una distinción, una exclusión o una restricción es necesario acudir al significado gramatical de dichos términos.

En el Diccionario de la Real Academia Española el verbo *distinguir* evoca el "hacer particular estimación de unas personas prefiriéndolas a otras"³⁰⁹, de tal manera que cuando el artículo 143 hace referencia a un contrato *celebrado entre un solo hombre y una sola mujer* hace una distinción implícita entre una relación heterosexuales y una homosexual³¹⁰.

Por lo que hace al término *excluir* el mismo Diccionario atribuye a dicho verbo el significado de "descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo"³¹¹, en ese sentido el artículo 143 deja fuera de la hipótesis normativa a las parejas homosexuales que por definición no pueden ser integradas por un hombre y una mujer. Esto significa negar la posibilidad de que las parejas homosexuales accedan a la figura del matrimonio.

Finalmente, sobre el verbo *restringir* el Diccionario sostiene que dicha acción implica "ceñir, circunscribir, reducir a menores límites"³¹², consecuentemente el artículo 143 *reduce* la posibilidad de acceso al matrimonio únicamente para las parejas formadas por un hombre y una mujer, negando implícitamente que dos hombres o dos mujeres puedan casarse.

A partir de este análisis se concluye que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca contiene una distinción, exclusión y restricción, con lo cual queda demostrado el primero de los elementos normativos que integra el concepto de discriminación por orientación sexual.

Para estudiar el siguiente elemento (que la distinción, exclusión o restricción se basa en la preferencia sexual de las personas) es preciso partir de tres premisas:

- Sólo las parejas heterosexuales libremente integradas pueden estar formadas por un hombre y una mujer.

³⁰⁹ Real Academia Española de la Lengua, Op. cit., "Distinguir", en [<http://dle.rae.es/?id=DyjFUNR>]

³¹⁰ En un acto de honestidad académica debe reconocerse que el planteamiento de la demanda se hizo sosteniendo "... que dadas dos únicas variables posibles X (hombre) y Y (mujer), las posibilidades de relaciones erótico afectivas no es única, puede existir la relación YY (mujer-mujer), XX (hombre-hombre) y XY (hombre-mujer); de esta manera la aclaración de que es la pareja entre 'un solo hombre y una sola mujer' tiene como premisa necesariamente el reconocimiento de que existen distintas formas de relación erótico afectiva, de lo contrario el precepto se limitaría a decir que el matrimonio es celebrado entre una pareja de personas. Distingue así este precepto entre una posibilidad se relación (XY) y las otras (XX, YY). Derivado de esto es posible concluir que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca contiene una distinción". A lo largo del desarrollo de la investigación se descubrió que esta postura resulta limitativa y ha sido abandonada por el autor.

A lo largo de la investigación el panorama respecto de esta premisa cambió radicalmente, sobre ello se dará cuenta en las conclusiones.

³¹¹ Real Academia Española de la Lengua, Op. cit., "Excluir", en [<http://dle.rae.es/?id=HCmvu7c>]

³¹² Real Academia Española de la Lengua, Op. cit., "Restringir", en <http://dle.rae.es/?id=WEmQsSB>

- El único criterio para que una persona decida libremente formar, exclusiva o indistintamente, una pareja con una persona de sexo igual o distinto es la orientación sexual.
- Por definición una pareja homosexual no puede estar formada por personas de sexo distinto.

De lo anterior se concluye que *la orientación sexual es el único factor que define el hecho de que una persona decida libremente formar una pareja con alguien de su mismo o de diferente sexo*. En consecuencia, esta categoría libremente expresada es el factor que permite definir a una pareja como homosexual o heterosexual³¹³.

En este entendido, si el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca establece que el matrimonio es un “*contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer*” y por definición sólo las parejas heterosexuales cumplen este requisito, las parejas homosexuales al ser conformadas por dos hombres o dos mujeres se encuentran ante una exigencia insalvable. La única forma de cumplirlo es renunciando a su propia identidad sexual.

De acuerdo con la Corte, el aspecto material que define la integración de una familia son los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromiso mutuos deseando tener una vida en común³¹⁴. La orientación sexual de las personas no es un elemento que influya en estos aspectos.

Desde esta perspectiva queda en evidencia que la definición del matrimonio contenido en el artículo 143 no parte de los aspectos materiales aludidos, sino que se construye a partir de la orientación sexual de las personas.

Finalmente es necesario demostrar que la distinción, excusión y restricción basada en la orientación sexual tiene como efecto impedir el reconocimiento o ejercicio de derechos.

Para cumplir este objetivo se parte de dos elementos: la existencia de un derecho y que en relación a ese derecho se impide su reconocimiento o su ejercicio como efecto de la distinción, exclusión o restricción.

Tomando como base la premisa de que el matrimonio es una garantía para protección de la familia de acuerdo a lo expuesto en el capítulo 1.1, el primer ejercicio implica demostrar la existencia del derecho de las familias homoparentales a recibir protección jurídica por parte del Estado. Dado que este tema se ha

³¹³ La pareja en abstracto, una pareja de dos hombres es una pareja homosexual aunque uno de ellos o ambos de identifiquen como bisexuales.

³¹⁴ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010; Op. Cit. p. 95.

desarrollado ampliamente en el citado apartado, sólo se retoman tres aspectos básicos:

- 1) La afirmación de que " las uniones entre personas heterosexuales no son las únicas capaces de formar una 'familia'"³¹⁵,
- 2) El derecho a la identidad tanto personal como sexual que incluye la posibilidad de decidir si se desea o no tener un proyecto de vida en común con otra persona, ya sea del mismo o de diferente sexo³¹⁶, y
- 3) El mandato de que la protección a la familia entendida como realidad social se extiende a las diversas formas en que se puede integrar sin que pueda pretenderse dirigida exclusivamente a un modelo ideal³¹⁷.

Al haber un reconocimiento expreso de la Corte en el sentido de que las parejas homosexuales pueden constituir una familia, el Estado tiene la obligación de brindarles protección en términos del artículo 4o constitucional.

En estas condiciones, si el matrimonio es el mecanismo de protección creado por el Estado, las parejas homosexuales que constituyan una familia deben contar con esa protección jurídica. Una definición restrictiva como la del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca impide que este derecho se concrete a favor de las familias homoparentales³¹⁸ y en consecuencia es un obstáculo para el acceso en condiciones de igualdad real a los beneficios derivados del matrimonio³¹⁹.

Con lo expuesto hasta aquí queda demostrada la segunda de las violaciones a la Constitución alegadas en la demanda de amparo: el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca es una norma que discrimina con base en la orientación sexual de las personas.

2.3.2.3. El marco internacional

El apartado final de la demanda se dedicó a señalar el marco internacional que de forma paralela a lo expuesto se refería a la obligación de los Estados de brindar protección a la familia:

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 105.

³¹⁶ *Ibíd.*, pp. 100-102.

³¹⁷ *Ibíd.*, pp. 86-90.

³¹⁸ El concubinato no es una figura que garantice la protección jurídica a las familias homoparentales ya que su definición se encuentra supeditada o en los mismos términos que la de matrimonio.

³¹⁹ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010; *Op. Cit.*, p. 100.

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 16, punto 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 17: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 23: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* artículo 10, punto 1: “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”

Si las parejas del mismo sexo pueden constituir una familia homoparental³²⁰ como en el caso de las parejas solicitantes y tanto el marco nacional como los diversos tratados internacionales citados contemplan el mandato de protección a la familia, el cumplimiento de esta obligación representa al mismo tiempo una violación a todos u cada uno de los instrumentos invocados.

2.3.2.4. Puntos petitorios

Con base en la argumentación desarrollada en los conceptos de violación, las peticiones a los jueces federales fueron:

- a. La declaración de *inconstitucionalidad* del artículo 143 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- b. La declaración de que los oficios emitidos por la Oficialías del Registro Civil violan los derechos humanos y garantías de la parte quejosa.
- c. La declaración de procedencia de las solicitudes de matrimonio como la única forma de que las partes quejas sean restituidas de la violación de sus derechos fundamentales y sus garantías.

³²⁰ Ver apartado 1.1.2.3., específicamente el análisis de los párrafos 270 a 275 de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Tomando en cuenta lo expuesto en este capítulo se concluye que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca es un acto de discriminación en términos de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación vigente al momento de presentar las demandas de amparo. Al mismo tiempo, los argumentos descritos dejan al descubierto la omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del legislador local en relación al mandato constitucional de protección familiar.

En el siguiente capítulo se aborda el curso que tomaron estos litigios hasta obtenerse una sentencia firme.

CAPÍTULO 3

Tribunales en acción

Los capítulos uno y dos se dedicaron al estudio y planteamiento de un problema constitucional. Las conclusiones a que se llegó podrían ser la conclusión de la investigación; sin embargo, un impulso venido desde la experiencia de la discriminación y la homofobia hicieron posible que el descubrimiento hecho a través de la lectura de la sentencia de la Corte se llevara al ámbito jurisdiccional.

Este capítulo es la exposición del recorrido que tres parejas y un colectivo de personas hicieron ante los tribunales para buscar las respuestas que hacía falta.

Como lo han sido todas las batallas por la reivindicación del algún derecho, esta tarea no fue sencilla ni rápida. Los juicios que ingenuamente se proyectaron para durar seis meses se convirtieron en una travesía que se prolongó por casi dos años.

Las anécdotas a cerca de estos procesos son muchas, este capítulo se ciñe a exponer lo que sucedió en los tribunales. Lo acontecido al rededor, principalmente el reencuentro con una nueva forma de construir ciudadanía, tendrá que contarse en otros espacios.

Para cumplir con los objetivos de la investigación, este capítulo se divide en cuatro secciones. La primera describe las reacciones iniciales de las autoridades al ser llamadas a juicio como autoridades responsables en el reclamo de la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio. Incluye también las sentencias de primera instancia dictadas por los Jueces de Distrito.

En segundo lugar se expone el desarrollo de una demanda colectiva que buscó demostrar que la afectación de la discriminación no se proyecta únicamente contra las parejas homosexuales a las que se les niega el matrimonio sino que la sola exclusión afecta a todo el colectivo LGBTI independientemente de su edad, estado civil o deseos de contraer matrimonio.

El tercer apartado expone la respuesta de las autoridades ante las primeras sentencias, así como la defensa jurídica del terreno que se había ganado.

Finalmente, la cuarta sección expone la última palabra de la justicia constitucional en estos litigios; un final que, como la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, se convirtió en el inicio de muchas otras batallas.

3.1. La nueva batalla

El primer paso en el litigio fue la presentación y admisión de las tres demandas de amparo iniciales³²¹. En seguida los jueces ordenaron que las autoridades responsables fueran notificadas con una copia de la demanda y se les solicitó un informe justificado. En él debían señalar la existencia o inexistencia de los actos reclamados y en su caso exponer los argumentos que consideraran necesarios para justificar su constitucionalidad³²².

En este apartado se exponen las respuestas de las autoridades. Atendiendo a los objetivos de esta investigación sólo se tomarán en cuenta los informes rendidos por las Oficialías del Registro Civil, el Congreso y el Gobernador del Estado. En un segundo momento se exponen las sentencias emitidas por los Jueces Federales a quienes les correspondió resolver el problema de constitucionalidad planteado a cerca del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

Ambos elementos constituyen el primer movimiento de las autoridades a quienes a través de la tramitación de estos juicios se les obligó a tomar postura en este tema que de otra forma hubieran preferido no abordar.

3.1.1. Posturas institucionales

En la dinámica procesal del juicio de amparo los informes justificados rendidos por las autoridades responsables conforman la defensa de la ley impugnada. Tomando en cuenta que el derecho se expresa a través del lenguaje, dichos documentos son susceptibles de un análisis discursivo. Este apartado se dedica a exponer su contenido.

³²¹ Véase apartado 2.3.1.

³²² *Ley de Amparo*. Artículo 117. La autoridad responsable deberá rendir su informe con justificación por escrito o en medios magnéticos dentro del plazo de quince días, con el cual se dará vista a las partes. El órgano jurisdiccional, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá ampliar el plazo por otros diez días.

...

...

...

En el informe se expondrán las razones y fundamentos que se estimen pertinentes para sostener la improcedencia del juicio y la constitucionalidad o legalidad del acto reclamado y se acompañará, en su caso, copia certificada de las constancias necesarias para apoyarlo.

3.1.1.1. La respuesta del Gobernador

El informe correspondiente al titular del Poder Ejecutivo fue rendido por el Licenciado Víctor Hugo Alejo Torres en su calidad de Consejero Jurídico del Gobierno del Estado.

En los tres juicios el informe se respondió en los mismos términos: se aceptó lo relativo a la promulgación y orden de publicación del artículo 143 del Código Civil del Estado. Además, se expuso que de acuerdo a la legislación local³²³ el Gobernador no estaba en posibilidades de actuar de otra manera.

Por otro lado, no se expusieron argumentos relacionados con la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca; es decir, en esta etapa procesal el Poder Ejecutivo no se pronunció sobre los conceptos de violación expuestos por las parejas demandantes.

3.1.1.2. La respuesta del Registro Civil

Cada Oficialía del Registro Civil fue llamada a rendir su informe justificado en su calidad de autoridad ejecutora encargada de la aplicación de la norma impugnada.

El Oficial de la Villa de Etlá³²⁴ aceptó su participación únicamente en la expedición del oficio mediante el cual negó la solicitud de matrimonio por tratarse de una pareja del mismo sexo. En su respuesta a los conceptos de violación se identifican dos tipos de argumentos: uno procesal, referido a elementos relacionados con la procedencia del juicio; el otro, relacionado con el fondo del asunto. Respecto del primero, sostuvo:

... la procedencia de la acción constitucional presupone la existencia de un derecho legítimamente tutelado por el ordenamiento legal objetivo, cuya titularidad en la parte justiciable, entidad moral o física por incidencia en su esfera jurídica, constituye el interés jurídico que entre los intereses que pueden concurrir en un gobernado, para que sea jurídico, y por consiguiente, legalmente protegido, precisa estar reconocido y amparado por la norma legal, de tal manera que en el caso que nos ocupa, el juicio de amparo, es improcedente, toda vez que se actualizan las causales de improcedencia

³²³ *Constitución Política del Estado de Oaxaca*. Artículo 81.- El Gobernador no deberá:

I.- Dejar de promulgar alguna ley o decreto que, habiendo sido devuelto a la Legislatura con observaciones, ésta lo ratificare en los términos del artículo 53 de esta Constitución. Si el Ejecutivo no hiciera la promulgación a los cinco días de que la Legislatura le hubiere devuelto la ley o decreto ratificado, lo hará el Presidente de la Cámara, y la ley o decreto así promulgados surtirán todos sus efectos legales;

...

³²⁴ Autoridad demandada en el amparo indirecto 1072/2011.

previstas en los artículos 4 y 73 fracciones V y VI de la Ley de Amparo, que señala lo siguiente:

Artículo 4o. El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:

... V.- Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

VI.- Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;

De la interpretación armónica de los preceptos señalados con antelación, se desprende que el juicio de amparo es improcedente contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso, y contra leyes que por su sola vigencia no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio.

Dichas leyes reciben el nombre de heteroaplicativas, por tanto el Artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, que establece los requisitos Necesarios para contraer el Contrato de Matrimonio, es, como ya se dijo, heteroaplicativa, ya que por su sola entrada en vigor no causa perjuicio ni modifica alguna situación jurídica existente sino que será hasta que los accionantes realicen la solicitud del Contrato de Matrimonio, como parte de los Requisitos necesarios para contraerlos.

Es evidente que si el acto reclamado no afecta intereses jurídicos de los quejosos, carece de sentido que se tramite el juicio de amparo, pues como es sabido éste tiene como fin principal proteger a los gobernados de cualquier acto de afectación y si no se da, el juicio queda sin materia, puesto que no se puede proteger el derecho que no ha sido afectado; pues es bien sabido, que el interés jurídico es aquel que se encuentra reconocido en la legislación, ya sea común o federal y generalmente es en favor del gobernado; por tal motivo si se pretende impugnar por medio del juicio de amparo un ordenamiento de carácter heteroaplicativo, como lo es el Artículo 143 del Código Civil Vigente en el Estado de Oaxaca, será improcedente, ya que no estaría afectando a la esfera jurídica del quejoso, pues carece del acto de ejecución posterior que es necesario para esto.³²⁵

³²⁵ Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit., Informe justificado rendido el Oficial del Registro Civil de la Villa de Etlá, Oaxaca.

Este argumento no es claro; el oficial argumentó que la acreditación de la afectación a la esfera jurídica de los quejosos está supeditada a un acto de aplicación de la norma impugnada a pesar de existir el oficio del Registro Civil.

En relación a la denuncia de la omisión legislativa y la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil esta autoridad expuso:

En relación al acto reclamado, no es violatorio de garantías, en virtud de que el Oficio 183/2012, que emitió la Oficialía, (es un acto constitucional y legal), toda vez que el mismo se encuentra sustentado en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que textualmente cita:

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley

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

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

Es importante señalar que la figura del matrimonio es un Contrato Civil, y como tal es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. Por tal motivo como cualquier otro tipo de contrato tiene requisitos necesarios para contraerlos, además de que, en nuestra legislación estatal, específicamente, el artículo 143 del Código Civil, establece, que *'el matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.*

Por lo anterior, el suscrito al emitir el acto que hoy se combate, lo hizo, apegándose a lo establecido por el artículo anteriormente citado, y observando el artículo 2, Segundo Párrafo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. que prevé: ‘Artículo 2.- ... El Poder público y sus Representantes sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza y deben hacer, lo que la Ley les ordena. Los particulares pueden hacer lo que la Ley no les prohíbe y deben hacer lo que la Ley les ordena’.

De lo anterior, es fácil entender, que sin en nuestra legislación adjetiva, no existe según precepto que establezca el matrimonio entre personas del mismo sexo, como servidor público, debo ceñirme a lo que nuestra legislación estatal contemple sin que ello implique que sea discriminatorio o violatorio de garantías individuales, como lo argumentan lo quejosos, toda vez que, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos estima como acto discriminatorio el hecho de que la legislación de algún [sic]

Aunado a ello, es importante resaltar que en nuestro país, las entidades federativas son libres y autónomas, en todo lo que concierne a su régimen interior, además de que la propia Constitución Federal establece que las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados, como lo es, la facultad que tienen para legislar en diversas materias.

Al respecto, es aplicable la siguiente Tesis Jurisprudencial:

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL
DISTRITO FEDERAL.

...

Así también es preciso mencionar el criterio utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Acción de Inconstitucionalidad número 2/2010, en el sentido de que, "*los Estados miembros del pacto federal no se encuentran obligados a llevar a cabo actos del estado civil de las personas que no se encuentren regulados o bien, que estando regulados no los prescribe en los mismos términos.*

Tal regla parece sencilla y sin complicaciones. Sin embargo, el problema se presenta cuando la institución civil que se desea validar no existe en el ordenamiento jurídico donde se desea aplicar o bien, es contraria [sic] el régimen jurídico respectivo.

Para resolver la problemática anterior, resulta necesario distinguir entre la validez del acto del estado civil y ejecutar la validez o los efectos de un acto del estado civil, ya que tales conceptos representan situaciones diferentes.

Dar validez a un acto del estado civil implica únicamente el reconocimiento de dicho acto, sin tener mayores implicaciones o consecuencias, mientras que la ejecución de dichos actos o sus efectos conlleva a una práctica procesal extraterritorial, no sólo de la institución civil, sino también de las leyes sustantivas.

Caso en el que resultarían aplicables las disposiciones del Código Civil Federal, en particular sus artículos 12, 13, 14 y 15, que contienen las reglas relativas a la determinación del derecho aplicable."

En virtud de lo anterior, esa autoridad federal, al resolver, debe declarar la improcedencia del juicio que nos ocupa y negar el amparo y protección de la justicia federal a los impetrantes.³²⁶

En este informe se identifican diversas ideas que han sido una constante en la postura opositora al matrimonio de parejas del mismo sexo: 1) la apelación a la continuidad de una tradición histórica, 2) el principio de legalidad como justificación de la obediencia a la ley que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer; y 3) la libertad de configuración normativa a favor de las entidades federativas.

Estos elementos serán abordados al momento de estudiar las sentencias dictadas en cada uno de los juicios.

Por otro lado, en el informe rendido por la Primera Oficial del Registro Civil en el expediente 1143/2011, el acto impugnado se justificó con los siguientes argumentos:

Para atender la solicitud, por medio de mi oficio número 785 fechado el 10 de agosto último di respuesta escrita a las solicitantes en el sentido que "Atento al principio de legalidad, conforme al cual ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos y autorizados por la ley, contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con apoyo en el artículo 143 del Código Civil del Estado que establece: El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida. La suscrita Oficial del Registro Civil, está en la imposibilidad legal de obsequiar favorablemente su petición porque y en el caso las pretensas son personas del mismo sexo. No obsta lo anterior el contenido de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre la Jurisprudencia que invocan las solicitantes, porque esta autoridad no está facultada expresamente para no aplicar la ley. Quedan a disposición los documentos originales que anexaron a su escrito de solicitud."

Tal proveído como lo dispone el artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, les fue hecho saber a las solicitantes, el día dos de septiembre pasado. Oficio que les fue entregado a las quejas firmado de recibido en el acuse, recibieron también los originales de su certificación de acta de nacimiento y constancia de estudios de laboratorio presentados, oficio del que marqué copia a la Dirección del Registro Civil y Jefa de la Unidad de Oficialías.

³²⁶ Ídem.

Dado el sentido negativo en que fue dictado el acuerdo reclamado no han cesado los efectos del mismo.³²⁷

La Oficial del Registro Civil de Ocotlán de Morelos, autoridad demandada en el juicio 24/2012, expuso:

... con fundamento en los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 149 de la Ley de Amparo rindo ante usted mi informe justificado en los siguientes términos:

ES CIERTO EL ACTO RECLAMADO

I. Al respecto debe decirse que efectivamente, las amparistas comparecieron ante la Oficialía a mi cargo, mediante escrito de fecha 06 de diciembre de 2011, en el cual solicitaban la celebración de su matrimonio.

II. Una vez analizada su solicitud, mediante oficio a que hacen alusión en su demanda de amparo, se les notificó con fecha 16 de Diciembre del año 2011, que esta autoridad se encuentra imposibilitada para atender su petición, toda vez que de acuerdo con el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, el matrimonio sólo puede realizarse en términos de los dispuesto por el artículo 143 que establece en su primer párrafo lo siguiente:

Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

III. Tal determinación, se emitió en estricto acatamiento del principio de legalidad previsto en los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2 tercer párrafo primer parte de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca que a le letra dice:

... El poder público y sus representantes sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza, y deben hacer lo que la ley les ordena.

Por lo que en el caso de haber consentido en la celebración de dicho acto, sería en contravención a las disposiciones y normas vigentes que rigen la materia y por lo tanto sería un acto viciado de origen y como consecuencia nulo.

Cabe hacer mención que esta autoridad, al emitir la determinación señalada como acto reclamado por las quejas, no prejuzga ni atenta contra la igualdad ni contra los derechos humanos que aluden en su demanda como garantías conculcadas; sino que su actuar se ciñó a las normas sustantivas que dan legalidad y fundamento a los actos que en materia civil,

³²⁷ Amparo indirecto 1143/2011, Op. cit., Informe justificado rendido la Primera Oficialía del Registro Civil del Centro, Oaxaca.

constitucionalmente se rigen conforme a los ordenamientos propios de cada entidad federativa.³²⁸

Los tres informes tienen como único sustento el principio de legalidad al que están obligadas como autoridades administrativas; sin embargo, en un juicio respecto de la constitucionalidad de una norma dicho principio no es suficiente para permitir la subsistencia de un acto legislativo violatorio de derechos humanos.

3.1.1.3. La respuesta del Congreso

En los tres juicios el Poder Legislativo aceptó su participación en aprobación del artículo 143 del Código Civil del Estado pero negó que la norma fuera discriminatoria. Los argumentos utilizados son los mismos, con una pequeña variación en el juicio 1143/2011.

En el expediente 1072/2011, el Diputado del Partido Revolucionario Institucional, Martín de Jesús Vásques Villanueva, como Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca consideró que el juicio era improcedente. Sostuvo que el problema de constitucionalidad planteado respecto del artículo 143 del Código Civil sólo podía resolverse por la vía legislativa a través de la modificación de la norma.

En este sentido, expresó que el principio de relatividad de las sentencias impide que en un juicio de amparo se resolviera la omisión legislativa planteada en la demanda:

... resulta improcedente el presente juicio [1072/2011]... toda vez que los quejosos pretenden que la justicia de la Unión los ampare y proteja contra la supuesta omisión del Congreso Estatal de legislar en el sentido que solicitan el amparo, y considerando que el amparo sólo tiene efectos personales y no generales respecto a la ley o acto que lo motiva, es inconcuso la improcedencia del juicio, ya que no podría concederse el amparo a los quejosos, en virtud de que ello implicaría obligar al Congreso del Estado a legislar únicamente a favor de los quejosos y las leyes son de carácter abstracto, por lo que en ese sentido, el amparo tendría consecuencias generales cuya finalidad no es. Por lo que en ese sentido, solicito se decrete el sobreseimiento del juicio...³²⁹

³²⁸ Amparo indirecto 24/2012, Op. cit., Informe justificado rendido por la Oficial del Registro Civil el Ocotlán de Morelos.

³²⁹ Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit. Informe justificado rendido por el Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

Para defender la constitucionalidad de la norma, la representación del Congreso apeló al concepto tradicional de matrimonio y su finalidad reproductiva; asimismo invocó la legitimidad democrática que enviste al Poder Legislativo como órgano de representación popular:

... Contrario a la argüido por los enjuiciantes, el reclamado artículo 143, del Código Civil local, en ningún sentido resulta violatorio de los artículos constitucionales invocados, toda vez que de un análisis armónico, sistemático y teleológico a los artículos 1º, 4º, 16, 40, 30, 41, 124, 130 y 133, podemos destacar los siguientes axiomas:

- Los derechos humanos y las garantías consignados pueden ser suspendidos o restringidos en los casos y condiciones que la Ley establezca, (sin que en el caso en particular haya sido así).
- En materia de derechos humanos las normas se interpretan conforme a la Constitución y con los tratados internacionales.
- Que el legislador ordinario federal estimó que el matrimonio es original e históricamente la base de la familia y que el mismo sólo puede ser entre un solo hombre y una sola mujer, (finalidad del legislador o espíritu de la ley) ya que así lo reitera cuando señala que son mexicanos por nacimiento la mujer o el varón que contraiga matrimonio con el varón o mujer mexicanos, es decir el Órgano Constituyente estableció que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer.”
- Que el acto de aprobación del artículo 143 reclamado está fundado y motivado, en virtud de que fue aprobada por la autoridad legalmente competente para ello. [...]
- Que el Estado de Oaxaca es Libre y Soberano en lo que concierne a su régimen interno y por lo tanto, constitucionalmente goza de plena autonomía para legislar todos los actos del estado civil de sus ciudadanos con independencia de que en lo propio legislen los demás estados que integran la Federación.
- Que las leyes que expiden las legislaturas de los estados es una manifestación de la voluntad de su pueblo, pues este ejerce la soberanía que le corresponde en este caso, a través del Poder Legislativo local, acorde con el principio de división de poderes que establece el pacto federal.
- Que la facultad de legislar en materia del estado civil en el Estado de Oaxaca que es una facultad reservada al Poder Legislativo local.
- Que la Constitución es la Ley Suprema de los Estados Unidos Mexicanos y que aun cuando la misma establece que las Leyes en

materia de Derechos Humanos están a su nivel, estas deben armonizar con los principios establecidos en la propia Carta Magna.³³⁰

Como se aprecia, el planteamiento sobre la definición de matrimonio es el mismo que utilizó el Procurador en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y que en su oportunidad la Corte lo declaró infundado. La insistencia del Congreso en estos argumentos evidencia su desconocimiento de los estándares desarrollados por la Suprema Corte.

Por otro lado, al considerar que la sola emisión de la norma de acuerdo al proceso legislativo correspondiente es suficiente para sostener su constitucionalidad dejó al descubierto la confusión entre validez y vigencia³³¹.

También esta autoridad apeló a la libertad de configuración normativa del legislador para sustentar que la definición de matrimonio se encuentra dentro de los límites de su competencia.

Una vez expuestos estos argumentos el informe justificado concluye:

De todo lo anteriormente expuesto se concluye que el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, tiene facultad para legislar los actos del estado civil que se celebran dentro del mismo, y que por lo tanto el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, es constitucional porque observa los principios establecidos en el Pacto Federal y los tratados internacionales, en virtud que no los discrimina para matrimoniarse por razón de sus de sus preferencias sexuales, pues independientemente de dicha preferencia *ambos pueden matrimoniarse, claro está con persona de sexo distinto*; asimismo, aun cuando el Máximo Órgano Judicial del País declaró constitucional el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, esto no obliga a que los demás Estado integrantes de la Federación legislen en el mismo sentido que el Distrito Federal, o mucho peor que aquellos tengan que someterse a la legislación de aquel, lo anterior, acorde a los principios del federalismo y de soberanía interna de los estados, establecidos en la Carta Magna....³³²

El contenido del informe justificado rendido en el expediente 1143/2011 es sustancialmente el mismo, el representante del Congreso únicamente agregó que:

... el amparo en cuestión se promueve a raíz de la adición al artículo 1o Constitucional del texto que establece que todas las personas gozarán de los

³³⁰ Ídem.

³³¹ Véase FERRAJOLI, Luigi, Op. cit., pp. 874 y ss.

³³² Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit. Informe rendido por el Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, sin embargo las quejas no precisan el tratado internacional que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo o que en sentido contrario prohíba normas jurídicas que impidan este tipo de matrimonios, por lo que contrario a los argumentos vertidos por las quejas, el sentido de los tratados Internacionales en cuanto al doce de derechos humanos y la no discriminación por razón de sexo, se traduce en que las personas podrán gozar [sic] al derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, entre otros derechos, con independencia de sus preferencias sexuales, pero ello no significaría que la garantía al goce de esos derechos se extiende a que los Estados miembros instituya el matrimonio entre personas del mismo sexo, máxime que en la época de aprobación de la norma reclamada, no existía tratado alguno en esta materia, sin embargo, citando el Pacto de San José de Costa Rica, encontramos que en su numeral 23, siguiendo el pensamiento de la época, refiere que el matrimonio es la base de la familia y que ésta se instituye entre un solo hombre y una sola mujer, y esto no podría entenderse de otra manera pues el pensamiento matrimonial entre personas del mismo sexo es relativamente nueva a raíz que algunas naciones han legislado a favor de esa modalidad recientemente, al igual que algunas entidades como en el caso del Distrito Federal, situación que sin embargo no se ha establecido en ningún Tratado Internacional firmado por el Estado Mexicano.³³³

Con este párrafo el Congreso del Estado demuestra nuevamente su desconocimiento del marco jurídico pues el artículo 23 de la Convención Americana no hace referencia al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer.

Finalmente, por cuestión de fechas, el informe justificado correspondiente al amparo 24/2012 fue rendido por el Diputado Juan Mendoza Reyes en su calidad de Presidente de la Junta de Coordinación Política del Congreso del Estado. Fue emitido en los mismos términos que el presentado en el juicio de amparo 1072/2011³³⁴.

Es importante hacer notar que ninguna de las autoridades reconoció la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado. Al contrario, existió una oposición unánime del Congreso y Registro Civil para aceptar que, en un marco de derechos humanos, es discriminatorio que el matrimonio se defina únicamente como la unión de un solo hombre y una sola

³³³ Amparo indirecto 1143/2011, Op. cit. Informe rendido por el Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

³³⁴ Amparo indirecto 24/2011, Op. cit., Informe rendido por el Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

mujer. En consecuencia, la ciudadanía se enfrentó al poder público en los tribunales por la defensa de sus derechos.

3.1.2. Las primeras sentencias³³⁵

Con la tramitación de estos juicios la justicia constitucional en México por primera vez fue llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una negativa de matrimonio entre personas del mismo sexo fundada en una ley que define a dicha institución como la unión de un hombre y una mujer excluyendo a las parejas del mismo sexo.

En este ejercicio de *decir el derecho* se enfrentaron dos visiones distintas a cerca de la función del juicio de amparo y los alcances sustantivos de la justicia constitucional. A continuación, se exponen los resultados.

3.1.2.1. Criterios tradicionales

En el juicio 1072/2011 la sentencia fue dictada el 23 de enero de 2012, casi cinco meses después de la presentación de la demanda.

En su resolución el Juez Cuarto de Distrito sostuvo que el juicio de amparo es improcedente para reclamar la inconstitucionalidad del artículo 143 de Código Civil del Estado de Oaxaca en los términos expuestos en la demanda.

La resolución desarrolla cinco puntos para sostener este argumento: a) Estudio preliminar sobre el matrimonio como institución jurídica, b) Alcances del principio de igualdad y no discriminación, c) Contenido del artículo 4o constitucional, d) Estudio del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca y e) Conclusión sobre la procedencia del juicio en el caso concreto.

Estudio preliminar. Antes de pronunciarse sobre la procedencia del juicio, el Juez de Distrito expuso:

... conceptualmente, el matrimonio (del latín *matrimonium*) tiene tres significados: a) como la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; b) como el conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y c) como un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De donde se concluye que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de

³³⁵ Un breve resumen de los avances de la investigación sobre el tema desarrollado en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 89-90.

vida permanente derivado de un acto jurídico solemne; esto es, el matrimonio como un acto jurídico, como una institución y como un estado general de vida.

Sobre el tema de estudio, cabe precisar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, alude al matrimonio de manera expresa, estableciendo en su artículo 30 lo siguiente:

Artículo 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Del artículo transcrito se aprecia que por cuanto al matrimonio, la Constitución solamente alude al matrimonio heterosexual, pues claramente se refiere, primero, al matrimonio de mujer extranjera con varón mexicano; y, segundo, al matrimonio entre varón extranjero y mujer mexicana.³³⁶

En el mismo sentido la resolución alude al contenido del artículo 4 constitucional al sostener que en dicho precepto

... se advierte, básicamente, que el varón y la mujer son iguales ante la ley; así también, se refiere a la protección de la familia, pero sin referirse de manera expresa al matrimonio.

De donde puede inferirse que su objetivo primordial es el de proteger a la familia derivada de una unión entre un hombre y una mujer (sin que ello signifique, necesariamente, que estén casados), con la posibilidad de procrear hijos.³³⁷

³³⁶ Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit., versión pública de la sentencia, pp. 5-6.

³³⁷ *Ibíd.*, p. 7.

De esta manera el Juez elevó a la calidad de sentencia una interpretación del artículo 30 constitucional similar a la sostenida por el Procurador General de la República en la acción de inconstitucionalidad 2/2010. Esto sin tomar en cuenta que en aquella ocasión la Corte declaró infundado ese argumento. En consecuencia, la decisión del Juez fue abiertamente contraria al criterio del Pleno de la Suprema Corte.

Alcances del principio de igualdad y no discriminación. Al analizar el contenido del artículo 1o constitucional el Juez sostuvo:

De conformidad con dicho dispositivo constitucional [artículo 1], cabe precisar que el principio de igualdad ante la ley no implica, necesariamente, que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que tal principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho.

Ello significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías constitucionales, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello, una justificación razonable e igualmente objetiva; por tanto, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte engañosa o injustificada...³³⁸

Por otro lado, tomando en cuenta estas consideraciones, con fundamento en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación abrogada, el Juez concluyó:

... para efectos de esa ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas, y en su artículo 5º, fracción VIII, precisa que no se considerarán conductas discriminatorias, en general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.³³⁹

Esta propuesta sugiere que la distinción que hace el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca es justificada. En opinión del Juez no existe igualdad

³³⁸ Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit., versión pública de la sentencia, p. 8.

³³⁹ *Ibíd.*, p. 13.

de condiciones entre una pareja homosexual y una heterosexual que justifiquen una igualdad de trato en el acceso al matrimonio. De acuerdo con la sentencia, no hay menoscabo en los derechos y libertades de la pareja solicitante.

El mensaje proyectado en la sentencia es: Una pareja homosexual no puede reclamar los mismos derechos cuando su relación no es igual de legítima. Nuevamente el Juez se pronunció en un sentido distinto del precedente de la Suprema Corte dictado en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Contenido del artículo 4o constitucional. Al interpretar el artículo cuarto constitucional el Juez señaló que dicho numeral:

... contiene diversos aspectos, entes los que se encuentran: a) la igualdad ante la ley del hombre y la mujer; b) la protección a la familia, correspondiendo a la ley establecer lo relativo a su organización y desarrollo; y c) el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, en forma libre, responsable e informada; sin que tal protección constitucional aluda ni defina a la institución civil del matrimonio, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario.

En efecto, la Constitución Federal no se refiere o limita a un tipo específico de familia como podría ser la nuclear –conformada por padre, madre e hijos– con base en la cual pudiera afirmarse que aquélla se constituye exclusivamente por el matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que únicamente se proteja a la familia que surge de dicha institución, puesto que en un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse protegida constitucionalmente la familia como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos; o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo familiar.³⁴⁰

Al mismo tiempo que se desarrollan estos argumentos, el Juez retomó lo dicho por la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 en el sentido de que la protección constitucional no se dirige a un modelo único de familia.

De estos argumentos se advierte una incoherencia: la resolución sostiene que, con base en el artículo 30 de la Constitución Federal, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, pero al mismo tiempo se reconoce que el legislador ordinario tiene la facultad de definirlo. Estos argumentos son mutuamente excluyentes.

³⁴⁰ Ídem.

Estudio de constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. La sentencia señala que el artículo 143

... establece el matrimonio como un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, cuyo fin es perpetuar la especie y para proporcionarse ayuda mutua; no contempla lo relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así, la institución del matrimonio en el Estado de Oaxaca, se encuentra regulada en el Título Quinto. Capítulo I, del Código civil, que establece los requisitos necesarios para ello, así como los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

De donde se sigue que, en el caso, no existe una reglamentación jurídica para la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo y, con ello, reconocer el estado civil que del mismo pudiera surgir; pues lo que regula el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, es el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer; comprobándose su estado civil, conforme al artículo 53 del mismo ordenamiento legal, 'con actas y sus certificaciones, inscritas y expedidas... por el Registro Civil.'

...

Lo anterior pone de manifiesto que la ley tildada de inconstitucional es omisa por cuanto al matrimonio entre personas del mismo sexo; puesto que el legislador no previó una normatividad relativa al matrimonio como una unión libre entre dos personas; es decir, no se encuentra prevista una institución que proteja su identidad y características; y tampoco existen instituciones que puedan dotar de seguridad social a las parejas del mismo sexo; luego, corresponde al legislador la definición sobre el tema de la familia por cuanto a la unión de personas (unión heterosexual, unión homosexual, etcétera).

Es así, dado que la única disposición que regula este aspecto como ya se dijo, se encuentran en la normatividad regulada en el Título Quinto. Capítulo I, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que establece los requisitos necesarios para ello, así como los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio; donde se faculta a los funcionarios que establece la ley a celebrar el matrimonio, con las formalidades que la misma exige; lo que significa que el matrimonio se limita exclusivamente al contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer.³⁴¹

En lo sustancial, el Juez reconoce que a pesar de que existe la figura del matrimonio, ésta no es accesible a las parejas del mismo sexo. Califica de *omisa* a la legislación al no contemplar otra figura a la que estas parejas puedan acudir.

³⁴¹ *Ibíd.*, pp. 14-15.

Este argumento contiene una deferencia al legislador al sobreponer su ámbito de libertad de configuración normativa por encima de los derechos humanos. El Juez detectó una violación al marco constitucional y la dejó subsistente por un aspecto procesal, en lugar de adecuar las normas para el cese de la vulneración tal como lo mandata el artículo 1 de la Constitución Federal.

Conclusión. El Juez, tomando en cuenta una jurisprudencia de 1997³⁴², sostuvo la improcedencia del juicio por considerar que "esa omisión legislativa no puede repararse a través del amparo, puesto que en virtud de sus efectos no se puede obligar al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en esta materia, dado que el efecto relativo que conllevan las sentencias de amparo lo impide..."³⁴³.

Al tener por acreditada una causal de improcedencia el Juez resolvió sobreseer el juicio. Esta decisión no tuvo que ver con los conceptos de violación, sino con las limitaciones procesales del amparo frente a la problemática planteada.

La sentencia del juicio 24/2012 fue terminada de engrosar el 30 de abril de 2012. En ella el Juez también sostuvo la improcedencia del juicio al considerar que la inconstitucionalidad del artículo 143 reclamada como una omisión legislativa no es reparable a través del amparo. En este sentido, la resolución expone:

... de la demanda de amparo que dio origen al presente juicio constitucional, se advierte que los conceptos de violación esgrimidos por las impetrantes, son encaminados a poner de manifiesto la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca -que prevé el matrimonio como un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua-; derivado de la circunstancia de que el legislador ordinario ha omitido regular la figura jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, o bien, crear una figura jurídica única cuyo presupuesto fundamental abarque los diversos tipos de familia que se pueden conformar, es decir, se impugna la inconstitucionalidad del precepto legal invocado por omisión del legislador ordinario de redefinir la figura jurídica del matrimonio.³⁴⁴

El juez retomó diversos párrafos de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 relativos a la interpretación del término *familia* contenido en el artículo 4

³⁴² LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Tesis P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, Diciembre de 1997, p. 180.

³⁴³ Amparo indirecto 1072/2011, Op. cit., versión pública de la sentencia, p. 15.

³⁴⁴ Amparo indirecto 24/2012, Op. cit., versión pública de la sentencia, pp. 9-10.

constitucional. Con base en ese precedente también expuso la libertad de configuración normativa del legislador.

A continuación, abordó el estudio del artículo 143 del Código Civil desde la perspectiva de la omisión del legislador:

La disposición que se tilda de inconstitucional se aprobó por decreto de diecinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, por el Congreso del Estado de Oaxaca, como parte integral al aprobar el Código Civil para esta entidad federativa (fojas 138 a 144); misma que fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Este dato pone de relieve que la disposición legal cuestionada, en sus párrafos primero y segundo, no ha sido reformada desde que entró en vigor y, por ello, se aduce su inconstitucionalidad que se hace derivar de la *omisión del legislador local*, es decir, del Congreso del Estado de Oaxaca, de redefinir el concepto de matrimonio como una unión libre entre dos personas.

En tal sentido, cabe destacar que respecto a la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mando constitucional o de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, el doctrinario Carlos Baéz Silva, en la obra intitulada *"EN BUSCA DE LAS NORMAS AUSENTES. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión"*, coordinador Miguel Carbonell, Doctor en Derecho, Investigador y Coordinador del Área de Derecho Constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Editado en México, en el año dos mil siete, por la Universidad en cita, ha sostenido lo siguiente:

"...IV. LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU INCONSTITUCIONALIDAD. (...) Omisión, según el diccionario, significa abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; ya en un sentido punitivo implica una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado.

De esta manera, omitir "no es un mero "no-actuar", sino un "no-actuar-como-se-espera"... Sólo se omite algo en determinada". Sólo se puede omitir una conducta cuya presencia es probable (ya sea empírica o normativamente). Cuando se hace referencia a la omisión del legislador, por tanto, se pretende indicar que éste "no ha actuado como se esperaba", que la conducta probable que se esperaba de él no se ha presentado. (...) --- la mera inactividad legislativa, en tanto no ejercicio de la función de crear la ley, sólo tiene que ser fiscalizada por el pueblo. Así, el no ejercicio de la facultad concedida, al órgano legislativo para dictar normas con el carácter de ley sólo se puede verificar mediante el control político que el pueblo ejerce sobre los individuos que integran tal órgano, por ejemplo, el mecanismo de las elecciones periódicas.

Así, no es que exista un derecho y una correlativa obligación a y (sic) de legislar, sino que la autorización que el legislador recibe para crear leyes es periódicamente

evaluada por el mismo sujeto que da dicha autorización: el pueblo. (...)" (foja 395 y 399 del libro indicado).

Las anteriores reflexiones conducen a la conclusión de que, en el caso, no es procedente el juicio constitucional, en virtud de que según lo dispuesto por el artículo 107, fracción II de la Constitución General de la República y, correlativamente, por el artículo 76 de la Ley de Amparo, que establecen el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que en el caso impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio a las quejas, en virtud de que no puede, a través de esta instancia, obligarse a la autoridad legislativa a reparar la advertida omisión, esto es, a legislar en la materia que se analiza, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la sentencia que se emita, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo a las peticionarias del amparo y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que, es inconcuso, resultaría apartado del principio de relatividad anunciado.

Máxime si se toma en consideración, por una parte, que, en el caso, la omisión legislativa no tiene como objeto un derecho individual constitucionalmente consagrado, sino una facultad del órgano; y, por otro lado, si bien el no ejercicio de la facultad legislativa por el órgano titular de la misma puede llegar a ser constitutiva tanto de un agravio personal y directo, como de una afectación general y difusa; sin embargo, el juicio de amparo, en general, no puede solucionar el problema de inconstitucionalidad, porque en virtud de sus efectos, no puede obligarse al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en los términos pretendidos por las inconformes, dado que el efecto relativo que conllevan las sentencias de amparo, lo impide.³⁴⁵

Esta determinación fue motivada con las mismas tesis utilizadas por el Juez Cuarto de Distrito para resolver el juicio 1072/2011 relativa a la improcedencia del amparo contra la impugnación de omisiones legislativas.

Con estos argumentos el Juez Primero de Distrito consideró la improcedencia del juicio y por ese motivo resolvió sobreseer el juicio.

³⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 13-16.

3.1.2.2. Control de convencionalidad

La sentencia del expediente 1143/2011 se terminó de engrosar el 9 de abril del 2012, seis meses después de la admisión de la demanda de amparo y justamente también seis meses después de haberse publicado el engrose de la sentencia Varios 912/2010, una de las sentencias más importantes en términos del cambio de paradigma de protección de derechos humanos en México.

Si bien este juicio se había iniciado bajo el texto constitucional anterior a la reforma de junio de 2011 en materia de amparo, el expediente *Varios* puso en manos de los jueces un cúmulo de herramientas de interpretación que ampliaron considerablemente el radio protector de los derechos humanos.

En este sentido, el Juez utilizó la nueva metodología a su alcance de tal forma que esta resolución se puede considerar una de las primeras oportunidades en las que los operadores de justicia se apropiaron del nuevo paradigma constitucional.

El Juez Segundo de Distrito llegó a una conclusión distinta a la de sus homólogos titulares de los Juzgados Cuarto y Primero. Determinó que una definición de matrimonio referida únicamente a la unión de un hombre y una mujer es violatoria de derechos humanos por hacer una distinción injustificada con base en la orientación sexual de las personas.

Esta decisión emanada de la jurisdicción constitucional fue la primera en su tipo en México. Nunca antes se había declarado que la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer es discriminatoria para las parejas del mismo sexo.

El Congreso del Estado había argumentado la improcedencia del juicio por reclamarse una omisión legislativa. Al respecto, el Juez sostuvo:

... las sentencias que se dicten en los juicios de amparo solo se limitarán a ampararlos y protegerlos en los casos especiales sobre el que verse la petición del amparo, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, dado que *no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión*, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente; contrario a lo que manifiesta la responsable, dicha causal deviene infundada.

Es así, ya que en el caso, no se está ante una *omisión*, pues el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, prevé la figura del matrimonio entre un hombre y una mujer, pero excluye el supuesto de

que dos personas del mismo sexo puedan contraerlo (unión heterosexual, homosexual, etcétera), lo cual no implicaría la creación de una ley.³⁴⁶

De esta manera, al declarar infundada esta causal de improcedencia y no advertir de oficio ningún otro impedimento procedió al estudio de los conceptos de violación.

La sentencia como objeto de estudio puede dividirse en dos partes, una dedicada a la explicación del *contexto del marco constitucional de protección a derechos humanos* y la otra contiene el *estudio de constitucionalidad del caso concreto*.

Para facilitar el análisis, la sentencia se ha dividido de la siguiente manera:

<i>Contexto del marco constitucional de protección a derechos humanos</i>	I	Obligación general de respeto a los derechos humanos.
	II	Control de convencionalidad <i>ex officio</i>
	III	Principio de interpretación pro persona
	IV	Control de convencionalidad.
<i>Estudio de constitucionalidad en el caso concreto</i>	V	Implicaciones del artículo 4o constitucional en el caso concreto.
	VI	Análisis constitucional del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca
VII Conclusión		

En este trabajo de investigación se omite el desarrollo del primer apartado relacionado con el *Contexto del marco constitucional de protección a derechos humanos* ya que escapan a los objetivos planteados. Por el momento es suficiente con mencionar que las modificaciones del paradigma constitucional a partir de las reformas de 2011 jugaron un papel trascendental en la decisión del Juez en este caso, específicamente por lo que hace a la integración del control de convencionalidad.

En cuanto al *Estudio de constitucionalidad en el caso concreto*, la argumentación del Juez se estructuró de la siguiente manera:

³⁴⁶ Amparo indirecto 1143/2011, Op. cit., versión pública de la sentencia, p. 12-13.

Implicaciones del artículo 4o constitucional. El primer paso consistió en exponer una breve referencia al derecho a la igualdad contenido en el artículo 4 constitucional:

... en primer lugar debemos precisar los alcances de la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer que prevé el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dice:

Artículo 4°. *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

...

Lo anterior revela el principio de igualdad previsto entre el varón y la mujer ante la ley, a su vez, se encuentra íntimamente ligada al principio general de igualdad para los gobernados, previsto en el artículo 1° Constitucional, al preceptuar que todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, en el entendido que éstas no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ésta consigne, lo que pone de manifiesto el deseo de nuestra cultura actual de que se superen las discriminaciones que con frecuencia se otorgaba a uno u otro individuo por razón de su sexo.

La idea de igualdad ante la ley como un principio de justicia, implica que las personas deben ser tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias y dichas relaciones, en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas, de manera que la discriminación o el favor en el trato de los individuos puede hacerse solo en virtud de circunstancias relevantes, es decir, que pueda ser justificada, a fin de evitar un trato desigual.

A partir de tales principios fundamentales reconocidos por la Constitución Federal, habrá de abordarse el estudio de la inconstitucionalidad planteada.³⁴⁷

En este mismo orden de ideas el Juez continuó señalando:

... tal y como lo plantea la impetrante del amparo, no obstante que la Constitución prohíbe toda discriminación con motivo de preferencias sexuales, el legislador estableció un trato distinto cuando dos personas del mismo sexo deseen contraer matrimonio.

Ahora bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite que su conceptualización tradicional, pueda modificarse acorde a la realidad social, y por tanto, con la transformación de las relaciones humanas que han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua, así como a modificaciones legales relativas a la institución del matrimonio, que ha derivado en la redefinición del concepto tradicional que de él se ha sostenido en cada época, así como a su desvinculación de una función procreativa como su fin último.

Ello es así, pues cuando tradicionalmente el matrimonio hubiere sido considerado únicamente como la unión entre un hombre y una mujer, que

³⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 24-26.

entre sus objetivos principales tenía el de la procreación, no se trata de un concepto inmodificable por el legislador, ya que Constitución General de la República, no lo dispone así, además de que la relación jurídica matrimonial, ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

De ahí, la intención del legislador de otorgar el derecho a contraer matrimonio únicamente en el supuesto de que un hombre y una mujer lo soliciten, no así, entre personas del mismo sexo (homosexuales) hace que los individuos sean tratados de distinta forma por la norma, y evidencia una trasgresión a la garantía de igualdad establecida en la Constitución, especialmente porque existen disposiciones que claramente prohíben esa desigualdad y discriminación, como lo es particularmente el artículo 4º de la Constitución que ordena que ambos sexos serán iguales ante la ley.³⁴⁸

...

Por otro lado, al referirse al mandato de protección a la familia contenido en el artículo 4o constitucional la sentencia sostuvo:

... dicho precepto constitucional, habla de la protección a la familia, correspondiendo a la ley, establecer lo relativo a su organización y desarrollo, entre otras cosas.

Ahora, en relación a dicha protección, el Estado tiene la obligación de garantizarla, pero partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante la institución del matrimonio; porque debido a que la protección es a la familia, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que se entiende como protegido constitucionalmente, es la familia como realidad social, y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan no sólo con el matrimonio, sino con uniones de hecho, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

En este sentido, si bien históricamente, el matrimonio, como institución civil, ha sido tradicionalmente reconocido como el celebrado entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento un papel importante para su definición, y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas, no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de relaciones que existe entre la sociedad y el propio

³⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 26-27.

matrimonio; del cual ya se ha pronunciado la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁴⁹

Con estos elementos la sentencia concluye el ejercicio de control de convencionalidad en relación a la diferenciación de sexos como requisito para la celebración del matrimonio sosteniendo que:

... la afirmación que se pudiera hacer en el sentido de que constitucionalmente e, incluso, de acuerdo con tratados internacionales que ya se citaron, constituya un elemento esencial del matrimonio que se celebre entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), dado que, según se considera como la finalidad primordial de ello, la procreación, y de ahí, la formación de una familia ideal; no es compartida por éste Juzgador, pues, como ya se expuso, nuestra Norma Fundamental en ningún momento lo dispone así, y además, la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

Este planteamiento que se hace en abstracto coincide parcialmente con la hipótesis general planteada en este trabajo. A partir de estos argumentos era necesario hacer una proyección sobre la norma impugnada.

Análisis constitucional del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. El Juez retomó los argumentos de la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 adaptándolos al análisis del artículo 143. Con este estudio la justicia constitucional dio el paso que había quedado pendiente en aquél precedente de acuerdo al análisis hecho en el apartado 2.1; es decir, se planteó la pregunta ¿se violan derechos humanos cuando no se protege a las familias homoparentales a través del matrimonio? La respuesta a esta interrogante se expuso en los siguientes términos:

... el principio de igualdad debe entenderse como un principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que trae como consecuencia que en algunas ocasiones esté vedado hacer distinciones, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido; en el caso, estamos frente a un supuesto en que la diferencia que se hace respecto de personas del mismo sexo (homosexuales) que desean contraer matrimonio, de conformidad con el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, no es legítima sino que se trata de una discriminación.

Así, todo individuo tendrá derecho de reclamar exigiendo a las autoridades que se abstengan de otorgar trato diferente a las personas que se encuentran

³⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 29-30

colocadas en una misma situación; así, el espíritu de esta garantía no tiene como finalidad que a todos los individuos se les dé el mismo tratamiento, pues colocadas las personas en diferentes situaciones, tal extremo equivaldría a tratarlas injustamente, sin atender a sus singulares circunstancias.

Por tanto, la igualdad ante la ley consiste en dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, y en este tenor resulta fundado lo argumentado por las quejas en cuanto afirman que la situación regulada por el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, viola las garantías de igualdad y no discriminación contenidas en los artículos 1º y 4º Constitucional, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo, no es una ‘amenaza’ u ‘oposición’, a la conservación de la familia, pues la transformación y secularización del matrimonio y de la sociedad ha resultado en una gran diversidad de formas, de constituir una familia, que no surge necesariamente del matrimonio entre hombre y mujer; pues se ha evolucionado de tal forma, que se ha desvinculado la unión en sí misma de quienes lo celebran, de la ‘función’ reproductiva del mismo, llegando incluso, al extremo de que aun teniendo descendencia, en muchos casos, ésta no es producto de la unión sexual de los cónyuges, sino de los avances de la medicina reproductiva, o bien, de la adopción, aun cuando no exista impedimento físico alguno para procrear; pues esa decisión, no depende la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará como desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

Entonces, ante una misma situación jurídica se da un trato diferente a las parejas homosexuales, en tanto no les permiten el derecho a contraer matrimonio sin razones válidas que lo justifiquen; cuando las que existen se basan simplemente en las preferencias sexuales.³⁵⁰

Es importante señalar que este primer acercamiento al problema constitucional planteado en la demanda de amparo únicamente tomó como punto de partida el derecho a la igualdad y no discriminación. No obstante, el avance de la interpretación constitucional transformó radicalmente el escenario relativo al acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Conclusión. Al integrar los argumentos desarrollados a lo largo de la sentencia el Juez concluyó:

... la norma reclamada, infringe los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que pugna por la eliminación de la discriminación no solo de preferencias sexuales sino de sexo y género, pues

³⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 31-32.

debe preverse que al encontrarse en situaciones de igualdad, ambas personas, deberán ser tratados de igual manera, lo que redundará en la seguridad de no privarlos de un beneficio o bien soportar un perjuicio desigual e injustificado, como en el caso, resulta la imposición de contraer matrimonio solo entre un hombre y mujer.

En consecuencia, al quedar comprobado que el acto reclamado trastoca las garantías de igualdad y no discriminación previstas en los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo procedente es conceder a las quejas ..., el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados, para el efecto de que el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, no se le aplique, en el presente ni en el futuro.

...

Asimismo, dejen insubsistente el acto de aplicación de la norma declarada inconstitucional, consistente en el oficio..., de diez de agosto de dos mil once, emitido por la Primera Oficial del Registro Civil del Estado de Oaxaca, y emitan un nuevo acto acatando los lineamientos del presente fallo constitucional.

Debe puntualizarse que el cumplimiento de la presente resolución, no implica anular la norma tildada de inconstitucional, por lo cual las autoridades responsables Consejero Jurídico del Gobierno del Estado de Oaxaca, en representación del Titular del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca, Presidente de la Junta de Coordinación Política de los Sexagésima Primera Legislatura Constitucional del Congreso del Estado de Oaxaca, Jefe de Departamento del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, quedan exentos de cumplimiento alguno de este fallo, atento al principio de relatividad de las sentencias.³⁵¹

A diferencia de las sentencias anteriores este criterio propone que el acto reclamado no constituye una *omisión legislativa* y en consecuencia resulta infundada la causal de improcedencia invocada por el Congreso del Estado.

Como se expuso, el pronunciamiento del Juez aborda únicamente el tema de la discriminación, deja fuera el incumplimiento del mandato de protección a la familia. Sin embargo, esta sentencia es la primera que se dictó en México reconociendo que la definición de matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer contiene implícita una discriminación basada en la orientación sexual de las personas.

En estas circunstancias el orden constitucional se superpuso a la libertad de configuración normativa del Congreso del Estado de Oaxaca. El Juez Federal, sin

³⁵¹ *Ibíd.*, pp. 32-35.

necesidad de una modificación al Código Civil, abrió paso al matrimonio entre personas del mismo sexo a través de una decisión judicial.

En términos comparativos, al analizar las tres sentencias se obtiene la siguiente tabla:

	<i>Omisión legislativa</i>	<i>Procedencia</i>	<i>Discriminación</i>	<i>Incumplimiento del mandato de protección a la familia</i>
1072/2011	✓	X	----	---
1143/2011	X	✓	✓	---
24/2012	✓	X	-----	---

Con estos elementos concluye la primera etapa del litigio constitucional, dos visiones distintas ante un mismo planteamiento.

3.2. La batalla colectiva³⁵²

La reforma constitucional de 6 junio de 2011 amplió las reglas de procedencia del juicio de amparo. A partir de entonces este medio de control constitucional es apto para combatir "toda controversia que se suscite por normas generales, actos u *omisiones* de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte"³⁵³.

Con esta adecuación se incluyó de forma expresa la procedencia del juicio contra omisiones de la autoridad; ahora bien, el numeral 11 de la Ley de Amparo abrogada establecía que la calidad de autoridad responsable correspondía a quien "dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la Ley o el acto reclamado".³⁵⁴

En estos términos, en el juicio 1143/2011 se concedió el amparo contra el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. A partir de ello se pudo corroborar parcialmente³⁵⁵ la hipótesis planteada en la demanda: Se negó la existencia de una omisión legislativa, aunque se pronunció favorablemente sobre la discriminación contenida en la definición de matrimonio que excluye a las parejas del mismo sexo.

Tomando en cuenta la procedencia del amparo contra omisiones y la sentencia favorable en el juicio 1143/2011, surgió la propuesta de insistir en la omisión legislativa desde un frente distinto: reunir a un grupo de personas que se

³⁵² Un resumen de lo planteado en este apartado, con un corte a julio de 2015 también fue publicado un avance sobre esta estrategia en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, Op. Cit. pp. 175, 177. Con un corte a octubre de 2016, en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 95-99. Finalmente. también fue publicado un avance, con un corte a mayo de 2017, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, Op. Cit., pp. 6-18.

³⁵³ Ver nota 242.

³⁵⁴ *Ley de Amparo*. Artículo 11. Artículo 11. Cuando quien comparezca en el juicio de amparo indirecto en nombre del quejoso o del tercero interesado afirme tener reconocida su representación ante la autoridad responsable, le será admitida siempre que lo acredite con las constancias respectivas, salvo en materia penal en la que bastará la afirmación en ese sentido.

En el amparo directo podrá justificarse con la acreditación que tenga en el juicio del que emane la resolución reclamada.

La autoridad responsable que reciba la demanda expresará en el informe justificado si el promovente tiene el carácter con que se ostenta.

³⁵⁵ Fue parcial porque no se abordó desde el punto de vista de la hipótesis planteada en la demanda; sin embargo, se llegó al mismo resultado.

autoidentifican como homosexuales y lesbianas para denunciar, sin acto de aplicación, la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil³⁵⁶.

La idea fue sostener que la mera existencia de una norma que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer es discriminatoria para homosexuales y lesbianas porque tomando como base la orientación sexual de las personas restringe el acceso a un derecho. Se sostuvo que a partir del incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia se proyecta un trato diferenciado proscrito por el artículo 1 de la Constitución Federal.

A diferencia de los amparos anteriores, esta vez el reto fue demostrar que el juicio de amparo era procedente sin necesidad de acudir a provocar un acto de aplicación de la norma.

Este juicio se inició bajo a vigencia de la reforma constitucional en materia de amparo que había integrado el *interés legítimo* como un criterio novedoso de procedencia para este medio de control constitucional.

Es importante señalar que en febrero de 2012; es decir, tres meses antes de la presentación de este reclamo colectivo la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido sentencia en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*, la primera resolución de ese sistema regional en donde se reconoce a la orientación sexual como categoría protegida por la Convención Americana. A continuación se expone la secuela procesal de esta estrategia.

3.2.1. La demanda de amparo

La demanda 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 a quién se le reclamó "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"³⁵⁷. 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

³⁵⁶ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 95-99.

³⁵⁷ Amparo indirecto 738/2012, Op. cit., escrito de demanda.

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 los siguientes términos:

266. Así, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo; relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.

267. Al respecto, se advierte, de la experiencia en derecho comparado que, en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido.

En este sentido, con base a las nuevas reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos y Juicio de Amparo, el sistema jurídico mexicano evoluciona para brindar una mayor protección y garantía a los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución Federal y en los diversos tratados internacionales de los que México sea parte.

Bajo este supuesto promovemos el presente juicio haciendo uso de las nuevas herramientas de que nos provee el sistema jurídico a las personas para exigir el cese a la discriminación específicamente en materia de protección jurídica a las familias homoparentales.³⁵⁸

Lo que se reclamó es la discriminación que la norma proyecta desde sí misma hacia un sector de la población; un fenómeno que no requería acto posterior de aplicación ya que su sola existencia genera un estigma y por ende un perjuicio susceptible de análisis constitucional.

3.2.1.1. Aspectos procesales

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

Por un lado, era necesario acreditar el interés para acudir a juicio; es decir, tener la legitimidad para interponer la demanda de amparo. También se requería

³⁵⁸ Ídem.

demostrar la posibilidad de impugnar las omisiones del poder legislativo a través de este medio de control constitucional.

Finalmente se debía demostrar 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. En los siguientes apartados se expone cada uno de estos elementos

3.2.1.1.1. Procedencia

El amparo se promovió en mayo de 2012. La ley de amparo vigente en ese momento no contemplaba los elementos adicionados a la Constitución Federal en junio del año anterior. La principal ausencia era en relación al *interés legítimo* como criterio de procedencia del juicio de amparo.

Tomando en cuenta esta circunstancia, con fundamento en el principio de fuerza normativa de la Constitución en la demanda se invocó directamente el texto constitucional para justificar la procedencia del amparo. En concreto el artículo 107 fracción I que señala que el juicio de amparo sólo podrá promoverse, a través de la figura del interés jurídico o del legítimo³⁵⁹, por quien resienta un menoscabo en sus derechos humanos.

En este sentido, los elementos necesarios para la acreditación de interés legítimo son:

- a. La titularidad de un interés legítimo individual o colectivo.
- b. La violación de derechos como consecuencia del acto reclamado.
- c. La afectación de la esfera jurídica en virtud de una especial situación frente al orden jurídico.

Para demostrar la titularidad del interés legítimo fue necesario tomar como punto de partida un desarrollo conceptual mínimo; sin embargo, al tratarse de una integración reciente, se carecía de precedentes que aportaran algunos parámetros

³⁵⁹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

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

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

que permitieran delimitar el alcance de su aplicación normativa. Las únicas referencias existentes eran en materia de justicia administrativa:

...el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.³⁶⁰

Uno de los criterios más importantes desarrollados con anterioridad a la reforma constitucional de 2011 sostiene que

... resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la ley analizada, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar aquél de mayores alcances que éste.³⁶¹

En el caso concreto, por tratarse de violaciones derivadas de una omisión atribuida al Poder Legislativo, las tesis citadas no eran suficientes para resolver el problema planteado en la demanda. Era necesario hacer una interpretación directa de la Constitución Federal.

El segundo requisito relativo a la violación de derechos como consecuencia del acto reclamado constituía al mismo tiempo un tema de procedencia y estudio de fondo por lo que su exposición se reservó para los conceptos de violación.

Finalmente, la afectación de la esfera jurídica de la parte promovente en virtud de una especial situación frente al orden público se relacionó con lo narrado en los hechos que sirvieron de antecedente a la demanda. Se expuso que la afectación denunciada tiene su origen en el acto de discriminación proveniente del Congreso del Estado.

³⁶⁰ INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Tesis 2a./J. 141/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, Diciembre de 2002, p.241.

³⁶¹ INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. Tesis: 2a./J. 142/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, Diciembre de 2002, p. 242.

De esta manera se demostró que las personas firmantes del amparo, al asumirse como homosexuales y lesbianas, se ubican en una situación especial frente al orden jurídico; esto es, con características y necesidades específicas que ningún otro grupo o colectivo tiene en la sociedad. Esta circunstancia se refleja en la necesidad de contar con la protección jurídica de sus relaciones afectivas ya que el Código Civil les excluye del ejercicio pleno del derecho a la protección de la familia debido a su orientación sexual.

Por otro lado, aunque la figura del interés legítimo era novedosa, en el juicio de amparo ya existían criterios sobre el reclamo de omisiones a través de este medio de control constitucional. Por ejemplo, algunas tesis jurisprudenciales ya sostenían que un "acto es de naturaleza o de carácter negativo cuando consiste en una conducta omisiva, esto es, en una abstención, en dejar de hacer lo que la ley ordena"³⁶², asimismo consideran que este tipo de conductas "puede redundar en una prohibición, o en no dictar un mandamiento imperativo, y, así, la omisión tendrá sentido positivo o negativo en la afectación del interés jurídico del quejoso"³⁶³.

Desde este punto de vista, y tomando en cuenta los argumentos desarrollados en los apartados 1.2.2. y 2.1., la responsabilidad del Congreso se reafirma con la distribución de competencias contenida en los artículos 73 y 124 de la Constitución Federal.

En este sentido, el Congreso del Estado de Oaxaca incurre en responsabilidad al incumplir la obligación que le impone la Constitución en relación a la protección del desarrollo y organización de la familia, incluyendo el modelo homoparental. Esta omisión repercute de manera negativa en las parejas demandantes porque con base en su orientación sexual se les priva de las garantías necesarias para hacer efectivo ese derecho fundamental.

Por otro lado, en un Estado constitucional y democrático de derecho no puede tolerarse que el incumplimiento de una obligación por parte de un órgano del estado se traduzca en un obstáculo para que los gobernados ejerzan sus derechos.

³⁶² ACTO RECLAMADO, NATURALEZA DEL (ACTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS). Tesis Aislada, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Registro 316826, t. CXXV, 1955, p. 1755. *También véase:* ACTO RECLAMADO. DETERMINACION DE SU EXISTENCIA. Tesis Aislada, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Registro 276866, t. XIX, 1959, p. 14; ACTO RECLAMADO. CONCEPTO DE. Tesis Aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Registro 211002, t. XIV, Julio de 1994, p. 390.

³⁶³ Ídem.

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

3.2.1.1.2. Oportunidad

La Ley de Amparo abrogada, al igual que la vigente, contemplaba que los plazos para interponer la demanda eran, en general, de 15 o 30 días dependiendo del tipo de acto que se reclamara³⁶⁴.

En el caso concreto, el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca se encuentra vigente desde 1944. Desde una perspectiva tradicional el amparo resultaría improcedente por haberse promovido fuera del plazo; sin embargo, previendo este posible desenlace, en la demanda se argumentó que los parámetros contenidos en la ley de amparo abrogada no eran acordes al nuevo marco constitucional porque estaban pensados en el concepto de interés jurídico como única hipótesis de procedencia del juicio de amparo, dejando fuera los elementos integrados en la reforma de junio de 2011.

Por otro lado, se argumentó que la discriminación alegada proviene de un acto negativo, un no hacer, y que por lo tanto sus efectos se prolongan hasta en tanto no cese la omisión. En consecuencia, los efectos son continuos y el amparo puede presentarse en cualquier momento mientras subsista el incumplimiento denunciado.

3.2.1.2. Tema de fondo

En esta nueva demanda de amparo se denunció de forma directa la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca; es decir, sin un acto de aplicación. No se impugnó una respuesta negativa a una solicitud de matrimonio sino la discriminación que implica la falta de protección estatal para las familias homoparentales.

³⁶⁴ *Ley de Amparo*. Artículo 21.- El término para la interposición de la demanda de amparo será de quince días. Dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos.

Artículo 22.- Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I.- Los casos en que a partir de la vigencia de una ley, ésta sea reclamable en la vía de amparo, pues entonces el término para la interposición de la demanda será de treinta días.

...

Este planteamiento constitucional significó un cambio en la forma tradicional de entender al derecho en general y al juicio de amparo en particular.

La demanda expuso dos argumentos principales: 1) La discriminación se actualiza ante la exclusión injustificada del acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo, circunstancia que afecta a las personas homosexuales y lesbianas independientemente de si su plan de vida actual contempla o no el ejercicio de ese derecho, y 2) la discriminación se deriva del deficiente cumplimiento del mandato constitucional de protección al desarrollo y organización de la familia.

Bajo estas consideraciones el Congreso del Estado de Oaxaca es responsable en una doble vía: por emitir una norma discriminatoria y por incumplir un mandato constitucional.

El argumento de mayor peso en los amparos anteriores fue el incumplimiento del mandato de protección al desarrollo y organización de la familia. En la nueva demanda colectiva la discriminación fue la base del reclamo constitucional. A continuación, se expone el contenido de los conceptos de violación.

3.2.1.2.1. Violación del principio de no discriminación

El artículo 1 de la Constitución Federal prohíbe la discriminación; a pesar de ello la orientación sexual se ha utilizado, expresa o tácitamente, para negar u obstaculizar el ejercicio de derechos.

Se identificaron y demostraron todos los elementos normativos que integran este fenómeno para exponer por qué la falta de protección a las familias homoparentales es un acto de exclusión injustificada se utilizó la argumentación desarrollada en los amparos anteriores de acuerdo a lo expuesto en el apartado 1.3.

En este sentido, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la protección de las familias homoparentales son dos rubros en los que, sin justificación, se ha dado un trato diferenciado. Esta circunstancia se expuso 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 4º 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 4º 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 1º 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.³⁶⁵

Este planteamiento buscó enfatizar la necesidad de un pronunciamiento sobre estas violaciones a derechos humanos que se actualizan cada día sin necesidad de un acto de aplicación. Al igual que los tres amparos anteriores toda la argumentación en torno a la discriminación y el contenido del mandato de protección a la familia tomó como punto de partida la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Por otro lado, ya existían abundantes criterios sobre la forma de proceder en casos relacionados con la violación al derecho a la igualdad y no discriminación. Por ejemplo, el Pleno de la Suprema Corte dijo que:

Los criterios de análisis constitucional ante alegaciones que denuncian limitaciones excesivas a los derechos fundamentales tienen mucho de común a los que se usan para evaluar eventuales infracciones al principio de igualdad, lo cual se explica porque legislar implica necesariamente clasificar y distinguir casos y porque en cualquier medida legal clasificatoria opera una afectación de expectativas o derechos, siendo entonces natural que los dos tipos de examen de constitucionalidad se sobrepongan parcialmente. Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ve llamada a actuar como garante del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello la obliga a examinar rasgos adicionales a los que considera cuando contempla la cuestión desde la perspectiva de los derechos sustantivos involucrados. Así, aunque el Alto Tribunal haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del derecho en cuestión con otras también relevantes en el caso, todavía puede ser necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos. Esto es, aunque una norma legal sea adecuada en el sentido de representar una medida globalmente apta para tratar de alcanzar un determinado fin, puede tener defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Incluso, en algunas ocasiones, por el tipo de criterio usado por la norma legal examinada (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) o por la extensión e intensidad de la incidencia en

³⁶⁵ Amparo indirecto 738/2012, Op. cit., escrito de demanda.

el goce de un derecho fundamental, será necesario examinar con especial cuidado si los medios (distinciones) usados por el legislador son adecuados a la luz del fin perseguido.³⁶⁶

En el mismo sentido, la Segunda Sala sostuvo que:

Al analizar si una norma respeta la garantía de igualdad, al juzgador constitucional no le compete examinar la oportunidad del criterio adoptado por el legislador, ni su mayor o menor adecuación al fin que la norma persigue, ni decidir si la medida cuestionada es la mejor de las que podían aplicarse, pues le corresponde en definitiva apreciar situaciones distintas en las que sea procedente y tratar desigualmente a los destinatarios de la norma. Sin embargo, el margen de maniobra del legislador se ve restringido cuando: a) el criterio diferenciador importa un trato desigual en cuanto al goce de otros derechos y libertades protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y b) el criterio diferenciador sea de los expresamente prohibidos en la propia Carta Magna...³⁶⁷

De esta manera, la demanda de amparo pedía en este juicio que el análisis hecho anteriormente sobre otras materias se hiciera en relación a la definición matrimonio.

Por último, si en los amparos anteriores se hizo alusión a los tratados internacionales que contemplan el mandato a la protección de la familia, en esta ocasión se invocó el marco internacional del derecho a la no discriminación:

³⁶⁶ ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN. Tesis: P./J. 28/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 5.

³⁶⁷ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD. Tesis 2a. LXXXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p.439. *Véase también*: IGUALDAD. EN SU ESCRUTINIO ORDINARIO, EL LEGISLADOR NO TIENE LA OBLIGACIÓN DE USAR LOS MEJORES MEDIOS IMAGINABLES. Tesis P. VIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 33; PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. Tesis 2a. LXXXII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 448; IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO. Tesis 1a. CXXXVIII/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, Noviembre de 2005, p. 40; IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Tesis 2a./J. 42/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, Abril de 2010, p. 427; IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Tesis: 1a./J. 55/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75; IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. Tesis 1a./J. 81/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, Octubre de 2004, p. 99.

- Carta de la Organización de los Estados Americanos³⁶⁸.
- Convención Americana de Derechos Humanos³⁶⁹.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷⁰.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷¹.

³⁶⁸ Artículo 29 . Los Estados Miembros están de acuerdo en la conveniencia de desarrollar su legislación social sobre las siguientes bases:

a).- Todos los seres humanos, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, credo o condición social, tienen el derecho de alcanzar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidad y seguridad económica.

b. Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 7 de mayo de 1981.

³⁶⁹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. 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.

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

³⁷⁰ Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

...

³⁷¹ Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

...

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en

- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Protocolo De San Salvador"³⁷².

También se hizo referencia a la sentencia de 24 de febrero de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

92. En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir

caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

³⁷² Artículo 3

Obligación de no discriminación

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.

Artículo 15

Derecho a la constitución y protección de la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

...

al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

93. Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.³⁷³

En párrafos posteriores la Corte sostiene con firmeza que:

119. ... para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

120. El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.³⁷⁴

Al analizar la trascendencia de este precedente, Geraldina González de la Vega Hernández sostiene que:

... se trata del primero que por discriminación con motivo de la orientación sexual llega hasta esta Corte regional protectora de derechos humanos. El caso de Karen Atala además, toca fibras sensibles de las posturas

³⁷³ Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Op. Cit, pár. 91-93.

³⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 119-120.

conservadoras y tradicionalistas sobre el rol de la mujer, la familia y su relación con la comunidad.

...

La sentencia reconoce y dota de contenido el derecho a la no discriminación por orientación sexual y aclara que de acuerdo con la Convención Americana, ésta de las personas no puede ser nunca un motivo para discriminarlas. Establece que la orientación sexual se trata de una categoría sospechosa, es decir, siempre que exista una distinción hecha con este motivo, se presumirá que es contraria a la Convención, salvo prueba en contrario, que recae en el Estado, quien deberá justificar la medida de acuerdo a un fin legítimo. La sentencia además, fija los parámetros para la revisión de medidas presuntamente discriminatorias y delinea los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Estos parámetros son detallados en el denominado “test de escrutinio estricto”, conforme al cual se deberán sustentar las medidas presuntamente discriminatorias.³⁷⁵

De lo expuesto se concluye que el derecho a la no discriminación por orientación sexual se encuentra protegido por el marco constitucional así como por el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, el artículo 143 del Código Civil de Estado de Oaxaca que hace una distinción injustificada con base en la orientación sexual de las personas vulnera esos parámetros.

3.2.1.2.2. Origen de la discriminación

Una vez que se desarrolló lo referente a la discriminación, se estudió la omisión que constituye el incumplimiento del mandato constitucional de protección a las familias homoparentales.

Este punto ya se había desarrollado en las demandas de amparo anteriores³⁷⁶ por lo que en este caso el debate se centró en los posibles efectos de una sentencia que concediera la protección constitucional a la parte quejosa.

Un camino ténue delineado por la jurisprudencia proponía como alternativa la equiparación de las situaciones comparadas; en el caso concreto esto equivaldría a igualar el acceso al matrimonio para las personas homosexuales que habían acudido al amparo:

³⁷⁵ GONZÁLEZ de la Vega, Geraldina, *Karen Atala, hora cumplida*, Animal Político; 28 de marzo de 2012 [http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/03/28/karen-atala-hora-cumplida/] De la misma autora, en el mismo medio véase también: *Las Audiencias de Karen Atala e Hijas v. Chile*, [http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2011/08/27/las-audiencias-de-karen-atala-e-hijas-v-chile/]

³⁷⁶ Ver apartado 2.3.2.

Si bien las violaciones a la garantía de igualdad no siempre pueden repararse mediante la mera declaración de nulidad del acto inconstitucional, en todo caso sí es obligado restablecer la igualdad mediante la equiparación de los supuestos de hecho comparados, a fin de cumplir con el deber de otorgar un trato jurídico homogéneo a supuestos de hecho equivalentes, cuando su disparidad no esté justificada. Esta posibilidad de restablecer la igualdad no es un elemento externo al derecho, sino que forma parte de su contenido y sin él carecería de existencia. Así, a efecto de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, en términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, podrían suprimirse las restricciones o exclusiones injustificadas de regímenes jurídicos, a efecto de expulsar privilegios injustificados o arbitrarios del ordenamiento, o anular las excepciones a regímenes jurídicos generales, sin que las dificultades técnicas que pudiera producir la precisión del alcance del fallo anulatorio de la norma legal -eventualmente discriminatorio- sean un argumento aceptable, para excluir la declaración de inconstitucionalidad por desigualdad.³⁷⁷

Este apartado se cierra exponiendo la obligación del Estado mexicano de adecuar su legislación interna para hacerla congruente con el contenido de los instrumentos internacionales que contemplan la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual de las personas³⁷⁸.

3.2.2. Respuesta del Congreso

Al rendir su informe justificado, el Congreso del Estado negó la existencia del acto reclamado; es decir, sostuvo que la definición de matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer contenida en el Código Civil no discrimina a las personas con motivo de su orientación sexual. Además, argumentó:

No omito decir que el Congreso del Estado es libre y soberano, y no puede obligársele a legislar en el sentido que señalan los amparistas por lo que resulta improcedente el juicio en términos de lo dispuesto por el artículo 73, fracción XVIII de la Ley de Amparo en vigor, correlacionado con su diverso 80, esto es así, porque de concederse la protección constitucional a los impetrantes de garantías, los efectos de la sentencia serían nugatorios en tanto

³⁷⁷ IGUALDAD. LAS VIOLACIONES A LA GARANTÍA RELATIVA SON REPARABLES MEDIANTE LA EQUIPARACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO COMPARADOS. Tesis 2a. LXXXIII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 442.

³⁷⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 29; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2º y en particular la *cláusula federal* contenida en su numeral 28; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2º; Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2º.

no podría obligársele al Congreso a aprobar una norma como lo demandan los amparistas, toda vez que sus efectos serían generales, mismos que son contrarios al fin del amparo, ya que con la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, vincularía no sólo a los peticionarios de garantías y a la autoridad señalada como responsable, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, y por ende el sobreseimiento del juicio en términos del artículo 73, fracciones III y IV.³⁷⁹

Debe notarse que esta respuesta no se sustenta en argumentos dirigidos a desvirtuar la denuncia de discriminación contenida en la norma impugnada. La causal de improcedencia, más que un requisito procesal, es entendida por el Congreso como una carta abierta para legislar arbitrariamente al margen del marco constitucional.

3.2.3. Sentencia

La audiencia constitucional se celebró el 4 de julio de 2012. La sentencia se terminó de engrosar un día después.

Al delimitar los actos reclamados el Juez reconoció que el problema de constitucionalidad se planteó en dos vertientes: la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca y la falta de protección de las familias homoparentales derivada del incumplimiento de un mandato constitucional³⁸⁰.

En relación a la causal de improcedencia invocada por el Congreso, el Juez sostuvo que su 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"³⁸¹.

A pesar de esta afirmación, el Juez resolvió sobreseer el juicio con fundamento en los artículos 73 fracción XVIII de la Ley de Amparo abrogada en relación con el numeral 107 fracción I de la Constitución Federal³⁸². Consideró que la parte quejosa no había demostrado la afectación a su esfera jurídica:

³⁷⁹ Amparo indirecto 738/2012, Op. cit., informe justificado rendido por el Presidente de la Junta de Coordinación Política de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado de Oaxaca.

³⁸⁰ *Ibid.*, versión pública de la sentencia, p. 4.

³⁸¹ *Ídem.*

³⁸² *Artículo 73.* El juicio de amparo es improcedente:

...

XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Ley.

... los quejosos no demostraron en la presente instancia constitucional ser titulares de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, que se trastoque con motivo de los actos reclamados.

En efecto, en el caso, los amparistas debieron demostrar que el acto reclamado a la responsable, consistente en la omisión de legislar respecto a la protección de las familias formadas, ya sea por dos mujeres o dos hombres, conculca su derecho fundamental a la no discriminación por razón de su preferencia sexual, pues no aportaron medio de convicción alguno, que lleve al suscrito a considerar que con motivo de dicha omisión, se llevó a cabo algún acto discriminatorio por parte de alguna entidad local o municipal, órgano jurisdiccional, o bien, determinada persona moral, como pudiera ser el de relegarlos o ignorarlos con motivo de dicha preferencia sexual, y que tal actuar, tuviera su origen con motivo de la omisión alegada.

Por ende, si los quejosos no demostraron que la omisión atribuida a la responsable, haya generado en ellos un acto discriminatorio por razón de su preferencia sexual, es decir, que con motivo de ésta, no se les hubiera reconocido el derecho a formar una familia, es de concluirse, el acto reclamado no es violatorio de sus derechos fundamentales, por ende, no se encuentran legitimados para promover la presente instancia constitucional, pues como se dijo, el juicio de amparo se sigue a instancia de parte agraviada.

Las consideraciones apuntadas se hacen extensivas al diverso acto reclamado consistente, en la materialización de dicha discriminación en el artículo 143 del Código Civil del Estado, mismo que dispone:

Artículo 143.- El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

Es así, pues los quejosos no demostraron que al tratar de celebrar el contrato de matrimonio (ya sea entre dos hombres o bien, dos mujeres), la autoridad correspondiente se hubiere negado a celebrarlo; de ahí que la presente instancia resulte improcedente, pues los quejosos no demostraron la afectación que en su caso pudiera depararles la omisión reclamada, la cual según su dicho, se materializa en el precepto en cita, esto es, que por su preferencia sexual no se les permitiera celebrar dicho contrato de matrimonio; máxime que el ordinal en comento es de naturaleza heteroaplicativa, es decir, se necesita un acto de aplicación para deparar afectación al gobernado.

Artículo 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

...

En ese sentido, y al no haber acreditado los quejosos agravio alguno en sus derechos humanos, por razón de su preferencia sexual, y que se les ocasiona con motivo de la omisión apuntada, se actualiza la causa de improcedencia invocada, y por ende, conlleva a sobreseer en el presente asunto en términos del artículo 74, fracción III, de la Ley de Amparo.³⁸³

Esta determinación no tomó en cuenta que la procedencia de la demanda se fundamentó en el interés legítimo de la parte quejosa. Al no considerarse este elemento los criterios de procedencia tradicionalmente ocupados para evaluar el interés jurídico se aplicaron indebidamente. Por estas inconsistencias se interpuso recurso de revisión.

³⁸³ Amparo indirecto 738/2012, Op. cit., versión pública de la sentencia, pp. 6-9.

3.3. Oposición estatal y respuesta ciudadana

En la tramitación de los juicios de amparo en estudio concurrieron dos circunstancias. Por un lado, fue la primera vez que había un pronunciamiento de fondo por parte de la justicia constitucional y por el otro, los criterios obtenidos eran contradictorios. Ante este panorama fue necesario acudir a una segunda instancia para obtener una respuesta congruente y definitiva.

Cada una de las partes, tanto los particulares como las autoridades, intentaron que prevaleciera su criterio. En las siguientes líneas se describe la defensa de ambas posturas.

3.3.1. Planteamiento de los recursos³⁸⁴

El recurso de revisión en el amparo contra leyes tiene como objetivo que un Tribunal Colegiado o la Suprema Corte, según corresponda, revise la sentencia emitida por un Juez de Distrito con base en el estudio de los agravios hechos valer por la parte recurrente.

Como fue descrito en el apartado 3.1.2., en los tres primeros juicios hubo decisiones opuestas. En dos de ellos los Jueces resolvieron sobreseer el juicio mientras que en el otro se concedió el amparo. Este primer elemento puso de relieve la necesidad de acudir a una segunda instancia para determinar el criterio uniforme para los tres casos. A estos asuntos se agregó el juicio colectivo.

Cada recurso fue tramitado por separado. Después de remitirse al Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito en el Estado de Oaxaca les fue asignado el número de expediente respectivo:

Amparo indirecto	Amparo en revisión
1072/2011	84/2012
1143/2011	186/2012
24/2012	221/2012
738/2013	328/2012

³⁸⁴ Un avance de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 90-93.

En los siguientes apartados se expone y analiza el contenido de los recursos de revisión interpuestos por las partes.

3.3.1.1. Oposición al amparo otorgado

De acuerdo a lo expuesto en el apartado 3.1.2.2., la sentencia del amparo 1143/2011 fue la primera a nivel nacional que había constatado la discriminación contenida en la definición de matrimonio que lo considera la unión de un hombre y una mujer.

Los poderes del Estado recibieron la resolución como una invasión a su ámbito de decisión política. Buscaron mantener ese monopolio solicitando la revocación de la resolución del Juez.

Los documentos que contienen los motivos de su inconformidad son una recopilación de los argumentos que los grupos opositores tradicionalmente esgrimen contra al matrimonio entre personas del mismo sexo: desde la evocación al concepto histórico de matrimonio hasta la exigencia de respeto a la voluntad mayoritaria expresada en las leyes emitidas por el Congreso. A continuación, se estudian estos documentos.

3.3.1.1.1. Argumentos del Congreso

El Congreso del Estado³⁸⁵ argumentó que la sentencia del juicio 1143/2011 le causa agravio porque se aplicó indebidamente la causal de improcedencia relacionada con el principio de relatividad de las sentencias³⁸⁶. De acuerdo con la legislatura, el juicio de amparo es improcedente porque:

... de concedérsele a las quejas la protección como en el caso aconteció, la reparación constitucional es de imposible ejecución, ya que como en la especie se advierte, el Juez Federal concedió el amparo y protección de la Justicia Federal a efecto de que se deje insubsistente el acto de aplicación de la norma reclamada por estimarlo inconstitucional, aplicación que consistió

³⁸⁵ La Legislatura fue representada en el juicio de amparo por el Diputado Juan Mendoza Reyes en su calidad de Presidente de la Junta de Coordinación Política.

³⁸⁶ Ley de Amparo abrogada. *Artículo 80.*- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

Artículo 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

en el oficio 785/2011, de diez de agosto de 2011, emitido por la Primera Oficialía del Registro Civil del Estado de Oaxaca, y se emita un nuevo acto acatando los lineamiento del fallo constitucional, de tal resolución se advierte que el Resolutor Natural en el caso concreto materialmente está dejando sin efecto la norma impugnada y está induciendo a la responsable ejecutora a emitir un acto infundado, pues no hay disposición que prevea el contrato de matrimonio en el sentido que los amparistas solicita se les celebre, esto es, el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo tanto, se advierte que el A quo se excedió en su facultad jurisdiccional y sutilmente aterrizó en una función legislativa [sic] como lo es sin reconocerlo en establecer el matrimonio entre personas del mismo sexo, de tal suerte que el fallo protector no se puede ejecutar pues no se puede obligar a la responsable Primera Oficialía del Registro Civil del Estado a celebrar el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo basado en una disposición que no existe o más bien ordenar la realización de un acto no regulado, y por el contrario, tendría que obligar al Congreso a aprobar una norma en ese sentido, cuyos efectos serían generales que son contrarios al fin del amparo, toda vez que la creación de una ley que es una norma de carácter general, abstracta y permanente, vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada.³⁸⁷

Del análisis de este texto se desprende que la solicitud de revocación de la sentencia se basa principalmente en tres argumentos:

- a. Los efectos del amparo son de imposible ejecución porque no se puede obligar al Registro Civil a emitir un acto infundado; esto es, no se le puede obligar a celebrar un contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo basado en una disposición que no existe o, en términos generales, ordenar la realización de un acto no regulado.
- b. El Juez de Distrito invadió la competencia del Poder Legislativo local al *establecer* el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- c. La solución al problema de constitucionalidad planteado en la demanda sería una reforma al Código Civil pero el juicio de amparo no tiene esos alcances ya que se rige por el principio de relatividad de las sentencias.

Para reforzar sus argumentos la autoridad invocó la aplicación de dos criterios del Pleno de la SCJN, uno relacionado con la improcedencia del juicio contra

³⁸⁷ Amparo en revisión 186/2012, Op. cit., recurso de revisión interpuesto por el Congreso del Estado.

omisiones legislativas³⁸⁸, y el otro referente a la imposibilidad de que la sentencia produzca efectos restitutorios³⁸⁹.

Tomando en cuenta lo anterior, se interpuso un recurso de revisión adhesiva por la parte quejosa para exponer un contraargumento ante el Tribunal Colegiado en el que, a manera de resumen, se presentaron los siguientes planteamientos:

Los efectos del amparo son de imposible ejecución. El Congreso señaló que el oficio que el Registro Civil llegara a dictar en cumplimiento de la sentencia de amparo sería infundado ya que, a su parecer, no habría precepto legal en el cuál se pudiera fundamentar la procedencia de una solicitud de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esta conclusión es errónea toda vez que el nuevo acto del Registro Civil tendría su fundamento en la última parte del primer párrafo del artículo 104 de la Ley de Amparo abrogada que señalaba que las sentencias firmes dictadas en los juicios de amparo o amparo en revisión son de cumplimiento obligatorio³⁹⁰.

Por otro lado, tomando en consideración que una vez que la sentencia causa ejecutoria se convierte en una norma jurídica individualizada, su cumplimiento es obligatorio y no voluntario. La propia sentencia de amparo sería la fundamentación requerida por el sistema jurídico para adquirir plena validez y por lo tanto tener fuerza vinculante.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se ha pronunciado al respecto al señalar que "la sentencia ejecutoriada y pasada a la categoría de cosa juzgada, se convierte en una norma jurídica individualizada, es

³⁸⁸ LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Tesis P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 180.

³⁸⁹ IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO EXISTE LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE SE PRODUZCAN LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA SENTENCIA CONCESORIA QUE, EN SU CASO, SE DICTE. Tesis P./J. 90/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, Diciembre de 1997, p. 9.

³⁹⁰ Ley de Amparo abrogada. *Artículo 104.*- En los casos a que se refiere el artículo 107, fracciones VII, VIII y IX, de la Constitución Federal, luego que cause ejecutoria la sentencia en que se haya concedido el amparo solicitado, o que se reciba testimonio de la ejecutoria dictada en revisión, el juez, la autoridad que haya conocido del juicio o el Tribunal Colegiado de Circuito, si se interpuso revisión contra la resolución que haya pronunciado en materia de amparo directo, la comunicará, por oficio y sin demora alguna, a las autoridades responsables para su cumplimiento y la harán saber a las demás partes.

En casos urgentes y de notorios perjuicios para el quejoso, podrá ordenarse por la vía telegráfica el cumplimiento de la ejecutoria, sin perjuicio de comunicarla íntegramente, conforme al párrafo anterior.

En el propio oficio en que se haga la notificación a las autoridades responsables, se les prevendrá que informen sobre el cumplimiento que se dé al fallo de referencia.

decir, sale del campo de los hechos para incorporarse al del derecho, y en ese punto queda, por tanto, dentro de la obligación fundamental de los juzgadores de aplicar el derecho, independientemente de que las partes lo hagan valer o no, en cada caso concreto"³⁹¹.

El Juez de Distrito invadió la competencia del Poder Legislativo. Este argumento es inexacto debido a que el Juez de Distrito, a pesar de ser un órgano formalmente judicial, cuando dicta las sentencias de amparo en ejercicio de sus facultades emiten normas jurídicas individualizadas que son de naturaleza legislativa pues crea, para el caso concreto, una norma de carácter obligatorio. De esta manera es un error afirmar que la emisión de una sentencia implica la invasión de la competencia del Poder Legislativo.

Tampoco es posible afirmar que el Juez *estableció* el matrimonio entre personas del mismo sexo. No puede hablarse del *establecimiento* de una figura jurídica cuando los efectos de la sentencia se refieren únicamente a las partes.

No se puede obligar al Registro Civil a celebrar un contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo. Este argumento es incorrecto. La norma jurídica individualizada contenida en la sentencia existe desde que ésta queda firme. Desde ese momento su cumplimiento es obligatorio.

Debe recordarse que el Juez de Distrito utilizó el control de convencionalidad para determinar la inaplicación del artículo impugnado. En este sentido, la institución del matrimonio sí está regulada, pero de forma discriminatoria tal como se demostró en la demanda y fue explicado en la sentencia.

De esta forma la decisión del Juez vela por el respeto a los derechos fundamentales de las quejas y al mismo tiempo deja a salvo la competencia legislativa al emitir una sentencia con efectos particulares.

Si el amparo se hubiese sobreseído a pesar del carácter discriminatorio de la norma, como aconteció con los otros juicios, se habría dejado subsistente la vulneración al mandato de no discriminación.

³⁹¹ COSA JUZGADA DEBE ANALIZARSE EX OFICIO. Tesis I.4o.C.37 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, Febrero de 2009, p. 1840. *Nota:* Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 20/2011, de la que derivó la tesis jurisprudencial 1a./J. 52/2011 de rubro: "COSA JUZGADA. DEBE ANALIZARSE DE OFICIO CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTE SU EXISTENCIA AUNQUE NO HAYA SIDO OPUESTA COMO EXCEPCIÓN POR ALGUNA DE LAS PARTES."

3.3.1.1.2. Argumentos del Gobernador

El recurso de revisión interpuesto desde el Poder Ejecutivo³⁹² se fundamentó en tres argumentos: a) el aspecto conceptual del matrimonio, b) el principio de legalidad como expresión de la democracia, y c) la falta de congruencia en la resolución. A continuación, se exponen los razonamientos de la autoridad.

La definición de matrimonio. El recurso de revisión alude a una interpretación teleológica de esa institución civil:

... el matrimonio en el derecho mexicano no sólo se reduce a la convencionalidad de voluntades, sino que por su formación histórica, natural, social, cultural y axiológica, es una institución jurídica, es decir, se constituye a partir de elementos específicos y vincula con su creación, diversas figuras jurídicas por su propia naturaleza y por ser una estructura orgánica que persigue una misma finalidad; que si bien es cierto los actos jurídicos tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios, también es parte que forman parte del todo orgánico jurídico teleológico, que lo constituye y reconoce el sistema jurídico mexicano por vía del matrimonio. De ahí que por su naturaleza teleológica, *la idea de matrimonio parte de la unión de dos personas de sexo diferente*, cuya unión ha sido consagrada por la ley (Baudry-Lacantinerie); idea conceptual congruente con la expuesta por Ahrens que sostiene, *que el matrimonio que, el matrimonio es esa unión formada entre dos personas de diferente sexo con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relacionadas con su consecuencia.* De donde observamos nuevamente esa teleología a partir de sus aptitudes físicas connaturales y que el derecho reconoce y protege en el seno de una comunidad organizada en sociedad y estado, y que es evidente forma parte de su cohesión y finalidad inmediata y última.

Por lo anterior el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, es de considerar que al establecer:

El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se une para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

Es de lógica deducción que el Estado retoma la naturaleza propia del ánimo de las personas al consentir esta figura, pero también considera presentes los elementos conceptuales que la figura exige para tal circunstancia:

- a). Contrato con las formas que el derecho prevé.
- b) Un hombre y una mujer.
- c) El fin de procurar la descendencia; y

³⁹² El recurso de revisión fue interpuesto a través del Lic. Víctor Hugo Alejo Torres, Consejero Jurídico del Gobierno del Estado.

d) La ayuda mutua.

La teleología propia del matrimonio señala entonces que esta Institución entraña esencialmente una sociedad indivisible entendida como alianza o unión por convenio entre un hombre y una mujer, que se proponen como fines procrear, educar a esos hijos y ayudarse mutuamente en esa convivencia convenida, que va más allá de la mera amistad que pudiera ser concebida por el poder público en diversa figura jurídica.³⁹³

Además, la autoridad invocó la doctrina del jurista Gutiérrez y González para sostener que:

... a lo largo de la historia es el matrimonio el que nació como institución de la unión de un hombre y una mujer, y no hay necesidad de desfigurarlo, con total respeto a los consensos de homosexuales y lesbianas que en la vida social de nuestros días y con respeto a esa garantía de igualdad, haga posible que el legislador del poder público, conciba nuevas figuras jurídicas acordes a esa realidad, que reflejan y proyectan una evolución y fortalecimiento del derecho como elemento consustancial a la sociedad.

Por ende no puede concebirse que el matrimonio previsto en la Ley ordinaria civil oaxaqueña atente contra el principio o garantía de igualdad y menos aún, atente contra la dignidad de las quejas en el juicio de amparo en que se actúa...³⁹⁴

La autoridad concluye este análisis conceptual con una referencia al principio de igualdad para exponer que al emitir su sentencia el Juez

... [n]o distingue entre la dignidad como elemento inherente a las personas para aplicarlo en su vida jurídica; y, la institución del matrimonio como tal independientemente de las garantías del gobernado; por lo que habría que notar que la dignidad a que alude el juzgador debe entenderse como aquella cuyo fundamento y razón de ser, está en el origen y razón trascendente del hombre mismo, siendo intangibles porque así se interpreta a los ojos de la sana lógica y con independencia de su aplicación a casos concretos en su ejercicio, se reconoce como tal en los ordenamientos jurídicos para su tutela y preservación. La dignidad de la persona es pues el rango de persona como tal es una característica que no tienen los seres irracionales y ahí su dignidad y trascendencia; aquello que le permite entender además -según Tomás de Aquino-, discernir entre lo propio de su naturaleza. Por ello el Estado respeta esa dignidad y la protege y salvaguarda como valor inherente y propio de la persona, como una individualidad, por ello no puede hablarse de discriminación cuando el quehacer del Estado sólo se limita a responder

³⁹³ Amparo en revisión 186/2012, Op. cit., recurso de revisión interpuesto por el Gobernador del Estado.

³⁹⁴ Ídem.

conforme a la norma sin menoscabo a esa dignidad a la que alude el [sic] juez de distrito fue afectada o vulnerada por razones de preferencia sexual, lo cual no se cuestiona o lacera en ningún momento, o al menos no conforme a alguna norma en específica aludida por las quejas, sino meramente interpretadas a una conducta derivada de su derecho personal que no está previsto en la norma vigente, y que presume o entiende indebidamente violentada al promover su solicitud de matrimonio.³⁹⁵

El principio de legalidad como expresión del régimen democrático. Con este argumento se pretendió exaltar la legitimidad de la ley únicamente por ser el resultado de un consenso mayoritario. A partir de esta premisa la autoridad sostuvo que:

... con independencia del criterio del Juez Segundo respecto a su interpretación del principio de observancia de la ley por el Poder Público, es necesario precisar que en términos de [sic] los artículos 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece en su primer párrafo:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Lo que necesariamente nos impone la idea de un Estado basado en normas emanadas de sus autoridades que garantizan la solidaridad y unidad social; idea que se fortalece para el caso de nuestra entidad federativa, con el PRINCIPIO DE LEGALIDAD que evita que esas autoridades se excedan en sus actuaciones en el marco de la ley, así lo establece el artículo 2 tercer párrafo de la Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca que a la letra establece:

El Poder Público y sus representantes sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza y deben hacer, lo que la ley les ordena. Los particulares pueden hacer lo que la Ley no les prohíbe y deben hacer, lo que la Ley les ordena.

Lo que nos hace concluir que el fallo que se combate, denota exceso e induce a la autoridad administrativa a contravenir una norma formal y materialmente válida, ya que es precisamente la ley la que procura y garantiza los fines para los que ésta fue creada y aún el propio Estado como forma racional de la naturaleza gregaria del hombre; pues es la norma jurídica la que hace posible la materialización de la paz social, el bien común, da seguridad a las actuaciones de los sujetos en su vida social, y procura la justicia como aspiración de los seres humanos. Pues solo observando la ley en su exacta aplicación el estado legitima su actuación al ser instrumento de conciliación

³⁹⁵ Ídem.

y pacificación de las normas establecidas por el derecho, ya Luhmann reflexionaba que cuando el Estado se conduce por los cánones de la ley, se legitima su actuación que equivale a una estabilidad del sistema jurídico y político, que se logra precisamente a través de los procedimientos formales e institucionales que las normas prescriben.

Por ello se concluye que en esa inaplicación del precepto civil al caso expuesto por las quejas... no puede ni debe ser cumplimentado por el Oficial del Registro Civil al que se le impone su observancia; ya que como se expone, generaría una conducta contraria a la legalidad a la que está obligado como servidor público a realizar, y en consecuencia sí generaría una responsabilidad en términos de las leyes aplicables al caso.

Abundado, para el caso -sin conceder- que sí fuese al atender la petición de las quejas, la interrogante lógico-jurídico sería [sic] que norma aplicaría al no observarse la institución del matrimonio, si en la legislación para el Estado de Oaxaca, no existe norma jurídica alterna que se adecúe a la pretensión de las referidas amparistas. Generando con ello confusión, exceso de actuación, y una función no prevista -o al menor hasta el momento- no existente en la ley, como [sic] si existe en otras legislaciones adecuando el caso que nos ocupa.

Más aún, cuando la estructura del [sic] estado Mexicano en términos del artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [sic] e manera contundente establece la conformación y distribución del Supremo Poder de la Federación con funciones específicas para garantizar el estado de derecho. Sin embargo, esta omisión normativa o legislativa no debe ser reparada por esta vía y forma, al no poder obligarse primero al legislador a reparar esta omisión por el efecto del amparo, y menor aún imponer una conducta a la autoridad del [sic] estado a observar la ley vigente y normalmente válida.³⁹⁶

De acuerdo con lo expuesto, la ley expedida siguiendo las normas del proceso legislativo *garantiza la solidaridad y unidad social*. Bajo este presupuesto la función de la justicia constitucional en el amparo contra leyes es percibida como una irrupción en ese espíritu de solidaridad y unidad.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley es interpretada por el Ejecutivo como una trasgresión y no como un triunfo de los derechos humanos como base de todo sistema democrático.

Violación al principio de congruencia. Este principio fue defendido por la autoridad recurrente de la siguiente manera:

³⁹⁶ Ídem.

... las quejas plantearon un acto de autoridad que manifiestan lacera su garantía a la igualdad ante la institución del matrimonio, en tanto el Juzgador plantea que se vulneró su dignidad por razones de preferencias sexuales, manifestándose con esto, un exceso que no concuerda entre lo solicitado y lo interpretado y resuelto por el juzgador.

De igual manera resulta incongruente la actuación del juzgador federal que se cuestiona en su resolución, toda vez que de conformidad a los artículos 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, éste se obliga por disposición legal a observar las leyes y a evitar actuar al margen de ella y menos aún por sus facultades emitir o pronunciarse contrario a ellas, como en el caso que nos ocupa, fallas a efecto de que el servidor público estatal, deje de observar una norma vigente y válida para un acto que no deja de ser obscuro en su interpretación. Pudiendo generar con ella hasta responsabilidad en términos de la ley que se refiere.

Más aún, cuando es de notoria observancia, que el presente juicio constitucional es declarativo más no constitutivo, ya que solo el Poder Judicial de la Federación por conducto del juzgador que conoce el caso concreto en vía de amparo, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad como en el presente caso, pero no puede constituir un derecho y menos aún una norma que para el caso concreto expuesto por las quejas... no existe en el marco legal vigente en el Estado de Oaxaca.³⁹⁷

De acuerdo con este argumento el principio de igualdad no guarda relación con el respeto a la dignidad humana. La autoridad hace derivar la incongruencia de la sentencia de esta supuesta independencia absoluta de conceptos.

Siguiendo la misma estrategia utilizada con el recurso de revisión del Congreso del Estado también en este caso se interpuso un recurso de revisión adhesiva que buscó desvirtuar los agravios desarrollados por el Poder Ejecutivo:

El aspecto conceptual del matrimonio. La propuesta argumentativa de la autoridad desconoce los avances en materia de derechos humanos, así como de la jurisprudencia en torno a la figura del matrimonio. La acción de inconstitucionalidad 2/2010³⁹⁸ se pronunció sobre este tema por lo que no puede

³⁹⁷ Ídem.

³⁹⁸ Ver supra 1.1.2.3. También se invocaron las siguientes tesis: MATRIMONIO. NO ES UN CONCEPTO INMUTABLE. Tesis P. XXVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 881; MATRIMONIO. LA "POTENCIALIDAD" DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN. Tesis P. XXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, Agosto de 2011, p. 879.

continuarse sustentando una postura que el Pleno de la Suprema Corte declaró inválida. De esta manera, los argumentos de la autoridad corresponden a un punto de vista jurídico obsoleto y por lo tanto son inatendibles.

Por otro lado, las ideas expuestas sobre la dignidad resultan incompatibles con el paradigma de los derechos humanos pues se funda en una única idea de la expresión de la existencia humana desconociendo la diversidad y con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El principio de legalidad como expresión de la democracia. El argumento de la autoridad es inexacto ya que es un error sostener de forma ilimitada que el principio de legalidad obliga a las autoridades a actuar conforme a lo prescrito por la ley. De acuerdo con el numeral 40 constitucional ese principio se encuentra limitado por el contenido del Pacto Federal y por todo el marco constitucional en términos del propio artículo 1 de la Constitución Federal.

Falta de congruencia en la resolución. Una acusación de incongruencia no puede tener como base el argumento de que el acto reclamado se planteó como violación al principio de igualdad y la sentencia se refiera a la trasgresión de la dignidad humana. Una propuesta en estos términos desconoce el desarrollo jurisprudencial que vincula indisolublemente a ambos conceptos³⁹⁹.

Por otro lado, la interpretación del artículo 155 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁴⁰⁰ propuesta por la autoridad es absurda. La materia del juicio de amparo contra leyes tiene como premisa la inevitable posibilidad de que normas jurídicas de carácter general serán declaradas contrarias al marco constitucional.

3.3.1.1.3. Argumentos del Registro Civil

La estrategia de la Oficial del Registro Civil fue convertir la sentencia de sobreseimiento en el juicio 1072/2011 en un recurso de revisión. Transcribió íntegramente el texto de la resolución en forma de un agravio único. Por esta razón

³⁹⁹ Ver nota 358.

⁴⁰⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. *Artículo 155.* La protesta a que se refiere este capítulo se prestará en los términos siguientes: ¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de (el que se confiera al interesado) que se os ha conferido; guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión? El interesado responderá: Sí protesto. La autoridad que tome la protesta añadirá: Si no lo hicierais así, la nación os lo demande.

los argumentos que se oponen a este recurso serán analizados al momento de hacer el estudio de esa sentencia⁴⁰¹.

No obstante esta circunstancia la autoridad utiliza el concepto de "naturaleza humana" para exponer dos argumentos peligrosos para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. El primero de ellos aparece al referirse al alcance del derecho a la igualdad:

Por cuanto hace a la idea de igualdad por principio de dignidad de las personas, si bien es cierto este criterio axiológico puede manifestarse en el trato que merecen las personas para evitar discriminación alguna, más aún como el caso se plantea, por preferencia sexual alguna; no cabe duda que se procura una igualdad frente al Estado en donde éste le garantiza su actuación dentro del marco de la ley sin menoscabo de sus esfera jurídica frente a los demás sujetos de derecho que ejercitan por igual sus derechos reconocidos.

Sin embargo, no debe olvidar que la igualdad que reconoce la ley es por atendiendo a dos aspectos fundamentales inherentes al ser humano:

- a. A su aptitud natural: que debe interpretarse como las potencialidades que lo caracterizan, como respirar, hablar, caminar; como también reproducirse, fecundar o ser fecundado; y,
- b. A su dignidad inherente por su propia naturaleza, que debe entenderse como esa virtud intangible propia de su razón de ser, por su origen y razón trascendente, que es la que el estado atiende y despliega en principio reconocidos por el cuerpo normativo, y que no solo tutela, sino que procura su realización y ejercicio en el ámbito de la vida individual y social.

Por ello, y abundando más al respecto, no podemos entender al hombre en su integridad axiológica, si no es a partir de su esencia misma, que es lo que por ende lo hace único e igual ante sus semejantes, su capacidad de comprender y trascender, por ello el estado lo reconoce como tal, de donde no puede alegarse discriminación donde no se ha acreditado lesión, sino por el contrario, ha sido respetado ese valor en su propia garantía por cuanto a su dignidad hace, con independencia de diverso acto o institución jurídica.

De lo anterior, consideramos que no existe discriminación alguna, pues esas características inherentes a la naturaleza de los quejosos, ha sido plenamente respetado por la autoridad responsable, ya que su actuación en el marco normativo es el propio de su calidad humana, es decir su dignidad que le merece respeto, trato igual y conforme a derecho.⁴⁰²

En este entendido, y considerando el precedente que deriva de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 no puede considerarse válida una interpretación del

⁴⁰¹ Ver infra 3.4.1.2.1.

⁴⁰² Amparo en revisión 186/2012, Op. cit., recurso de revisión interpuesto por el Oficial del Registro Civil.

artículo 30 constitucional que pretenda enmarcar al matrimonio únicamente como la unión de un hombre y una mujer.

El segundo argumento se hace presente en páginas posteriores con el mismo tono del discurso que fundamenta la igualdad de las personas en la obediencia al *orden natural*:

... es menester recordar que el matrimonio constituye la base fundamental de la familia, y por ende, el contenido mismo que tutela y protege el derecho mexicano. De donde se erige como una institución de nuestro derecho.

No olvidamos que una institución se constituye por un conjunto de normas y figuras jurídicas que no solo reconocen, sino que además regulan y garantizan los fines del matrimonio, y por ende todos los actos jurídicos que en torno a él, se manifiestan y se ejercitan, además de estar vinculados por la esencia que lo fundamenta y por la finalidad común que entre ellos existe. Es oportuno reconocer -según Ihering-, que esta unidad no obedece a la similitud o analogía normativa, sino que es de carácter teleológico, es decir, por su finalidad.

Por ello en el caso del matrimonio, no puede observarse a éste, como un mero acuerdo de voluntades que culmina con el consentimiento mismo, es decir, con la voluntad de unirse, pero que participan no solo de generar actos comunes; sino que precisamente es esa naturaleza la que por vía de matrimonio les permite trascender como entidades naturales racionales, como es el caso de la procreación que se erige como la finalidad última y que es precisamente lo que el Derecho Mexicano estima de vital importancia por ser hasta ahora la única manera de continuar la natural descendencia y que por ende tutela, protege y salvaguarda en la figura del matrimonio.⁴⁰³

Este tipo de discursos resulta inadmisibles en cualquier estado de derecho, lamentablemente no fue retomado en sus dimensiones al resolverse los recursos de revisión, pero es importante dejar constancia de ello para evidenciar el riesgo de sustentar el respeto a los derechos humanos en la idea de obediencia a un *orden natural*.

3.3.1.2. Resistencia ciudadana

En los juicios 1072/2011 y 24/2012 los jueces dictaron una resolución de sobreseimiento. Ambos fundaron y motivaron la improcedencia del juicio argumentando que el principio de relatividad de las sentencias de amparo imposibilita el estudio de una omisión legislativa. Contra estas decisiones los recursos de revisión fueron interpuestos por las parejas cuyo juicio fue sobreseído.

⁴⁰³ Ídem.

La resolución dictada en el expediente 1072/2011 aborda cinco argumentos principales: a) Preámbulo sobre el matrimonio como institución jurídica, b) Contenido del principio de igualdad y no discriminación, c) Contenido del artículo 4o constitucional, d) Estudio del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, e) La procedencia del juicio en el caso concreto. A cada uno de estos argumentos se le dio puntual respuesta en el recurso de revisión.

El concepto de matrimonio en general. Cada entidad de la república puede legislar en materia civil y/o familiar, incluyendo la regulación en torno al matrimonio⁴⁰⁴. Por otro lado, el texto constitucional federal proyecta sobre el marco jurídico nacional ciertos estándares que deben respetarse incluso en aquellas materia cuya competencia legislativa corresponde a los Estados.

El artículo 30 constitucional señala que son mexicanos por naturalización la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley⁴⁰⁵. Para efectos de la interpretación de este numeral, una definición de matrimonio que derive del texto constitucional debe ser congruente con el desarrollo sobre los alcances el término *familia* contenido en el artículo 4o del mismo texto.

De igual manera, un concepto de matrimonio que se proyecte desde la Constitución Federal debe dar cabida a los marcos jurídicos locales más garantistas como el de la Ciudad de México que define al matrimonio como la unión de dos personas y no únicamente como la unión de un hombre y una mujer.

⁴⁰⁴ Ver supra 2.3.2.1.

⁴⁰⁵ Constitución Federal. *Artículo 30*. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

En este sentido, la apreciación del Juez de Distrito resulta incorrecta toda vez que la norma establecida en la fracción II del inciso B del artículo 30 constitucional refiere que la nacionalidad mexicana la obtienen: “*La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos*” y no lo que el juzgador pretendió deducir sobre el matrimonio heterosexual en oposición al homosexual. Si el constituyente hubiera tenido la intención expresa de excluir a las familias homoparentales hubiera establecido: “*La mujer extranjera que contraiga matrimonio con varón mexicano, o el varón extranjero que contraigan matrimonio con mujer mexicana.*”

Sin cambiar el sentido de la norma el texto de la citada fracción podría sustituirse por “Es mexicana por naturalización: *La persona extranjera que contraigan matrimonio con una persona de ciudadanía mexicana*”; incluso esto sólo tendría efectos sobre la interpretación de las formas en que se transmite la nacionalidad mexicana y no sobre la configuración de una definición constitucional de *matrimonio* y mucho menos de *familia*.

Una interpretación restrictiva como la propuesta por el Juez es contraria al principio *pro persona* contenido en el artículo 1 constitucional. Además, un análisis básico de técnica legislativa arroja que el texto no va encaminado a conceptualizar la figura del matrimonio en el orden heterosexual sino a delimitar las hipótesis en que se transmite la nacionalidad mexicana a través de la unión matrimonial entre una persona mexicana y una extranjera.

Además, no pasa desapercibido que en la sentencia 1072/2011, de acuerdo con lo expuesto en el apartado 2.1., se plantea una propuesta de interpretación del texto constitucional que fue rechazada por la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010. En estas circunstancias, la *conceptualización* de “matrimonio” propuesta por el Juez es inválida.

Alcances del principio de igualdad y no discriminación. Se coincide en lo general con la sentencia cuando se refiere a que el legislador oaxaqueño fue omiso al contemplar la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; sin embargo, en su análisis el Juez no tomó en cuenta que al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 la Suprema Corte sostuvo que las parejas homosexuales también pueden formar familias y que éstas merecen la protección del Estado en igualdad de circunstancias que las familias heteroparentales⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Ver supra 1.1.2.3.

De acuerdo a lo anterior, el recurso de revisión expuso que ante situaciones jurídicas iguales como es la posibilidad de constituir familias, tanto el modelo homoparental como el heteroparental deben gozar de las garantías para su protección, entre ellas la posibilidad de acceder a la figura del matrimonio.

Así, aunque el legislador haya sido omiso, las reglas del principio de no discriminación exigían otorgar el mismo trato jurídico a las parejas del mismo sexo, lo que implica permitirles contraer matrimonio.

La figura del matrimonio en el Estado de Oaxaca. Cuando se habla del matrimonio como una institución del derecho debe tomarse en cuenta el principio de autorreferencia; es decir, que su significado adquiere sentido en relación con el propio sistema jurídico.

La regulación del matrimonio desde el punto de vista del derecho, que es de lo que se habla al referirse a la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, debe ser compatible con el marco constitucional contemporáneo. Debe enfocarse en el reconocimiento de la realidad social de manera que sea capaz de cumplir con la función que el sistema jurídico le ha asignado. En ello reside la mutabilidad a la que se refirió la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Por otro lado, históricamente el matrimonio civil fue instituido como una forma de proteger a la familia; se consideraba como la única forma de integrarla. En este sentido, el reconocimiento de la realidad social hizo necesaria la ampliación de la protección jurídica a otras formas de familia; sin embargo, debido al sistema federal, ese proceso no se ha dado de forma simultánea en el territorio nacional. Los ambientes políticos que privan en cada entidad determinan el avance de estos cambios.

En el caso de Oaxaca, el Código Civil fue publicado en 1943. Desde esa fecha las relaciones familiares se han transformado y el sistema jurídico ha avanzado en el reconocimiento de derechos incluyendo la protección a otros modelos familiares además del nuclear.

Así, el legislador ordinario decidió proteger a la familia únicamente a través del matrimonio y posteriormente también con el concubinato como una institución accesoria.

Ante este panorama, el análisis del Juez es parcialmente correcto, en el Estado de Oaxaca no existe una regulación jurídica para las familias homoparentales; sin embargo, sí existe una normatividad en materia familiar de la cual se les excluye.

Desde esta perspectiva, el matrimonio no debe considerarse un fin en sí mismo, sino una garantía, un medio para materializar la protección jurídica a la familia ordenada por el artículo 4 constitucional.

En estos términos, aunque se reconozca una omisión absoluta en la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que ordena la Constitución es la protección a la familia, no la regulación del matrimonio. Consecuentemente, de acuerdo a lo expuesto en el apartado 2.1, esta circunstancia se traduce en una omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio: se protege sólo a algunas familias, no a todas. Esta omisión es atribuible directamente al legislador local.

La procedencia del juicio. Los preceptos de la Ley de Amparo abrogada que sirvieron de fundamento al juez para emitir su sentencia establecían una causal de improcedencia abierta que podía actualizarse cuando de algún precepto constitucional, o de la propia ley de amparo, fuera posible concluir alguna vulneración a los principios rectores del juicio de amparo⁴⁰⁷; asimismo contemplaba el principio de relatividad de la sentencia⁴⁰⁸ y el efecto de la sentencia condenatoria: obligar a la autoridad a respetar el derecho vulnerado⁴⁰⁹.

Con base en lo anterior el Juez consideró que el juicio de amparo es improcedente debido a que la única solución al problema constitucional planteado en la demanda era la modificación de la ley y eso excedía los alcances del juicio de amparo al vulnerar el principio de relatividad de las sentencias.

El desacuerdo con la argumentación del Juez versó sobre dos puntos principales: Los efectos de las sentencias y la procedencia del amparo contra las omisiones legislativas.

En relación a los efectos de la sentencia, al referirse a la omisión legislativa el juez determinó que “en virtud de sus efectos [del juicio de garantías] no se puede

⁴⁰⁷ Artículo 73. El juicio de amparo es improcedente: ...

XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

⁴⁰⁸ Artículo 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

⁴⁰⁹ Artículo 80.- La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

obligar al legislador ordinario a colmar la falta de previsión en esa materia, dado que el efecto relativo que conllevan las sentencias de amparo lo impide, actualizándose la causal de improcedencia”⁴¹⁰.

La Ley de amparo abrogada señalaba que la protección se otorga únicamente a la parte quejosa en el juicio. Esto significa que el principio de relatividad de las sentencias impide dar un efecto general; sin embargo, en el caso concreto eso no era un obstáculo para declarar la inconstitucionalidad de una norma sin que se le prive de validez de forma general⁴¹¹; en consecuencia, el razonamiento del Juez carece de sustento.

Por lo que hace a la procedencia del amparo contra omisiones legislativas, la jurisprudencia invocada por el Juez de Distrito⁴¹² no es aplicable al caso concreto además de haber sido emitida en 1997 bajo el contexto de otros parámetros de regulación de este medio de control constitucional. Al momento de emitirse ese criterio la Constitución no contemplaba expresamente la procedencia del amparo contra omisiones de las autoridades.

La argumentación del Juez de Distrito en el amparo 24/2012 se enfocó únicamente en la improcedencia del juicio contra omisiones legislativas. En consecuencia, el recurso de revisión sólo se ocupó de ese aspecto tomando en cuenta los argumentos expresados en líneas anteriores.

3.3.1.3. Defensa del interés legítimo

En el juicio 738/2012 correspondiente al amparo colectivo, la resolución de sobreseimiento se fundamentó en la causal de improcedencia que considera que no hay una afectación reclamable en el amparo porque no existía un acto de aplicación de la norma impugnada. En otras palabras, el Juez determinó que la parte quejosa carecía de interés jurídico.

⁴¹⁰ Amparo indirecto 1072/2012, Op. cit., sentencia versión pública, p. 15.

⁴¹¹ Véase LEYES, AMPARO CONTRA, EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN. Tesis P. 31, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Primera Parte, Enero a Junio de 1989, p. 228.

⁴¹² LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Tesis P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, Diciembre de 1997, p. 180.

Esta conclusión es incorrecta porque, como se desarrolló en el apartado 3.2.1.1.1, la procedencia de la demanda se fundamentó en el concepto de interés legítimo y no en el de interés jurídico.

Bajo estas circunstancias el recurso de revisión se enfocó en exponer dos argumentos principales: La incorrecta apreciación de la procedencia de la demanda y el estudio indebido de la titularidad del interés legítimo.

La incorrecta apreciación de la procedencia. El Juez de Distrito consideró el concepto de interés jurídico para evaluar la procedencia del juicio. Esto es incorrecto porque la demanda no invocó el interés jurídico sino legítimo.

Bajo este contexto y tomando en cuenta que los parámetros de estudio del interés legítimo son distintos a los desarrollados tradicionalmente para el interés jurídico, se concluye que el Juez dejó de atender el tema de fondo por un error en la apreciación del fundamento de procedencia.

De este error se desprenden diversas consecuencias. En primer lugar, provocó que el Juez haya requerido un acto de aplicación de la norma como condición para determinar la procedencia del juicio.

En segundo término, implicó que el Juez no estudiara el fondo del asunto. No se pronunció sobre si la sola falta de legislación para la protección jurídica de las familias homoparentales genera una violación al derecho a la igualdad y no discriminación tutelado por el marco constitucional.

El estudio indebido de la titularidad del interés legítimo. El Juez consideró que no se había demostrado la titularidad de un derecho o de un interés legítimo. Esta afirmación es falsa. En el escrito de demanda⁴¹³ se aportaron elementos para demostrar la existencia del interés legítimo pero no fueron estudiados.

En el escrito inicial se expresaron los argumentos necesarios para demostrar la existencia del derecho a la igualdad y no discriminación, así como su afectación.

Para que el Juez emitiera una resolución afirmando que no se había demostrado la titularidad de un derecho o un interés legítimo debió desvirtuar los argumentos de la demanda. Esto requería necesariamente considerar procedente el juicio para resolver el problema de constitucionalidad planteado. Tomando en cuenta todos estos razonamientos se solicitó la revocación del sobreseimiento y se procediera con el estudio de fondo de la litis planteada.

⁴¹³ Ver supra 3.2.1.1.1.

3.3.2. El camino hacia la Suprema Corte

Llegado a este punto había cuatro juicios de amparo en revisión relacionados con la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

Como parte de la estrategia de litigio, con la asesoría de Sergio Méndez Silva y Geraldina Gonzales de la Vega Hernández, se solicitó a la Primera Sala de Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción⁴¹⁴. La decisión sobre la atracción giró en torno a tres temas:

- 1) Análisis de las causas de improcedencia invocadas por los jueces de distrito en los juicios 1072/2011 y 24/2014.
- 2) Revisión de la sentencia 1143/2012 que otorga el amparo a la pareja quejosa.
- 3) Estudio del interés legítimo como criterio de procedencia en el juicio 738/2012.

El primer tema se trató en las Solicitudes de Ejercicio de la Facultad de Atracción 125/2012⁴¹⁵ a cargo del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo y 201/2012⁴¹⁶ bajo la ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero, correspondientes a los amparos 1072/2011 y 24/2012 respectivamente.

La importancia y trascendencia del estudio de constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca se abordó en la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 202/2012⁴¹⁷ a cargo del Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, relativo al amparo 1143/2011.

Finalmente, el tema que justificó la atracción del juicio 738/2012 fue el interés legítimo como criterio de procedencia del juicio de amparo. El estudio

⁴¹⁴ La Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción del juicio Amparo en revisión 328/2012 fue realizada directamente por el Tribunal Colegiado.

⁴¹⁵ Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 125/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 6 de junio de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, ausente el Ministro Arturo Zaldívar Lelo De Larrea. Ponente Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disponible en: [\[http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12001250.024.doc\]](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12001250.024.doc)

⁴¹⁶ Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 201/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 22 de agosto de 2012. Cinco votos de los Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero. Ponente Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero en: [\[http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12002010.024-1272.doc\]](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12002010.024-1272.doc)

⁴¹⁷ Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 202/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 15 de agosto de 2012. Cinco votos de los Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero. Ponente Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disponible en: [\[http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12002020.024-1270.doc\]](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12002020.024-1270.doc)

correspondiente se realizó en la Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 387/2012⁴¹⁸ bajo la ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero.

Las cuatro propuestas de atracción se votaron favorablemente dando lugar a la apertura de nuevos expedientes de amparo en revisión turnados a distintos Ministros:

Amparo Indirecto	Amparo en revisión Suprema Corte	Ponente
1072/2011	457/2012 ⁴¹⁹	Ministro José Ramón Cossío Díaz
1143/2011	581/2012 ⁴²⁰	Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
24/2012	567/2012 ⁴²¹	Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
738/2012	152/2013 ⁴²²	Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Con este paso la Suprema Corte asumió la responsabilidad de dictar la última palabra en los cuatro juicios que se han venido describiendo en este trabajo.

⁴¹⁸ Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 387/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 6 de marzo de 2013. Cinco votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero.

⁴¹⁹ Amparo en revisión 457/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, ausente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ponente Ministro José Ramón Cossío Díaz. Disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12004570.002-1307.doc>]

⁴²⁰ Amparo en revisión 581/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, ausente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ponente Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12005810.002-1310.doc>]

⁴²¹ Amparo en revisión 567/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, ausente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ponente Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12005670.002-1310.doc>]

⁴²² 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 José Ramón Cossío Díaz, , Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero. Disidente Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/13001520.002-2215.doc>]

3.4. Matrimonio igualitario. La última palabra

Las primeras solicitudes de matrimonio se presentaron en agosto de 2011. Los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012, que surgieron a partir de las respuestas del Registro Civil a esas peticiones, aparecieron en la lista de asuntos a resolver en la sesión pública de la Primera Sala del 28 de noviembre de 2012; sin embargo, fueron resueltos hasta el 5 de diciembre de ese mismo año. La decisión se tomó por unanimidad de cuatro votos de la Ministra y Ministros presentes.

El amparo colectivo se interpuso el 17 de mayo de 2012. Su recurso de revisión se resolvió en la sesión del 24 de abril de 2014 por una mayoría de cuatro votos.

En términos generales, el presente capítulo desarrolla el contenido de las decisiones de la Suprema Corte en los cuatro juicios que se han descrito en esta investigación.

Las sentencias que se analizan son el legado que este trabajo aporta no sólo a la comunidad jurídica sino a todo un sector de la población que ha descubierto en ellas un elemento para impulsar un movimiento de reivindicación de derechos que estaba estancado por falta de estrategias de incidencia más allá de la participación político-partidista.

Para cumplir el objetivo, el contenido de este apartado se divide en dos planteamientos. El primero desarrolla las sentencias emitidas por la Corte en los tres amparos iniciales; es decir, aquellos juicios iniciados por las parejas a quienes el registro civil les negó el matrimonio.

En un segundo momento se expone la decisión final en el juicio colectivo en el que se buscó declarar la inconstitucionalidad del Código Civil sin necesidad de provocar un acto de aplicación.

3.4.1. Los juicios con acto de aplicación⁴²³

Los tres juicios iniciados por las parejas se resolvieron en primera instancia con criterios contradictorios a pesar de haberse dado en el contexto de un mismo planteamiento constitucional.

En el entendido de que sólo prevalecería uno de los dos criterios, el trabajo de la Suprema Corte consistió por un lado en construir los argumentos necesarios

⁴²³ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ DÍAZ, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 93-94.

para confirmar una postura y por el otro desarrollar los razonamientos para revocar el planteamiento opuesto.

3.4.1.1. La confirmación del amparo

El proyecto de sentencia del amparo en revisión 581/2012⁴²⁴ estuvo a cargo del Ministro Arturo Zaldivar Lelo de Larrea.

Debe recordarse que este caso procede del recurso interpuesto por diversas autoridades responsables contra la sentencia de primera instancia que concedió el amparo a una de las parejas contra el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. A continuación, se expone el contenido de la resolución.

3.4.1.1.1. Procedencia

La Suprema Corte antes de entrar al estudio de fondo se pronunció sobre la procedencia de los recursos interpuestos por las autoridades responsables. En primer término desechó el presentado por el Registro Civil⁴²⁵ debido a que una autoridad ejecutora no está legitimada para defender la constitucionalidad de la norma al no haber participado en el proceso legislativo que la creó⁴²⁶.

Por otro lado, el Congreso⁴²⁷ había argumentado la improcedencia del juicio por considerar que la sentencia dictada a favor de una de las parejas era de imposible ejecución en el entendido de que no se puede obligar a la Oficial del Registro Civil a celebrar un acto no previsto por la ley. Asimismo, sostenía que para resolver el problema de constitucionalidad planteado se requería reformar la norma impugnada; sin embargo, el principio de relatividad de las sentencias de amparo impide que el Juez ordene esa modificación.

⁴²⁴ Ver supra 3.3.2.

⁴²⁵ Ver supra 3.1.1.2.

⁴²⁶ "En cambio, procede desechar el recurso de revisión interpuesto por el Primer Oficial del Registro Civil del Distrito del Centro, Oaxaca, ya que dicho funcionario no participó en la aprobación y promulgación del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. En consecuencia, carece de legitimación para interponer el recurso de revisión de conformidad con el artículo 87 de la Ley de Amparo, toda vez que el Juez de Distrito sustentó la concesión del amparo en la inconstitucionalidad del precepto reclamado. En este sentido, al ser el Primer Oficial del Registro Civil del Distrito del Centro, Oaxaca, la autoridad que únicamente aplicó al caso concreto la norma impugnada, resulta incorrecta la decisión del Tribunal Colegiado de haber admitido el recurso interpuesto por dicha autoridad y, en consecuencia, éste debe desecharse", en Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., p. 5.

⁴²⁷ Ver supra 3.1.1.3.

La Corte no se pronunció sobre este argumento al analizar la procedencia del juicio por considerar que la respuesta a este planteamiento requería una argumentación relacionada con el fondo del asunto.

Por otro lado, el representante del Poder Ejecutivo, había solicitado el sobreseimiento invocando la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas. Al analizar este argumento la Sala recordó que éste ya había sido estudiado por el Juez de Distrito. Sostuvo que coincidía con ese razonamiento y confirmó la procedencia del juicio:

... las quejas señalaron en una parte de la demanda de amparo que impugnaban la omisión en la que incurrió el legislador al no regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, es correcta la apreciación del Juez de Distrito en el sentido de que en realidad no se está en presencia de una omisión, toda vez que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca sí contempla la figura del matrimonio, aunque excluye del acceso a esa institución a las parejas del mismo sexo.

Al respecto, esta Primera Sala sostuvo en el amparo en revisión 416/2010 que “en aquellos casos donde un régimen jurídico tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo, no debe desestimarse el planteamiento de violación a la garantía de igualdad bajo la consideración de que el tema involucra un problema de omisión legislativa.”⁴²⁸ En este sentido, debe reiterarse que cuando se reclame la inconstitucionalidad de una ley por *exclusión tácita* de una categoría de personas de un determinado régimen jurídico o beneficio ese argumento debe analizarse a la luz del principio de igualdad. Por tanto, la precisión de los actos reclamados realizada por el Juez de Distrito fue correcta y el agravio relacionado con esta cuestión es infundado.⁴²⁹

Al confirmarse la procedencia del juicio el siguiente paso fue el estudio del problema de constitucionalidad planteado.

3.4.1.1.2. Decisión de la Corte

El estudio de la *litis* constitucional consistió en determinar si el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca vulnera el principio de no discriminación.

Para analizar la sentencia en el marco de los objetivos de esta investigación su contenido fue organizado de la siguiente manera:

⁴²⁸ Este criterio dio lugar a la tesis 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. Tesis 1a. CX/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, Diciembre de 2010, p. 167.

⁴²⁹ Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., pp. 28-29.

- I. Matrimonio entre personas del mismo sexo como problema de constitucionalidad.
- II. Matrimonio entre personas del mismo sexo y el principio de no discriminación.
 - A. Aplicación del *test de escrutinio estricto* al caso concreto.
 - B. Criterios de derecho comparado.
- III Libertad de configuración normativa.

A continuación, se desarrolla cada uno de estos argumentos:

I. Matrimonio entre personas del mismo sexo como problema constitucional. Al analizar la acción de inconstitucionalidad 2/2010 se expuso que en esa decisión el estudio del matrimonio entre personas del mismo sexo se hizo bajo la dinámica que impone dicho medio de control constitucional⁴³⁰.

En ese precedente quedaron pendientes diversos temas, entre ellos las consecuencias que el fallo tendría en aquellas regulaciones que no contemplaban ninguna forma de protección para las familias homoparentales y específicamente en la que excluyen del acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

La sentencia inicia el estudio de fondo especificando la distinción entre el análisis de constitucionalidad de la ampliación de los términos de protección de un derecho de aquél que se refiere a la constitucionalidad de su restricción:

En el derecho comparado, pueden identificarse *dos formas* de aproximarse al tema de los matrimonios entre personas del mismo sexo en sede constitucional. En aquellos casos donde se ha impugnado la legislación que *amplía el acceso* al matrimonio a las parejas homosexuales, el problema que se plantea es si dicha regulación es *legítima* desde el punto de vista constitucional. Más específicamente, la pregunta que han tenido que responder los tribunales que se han ocupado de esta cuestión es si el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a alguna disposición constitucional en específico, por ejemplo, si no contraviene las normas que existen en algunas Constituciones sobre la familia o sobre el propio matrimonio.

Por otro lado, en otras ocasiones la impugnación se ha enderezado en contra de las normas que *no permiten* el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo. En estos casos el problema se ha analizado centralmente en clave de igualdad. La cuestión consiste en determinar si esa regulación es *discriminatoria* por no permitir el acceso a la institución matrimonial a las

⁴³⁰ Ver supra 1.1.2.3.

parejas homosexuales. Así, la pregunta es si la exigencia tradicional de diversidad de sexos para poder contraer matrimonio es contraria al principio constitucional de igualdad. O dicho de otro modo, si está justificada la distinción trazada por el legislador que impide el acceso a la institución matrimonial a las parejas homosexuales.

Al respecto, hay que destacar que la lógica en la que se plantean estos problemas es totalmente distinta. En el primer caso, se trata de determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es *posible* o *tiene cabida* dentro de la Constitución. En cambio, en la segunda aproximación se trata de establecer si la Constitución *exige* que se permita el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En relación con este tema, el Pleno de esta Suprema Corte se ocupó de esta cuestión en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 desde la primera de estas perspectivas. En este sentido, resolvió que las reformas al Código Civil del Distrito Federal que permiten contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo son compatibles con la Constitución. Más concretamente, sostuvo que dicha regulación no contraviene el concepto de familia protegido por el artículo 4º constitucional.

El problema que se plantea a esta Primera Sala en el presente recurso de revisión debe analizarse desde la segunda de estas aproximaciones. Como se señaló en el considerando cuarto, en su demanda de amparo las quejas argumentaron que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca era discriminatorio por no permitir el acceso a la institución matrimonial de forma igualitaria tanto a parejas heterosexuales como a parejas homosexuales. Así, el presente asunto debe examinarse a la luz de los criterios desarrollados por esta Suprema Corte para enjuiciar los casos donde se alegan violaciones al principio constitucional de igualdad.⁴³¹

De esta forma la Sala dejó claro que el estudio de estos casos requiere un enfoque distinto al utilizado por el Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

II. Matrimonio entre personas del mismo sexo y el principio de no discriminación. La Corte utilizó el *test de escrutinio* estricto para evaluar el contenido del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca. El objetivo fue determinar si la restricción que contiene para que las parejas del mismo sexo no puedan contraer matrimonio se encuentra directamente relacionada con un fin constitucionalmente protegido y por tanto está justificada. Sobre la aplicación de esta metodología señaló:

Un primer paso consiste en determinar la intensidad con la que tiene que hacerse el escrutinio de la distinción realizada por el legislador. En este

⁴³¹ Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., pp. 26-28.

sentido, las quejas alegan que la medida legislativa impugnada hace una distinción basada en las preferencias sexuales de las personas. Al respecto, esta Suprema Corte ha sostenido en múltiples precedentes que cuando la distinción impugnada se apoya en una “categoría sospechosa” debe realizarse un *escrutinio estricto* para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad. En esos casos, se ha señalado que “el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio *especialmente cuidadoso* desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad” (énfasis añadido).

En este sentido, una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, *preferencias sexuales*, 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”.

La utilización de estas categorías 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.

Ahora bien, la cuestión que debe verificarse es si en el caso concreto la medida legislativa impugnada efectivamente hace una distinción basada en una categoría sospechosa. Para poder realizar un pronunciamiento al respecto, resulta necesario recordar lo que establece textualmente el artículo impugnado del Código Civil de Oaxaca. En la parte que aquí interesa, el precepto dispone lo siguiente:

Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

[...]

En este caso concreto la medida legislativa examinada *distingue implícitamente* entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo: a las primeras les está permitido el acceso al matrimonio, mientras las segundas no tienen esa posibilidad. Si bien podría argumentarse que el precepto no hace una distinción con base en las preferencias sexuales de las personas porque a nadie se le pide que manifieste su preferencia sexual para acceder al matrimonio, eso no es obstáculo para sostener que la norma impugnada efectivamente hace una distinción apoyada en esa categoría sospechosa. El hecho de que *el acceso* al poder normativo para contraer matrimonio no esté condicionado aparentemente a las preferencias sexuales no significa que no exista una distinción implícita apoyada en ese criterio.

Para poder establecer si existe una distinción implícita no es suficiente saber *quiénes* tienen el poder normativo en cuestión, sino también *qué les permite hacer* a esas personas. En este sentido, aunque la norma conceda el poder normativo para casarse a cualquier persona, con independencia de su preferencia sexual, si ese poder únicamente puede ejercitarse para casarse con alguien del *sexo opuesto*, es indudable que la norma impugnada sí comporta en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales.

Al respecto, puede sostenerse que este tipo de normas hacen una diferenciación implícita porque un homosexual únicamente puede acceder al mismo derecho que tiene un heterosexual *si niega su orientación sexual*, que es precisamente la característica que lo define como homosexual. La preferencia sexual no es un estatus que el individuo posee, sino algo que se demuestra a través de *conductas concretas* como la elección de la pareja. Así, esta Primera Sala considera que la medida impugnada se basa en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que traza para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial se apoya en las *preferencias sexuales* de las personas.⁴³²

Expuesto lo anterior, la Sala explicó la aplicación del *test de escrutinio estricto*⁴³³ y procedió a utilizarlo en el análisis del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca:

⁴³² Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., pp. 30-33.

⁴³³ "Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en las categorías sospechosas del sexo y las preferencias sexuales, corresponde realizar un *escrutinio estricto* de la medida legislativa. Para mayor claridad, esta Primera Sala estima conveniente hacer una explicación de la forma en la que se tiene que realizar el test de igualdad en estos casos para poder clarificar las diferencias que existen entre un escrutinio ordinario y el que debe aplicarse a las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa.

"En primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una *finalidad imperiosa* desde el punto de vista constitucional. Al respecto, esta Primera Sala sostuvo en el amparo directo en revisión 988/2004 que cuando se aplica el test de escrutinio estricto para enjuiciar una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad *constitucionalmente admisible*. Dicho de otra forma, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo *constitucionalmente importante*.

"En la terminología de la jurisprudencia estadounidense, se dice que la medida tiene que perseguir un '*compelling state interest*'. En el ámbito doctrinal se ha señalado que una forma de entender en la tradición continental este concepto podría ser que la medida debe perseguir la satisfacción o protección de un mandato de rango constitucional.

"En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. En el citado amparo directo en revisión 988/2004, la Primera Sala explicó que la medida legislativa debe estar *directamente conectada* con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados. Otra forma de decirlo, sería que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté

A. *Aplicación del test de escrutinio estricto a la norma impugnada.* Para la aplicación del test la Sala partió de dos consideraciones que ya habían sido expuestas en la acción de inconstitucionalidad 2/2010: a) El artículo 4o Constitucional protege a la familia como realidad social sin limitarse a un modelo ideal, y b) La separación conceptual del matrimonio y la función reproductiva⁴³⁴.

De esta manera la sentencia expone:

Una vez explicada la estructura del test de escrutinio estricto, esta Primera Sala procede a aplicarlo al caso concreto. De acuerdo con lo antes expuesto, lo primero que debe determinarse es si la distinción realizada en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa. De una interpretación integral del informe justificado rendido en el juicio de amparo por el representante del Poder Legislativo y de los recursos de revisión interpuestos por las autoridades que participaron en el proceso legislativo, puede desprenderse que la medida examinada tiene como finalidad la protección de la familia.

De acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala estima que la distinción impugnada persigue una finalidad imperiosa, en la medida en la que el artículo 4º constitucional impone al legislador la obligación de proteger “la organización y el desarrollo de la familia”. La protección de la familia no sólo es una finalidad legítima para el legislador, sino una finalidad constitucionalmente ordenada. En consecuencia, debe entenderse que la medida enjuiciada satisface la primera grada de un escrutinio estricto de la igualdad de la medida.

Ahora bien, para poder determinar si la distinción está *directamente conectada* con la finalidad imperiosa identificada deben precisarse dos cosas: (i) quiénes están comprendidos y quiénes están excluidos en la categoría utilizada; y (ii) cuál es el contenido preciso del mandato constitucional de protección a la familia.

Por un lado, la definición de matrimonio contemplada en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca en términos de “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” incluye únicamente a las parejas heterosexuales que tienen la intención de procrear. Y por otro parte, si bien el artículo 4º constitucional ordena la protección de la familia sin mayor especificación, esta Suprema Corte se ha encargado de precisar el alcance de este mandato constitucional.

"potencialmente conectada con tales objetivos. En este caso, en la jurisprudencia norteamericana se ha establecido que la medida debe estar “*narrowly tailored*” con la finalidad.

"Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. A esta grada del test se refiere la jurisprudencia norteamericana cuando exige que la distinción legislativa sea '*the least restrictive mean*!'" en Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., pp. 34-35.

⁴³⁴ Ver supra 1.1.2.3.

...

De acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala estima que la distinción que realiza el artículo 143 del Código Civil del Estado de con apoyo en la categoría sospechosa de las preferencias sexuales *no está directamente conectada* con el mandato constitucional de protección de la familia interpretado en los términos antes expuestos.

Por un lado, la distinción resulta claramente *sobreinclusiva* porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Si bien este aspecto no puede considerarse discriminatorio en sí mismo, muestra la falta de idoneidad de la distinción para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. El desajuste se presenta porque la norma impugnada pretende vincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación. No hay que perder de vista que la autoridad responsable argumentó... que el matrimonio es *esencialmente* un contrato entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear.

...

...

Por otro lado, la medida examinada es *subinclusiva* 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.

En este orden de ideas, la medida es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una *situación equivalente* a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio.⁴³⁵

De acuerdo con esta argumentación la Corte concluyó que:

... la distinción legislativa impugnada no está ni directa ni indirectamente conectada con la única finalidad imperiosa que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, si la distinción no está directamente conectada con la finalidad imperiosa que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional, esta Primera Sala no puede considerar constitucional dicha medida porque se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La razón por la

⁴³⁵ Amparo en Revisión 581/2013, Op. Cit., p.35-39.

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 existido hacia las parejas homosexuales por razón de su preferencia sexual.⁴³⁶

Entonces, tomando en consideración que la restricción del acceso al matrimonio a parejas homosexuales no está directamente conectada con el fin de protección de la familia. La Suprema Corte determinó que la redacción del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca viola el principio de no discriminación.

Al hacer este reconocimiento recordó que “[l]as desventajas históricas que los homosexuales han sufrido han sido ampliamente reconocidas y documentadas: acoso público, violencia verbal, discriminación en sus empleos y en el acceso a ciertos servicios, además de su exclusión de algunos aspectos de la vida pública”⁴³⁷.

También consideró que:

... la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja. La procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales. Existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para casarse.⁴³⁸

Ahora bien, la Corte constató que la exclusión contenida en la norma no se agota en impedir el acceso al matrimonio sino que la afectación se proyecta en la falta de acceso a los derechos que derivan de esta institución:

Pero el derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los *beneficios expresivos* asociados al matrimonio, sino también el derecho a los *beneficios materiales* que las leyes adscriben a la institución. En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad “un derecho a otros derechos”. Los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios *fiscales*; (2) beneficios de *solidaridad*; (3) beneficios *por causa de muerte de uno de los cónyuges*; (4) beneficios de *propiedad*; (5) beneficios en la *toma subrogada de decisiones médicas*; y (6) beneficios *migratorios* para los cónyuges extranjeros. Algunos

⁴³⁶ *Ibíd.*, p. 40-41.

⁴³⁷ *Ibíd.*, p. 41

⁴³⁸ *Ibíd.*, p. 40.

ejemplos pueden servir para mostrar cómo la privación de estos beneficios materiales afecta la calidad de vida de las parejas homosexuales.⁴³⁹

Por lo anterior, la Primera Sala se pronunció sobre la exclusión normativa contenida en la legislación civil que exige la diferenciación de sexos como requisito para contraer matrimonio:

... negarles 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 el caso del Estado de Oaxaca, ni siquiera podría decirse que se trate de un “conjunto incompleto” de derechos, toda vez que no existe ninguna figura jurídica a la que puedan acogerse las parejas homosexuales que pretendan desarrollar una vida familiar.

Así, 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. Por lo demás, esta exclusión no sólo afecta a las parejas homosexuales, sino también a los hijos de esas personas que hacen vida familiar con la pareja. En efecto, es una realidad que al margen de que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio existe un creciente número de ellas que deciden criar niños, ya sea a los procreados en anteriores relaciones heterosexuales o utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida. De igual manera, dicha discriminación repercute directamente en esos menores. En esta línea, la medida impugnada se traduce también en un *trato diferenciado* por parte de la ley hacia los hijos de las parejas homosexuales, que los colocan en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.⁴⁴⁰

B. Criterios internacionales y derecho comparado. La sentencia invocó diversas resoluciones de tribunales constitucionales de otros países en donde se abordó el alcance del derecho a la no discriminación.

De la experiencia norteamericana retomó el tratamiento diferenciado que se dio a las personas basado en el color de piel. La Corte aplicó por analogía este criterio argumentando:

⁴³⁹ *Ibíd.*, p. 41-42.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 45-46.

Si se niega el acceso al matrimonio, la existencia de un régimen jurídico diferenciado al cual puedan optar las parejas homosexuales *en lugar de casarse*, incluso si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de “separados pero iguales” surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. En *Plessy v. Ferguson*, la Corte Suprema norteamericana sostuvo, en síntesis, que si los derechos civiles y políticos eran iguales para ambas razas no se podía considerar que los negros fueran constitucionalmente inferiores a los blancos. En este sentido, la misma Corte señaló que el hecho de que la discriminación racial constituya *algo inherente en la sociedad* es algo que ni la Constitución ni los jueces pueden solucionar.

Medio siglo después, la propia Corte Suprema norteamericana abolió la doctrina de “separados pero iguales” en uno de los precedentes más importantes de toda la historia constitucional de Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*. En dicha sentencia se afirmó que la segregación de los niños en las escuelas públicas basada únicamente en la raza vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, a pesar de que las instalaciones y otros factores tangibles sean iguales en las escuelas de niños negros. La Corte Suprema norteamericana sostuvo que el efecto perjudicial que tiene la segregación racial en las escuelas públicas genera un sentimiento de inferioridad racial en los niños afroamericanos.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse 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 un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de éstos de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.⁴⁴¹

De la misma experiencia retomó una decisión relacionada directamente con las uniones de personas del mismo sexo:

... En esta línea, en el derecho comparado se ha sostenido que la discriminación que sufren las parejas homosexuales cuando se les niega el acceso al matrimonio guarda una *analogía* con la discriminación que en otro momento sufrieron las parejas interraciales. En el célebre caso *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema estadounidense argumentó que “[r]estringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una o a otra raza es incompatible

⁴⁴¹ *Ibíd.*, pp. 48-49.

con la cláusula de protección equitativa” prevista en la Constitución norteamericana. En conexión con esta analogía, puede decirse que el poder normativo para contraer matrimonio sirve de poco si no otorga la posibilidad de casarse con la persona que uno elige.⁴⁴²

Desde la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocó lo siguiente:

... el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo recientemente en *Schalk y Kopf v. Austria* que las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar, en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. En consecuencia, debe entenderse que la relación entre dos personas homosexuales que hacen una vida de pareja constituye *vida familiar* para efectos del Convenio Europeo de Derechos humanos.⁴⁴³

Finalmente, la Sala hizo mención del Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile:

Al respecto, es importante señalar que el impacto de la desigualdad que afecta a las parejas del mismo sexo es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile* también ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”, además de estar obligados a “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.⁴⁴⁴ Estas consideraciones llevan también a esta Primera Sala a rechazar *un régimen separado pero igual* al matrimonio.⁴⁴⁵

III. Libertad de configuración normativa. La Corte concluyó la argumentación de la sentencia haciendo referencia a la libertad de configuración normativa de las entidades federativas derivada del pacto federal y de la división de competencias:

Finalmente, no pasa inadvertido que el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 que “[e]l hecho de que

⁴⁴² *Ibíd.*, p. 41.

⁴⁴³ *Ibíd.*, p. 39-40.

⁴⁴⁴ Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Op. cit., párrafo 80.

⁴⁴⁵ Amparo en revisión 581/2012, Op. cit., p. 49.

en una entidad se regule de determinada manera una institución civil, *no significa que las demás deban hacerlo en forma idéntica o similar*, como tampoco que se limite o restrinja la facultad de una entidad para legislar en sentido diverso a las restantes” (énfasis añadido, párrafo 295). Con todo, resulta incuestionable que esa amplia libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales. En este sentido, los derechos fundamentales condicionan materialmente dicha regulación.

En el caso concreto, esta Primera Sala ha argumentado a lo largo de la presente sentencia las razones por las cuales debe considerarse que determinados elementos de la definición de matrimonio contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca es contraria a los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo 1° constitucional.⁴⁴⁶

3.4.1.1.3 Corrección de la sentencia

El siguiente paso en la resolución consistió en corregir algunos elementos de la sentencia para hacerla congruente con los argumentos expuestos en su resolución. La Sala identificó que las vulneraciones de diversos preceptos constitucionales no quedaron reflejadas en las consideraciones del Juez de Distrito. A partir de este planteamiento la sentencia expone:

... Por un lado, esta Primera Sala estima que la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca debe reflejarse en los resolutivos de la presente sentencia. Y por otro lado, la concesión del amparo a las quejas debe hacerse extensiva al acto de aplicación consistente en el oficio ***** de diez de agosto de dos mil once, emitido por el Primer Oficial del Registro Civil del Estado de Oaxaca en los términos que más adelante se precisan.

En esta línea, también resulta indispensable clarificar los efectos de la concesión del amparo, toda vez que la justificación esgrimida por el Juez de Distrito para la concesión de la protección ha sido modificada por la presente sentencia. De acuerdo con lo expuesto en el considerando octavo, el artículo 143 es inconstitucional en la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y debe hacerse 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”.⁴⁴⁷

Para el posterior análisis comparativo de las decisiones de la Corte es importante hacer notar que la inconstitucionalidad se declaró únicamente en relación a la

⁴⁴⁶ *Ibíd.*, p. 50.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, p. 52-53.

procreación como finalidad del matrimonio. Respecto a la expresión "un solo hombre y una sola mujer" sólo se ordenó realizar una interpretación conforme.

3.4.1.1.4. Efectos de la sentencia

La sentencia finalizó exponiendo los efectos que debe darse a la resolución que confirma la protección constitucional:

... el efecto de la sentencia de amparo no sólo es para que se desaplique a las quejas 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 quejas, ésta deberá darle trámite.

Por lo tanto, entre los efectos de la presente ejecutoria también se desprende la obligación de dicha autoridad responsable de interpretar las restantes disposiciones del Código Civil de Oaxaca relacionadas con el matrimonio que hagan referencia directa o indirecta al sexo de los contrayentes y a la finalidad de la institución, conforme con el principio de igualdad y no discriminación en los términos en los que se ha establecido en la presente ejecutoria.⁴⁴⁸

De esta manera la Primera Sala puso punto final a este debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo a través del presente resolutivo:

CUARTO. La Justicia de la Unión ampara y protege a ***** y ***** 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”, en términos del considerando décimo de la presente sentencia.⁴⁴⁹

3.4.1.2. Sentencias de revocación

Los jueces encargados de resolver los juicios 1072/2011 y 24/2012 coincidieron en la existencia de una omisión legislativa pero concluyeron que su estudio no era procedente a través de un juicio de amparo⁴⁵⁰. En consecuencia, dictaron el

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 53-54.

⁴⁴⁹ *Ibíd.*, p. 54.

⁴⁵⁰ Ver *supra* 3.1.2.1.

sobreseimiento. Contra esa determinación se interpusieron los respectivos recursos de revisión por parte de las parejas quejas.

Ante este panorama, la Primera Sala revocó esas determinaciones para emitir un pronunciamiento en el mismo sentido que el amparo en revisión 581/2012.

3.4.1.2.1. Procedencia

Al resolver el expediente 1143/2011 el Juez de Distrito determinó que no se actualizaba la figura de la *omisión legislativa* en el contenido del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca; por este motivo cuando la Corte revisó esa decisión en el amparo en revisión 581/2012 no tuvo que abordar ese tema dado que sustancialmente coincidía con ese criterio y además no fue impugnado por ninguna de las partes.

En los amparos 1072/2011 y 24/2012 los sobreseimientos se dictaron por considerar que se reclamaba una omisión legislativa, circunstancia en la que el juicio es improcedente de acuerdo a la jurisprudencia en atención al principio de relatividad de la sentencia⁴⁵¹.

Por este motivo, al resolver los amparos en revisión 457/2012 y 567/2012 la Suprema Corte tuvo que analizar el tema de la *omisión legislativa* antes de proceder al estudio de fondo. En este sentido, fue necesario determinar si en el caso concreto se actualizaba dicha figura y de ser así qué lugar ocupa esa hipótesis en las reglas constitucionales del juicio de amparo vigentes a partir de las reformas de junio de 2011.

Para exponer la forma en que se abordó y resolvió este planteamiento se tomará como base de análisis, por cuestión de orden, la sentencia 457/2012 con algunas excepciones en las que expresamente se mencione que el argumento se retoma del expediente 567/2012.

De acuerdo con la Suprema Corte, en el estudio de procedencia del juicio se debía determinar:

48. ... si tal como sostuvo el juez de distrito la circunstancia de que la norma que regula la institución del matrimonio en el Código Civil del Estado de Oaxaca no disponga expresamente que el matrimonio sea "*la unión libre entre dos personas*" constituye una omisión legislativa o si esto no es así, pues al ser esa la premisa fundamental en que el juez de amparo apoyó su decisión,

⁴⁵¹ Ídem.

solamente en caso de ser verdadera será posible analizar las inconformidades de los recurrentes.⁴⁵²

Bajo este panorama, para dar respuesta al planteamiento de la existencia de una *omisión legislativa*, la sentencia desarrolló en primer término un estudio preliminar sobre esta figura a la luz de los criterios desarrollados desde la Suprema Corte. Después, con esas premisas, decidió lo correspondiente al caso concreto.

Así las cosas, tomando como punto de partida la Controversia Constitucional 14/2015⁴⁵³, el amparo en revisión 457/2012 inicia con un pequeño preámbulo, ausente en el expediente 567/212, sobre el sistema de competencias y facultades en que se encuadra el sistema jurídico mexicano:

50. ... en un Estado Federal, el principio de división funcional del poder se desarrolla constitucionalmente mediante la atribución de competencias expresas a los órganos superiores del Estado y que el principio que cierra la posibilidad de actuación de las autoridades dentro del ordenamiento jurídico, es aquel por virtud del cual todo aquello que no se encuentra expresamente facultado para las autoridades se encuentra prohibido, de manera que las autoridades sólo pueden realizar los actos dictados sobre bases expresamente previstas en el ordenamiento jurídico aplicable y, en particular, en la Constitución.

51. Este sistema competencial establecido en la Carta Magna, ha dicho el Pleno de este máximo tribunal, se expresa positivamente de varias maneras, en función de las cuales maniobran los diferentes operadores deónticos, a saber: a) prohibiciones expresas que constituyen excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; b) competencias de ejercicio potestativo, en donde el órgano del Estado está en posibilidad de decidir si ejerce o no la atribución conferida y, finalmente, c) competencias de ejercicio obligatorio, en donde el órgano del Estado se encuentra constreñido a ejercer la competencia que la Constitución le ha impuesto.

⁴⁵² Amparo en revisión 457/2012, Op. cit., pp. 17-18.

⁴⁵³ Resuelta el tres de octubre de dos mil cinco, bajo la ponencia del señor Ministro José Ramón Cossío Díaz. Los puntos resolutive fueron: "Primero.- Es procedente y parcialmente fundada la presente Controversia Constitucional. Segundo.- Ce sobresee respecto del acto impugnado por el municipio actor al Poder Legislativo del Estado de Tabasco, consistente en "la omisión de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa por la que le solicitó la autorización para la celebración de empréstitos hasta por la cantidad de \$126,000,000.00 (ciento veintiséis millones de pesos 00/100 m.n.), más los accesorios fiscales y financieros que se generen a un plazo máximo de cinco años a partir de su otorgamiento, para llevar a cabo inversiones y proyectos productivos", en los términos del considerando cuarto de la presente ejecutoria. Tercero.- Se reconoce la validez del artículo 1º, fracción i, de la ley de ingresos del municipio de Centro, Tabasco, para el ejercicio fiscal de dos mil cinco. Cuarto.- El Congreso del Estado de tabasco, deberá proceder en los términos especificados en el último considerando de la presente resolución. Quinto.- Publíquese esta sentencia en el semanario judicial de la federación y su gaceta", disponible en: [http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=72079]

52. ...

53. Por otro lado, las facultades o competencias de ejercicio obligatorio son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de realizarlas por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones, de ahí que en caso de que no se realicen, el incumplimiento trae aparejada una sanción. En este tipo de competencias, el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Tal imperativo o mandato de ejercicio de la facultad para la expedición de leyes puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, así sea en su texto mismo o en su derecho transitorio.

54. El no ejercicio de estas competencias o facultades, tanto de carácter obligatorio, como de índole potestativo, se traduce en omisiones, cada una de las cuales admite a su vez otra clasificación; por un lado, se puede dar una omisión absoluta por parte del órgano legislativo del Estado, en donde éste simplemente no ha ejercido su competencia de crear leyes en ningún sentido, ni ha externado normativamente ninguna voluntad para hacerlo, de ahí que la misma siga siendo puramente potencial; por otro lado, el órgano legislativo puede haber ejercido su competencia, pero de manera parcial o simplemente no realizándola de manera completa e integral, impidiendo así el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes, en cuyo caso, se afirma que el legislador ha incurrido en una omisión relativa en cuanto al ejercicio de la competencia establecida constitucionalmente.⁴⁵⁴

No obstante esta pequeña diferenciación, ambas sentencias coinciden en la exposición de una tipología de las omisiones legislativas:

55. ... tratándose de omisiones legislativas respecto de las competencias de ejercicio obligatorio o potestativo, se puede dar la siguiente clasificación:

- a. Omisiones absolutas en competencias de ejercicio obligatorio;
- b. Omisiones relativas en competencias de ejercicio obligatorio;
- c. Omisiones absolutas en competencias de ejercicio potestativo; y,
- d. Omisiones relativas en competencias de ejercicio potestativo.

56. Así, habrá una omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste tenga una obligación para expedir una norma o un cuerpo de normas determinado, y no la haya cumplido.

57. Por otro lado, se estará en presencia de una omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio obligatorio a cargo del órgano legislativo, cuando éste emita la norma o la ley, teniendo la obligación o un mandato

⁴⁵⁴ Amparo en revisión 457/2012, Op. citr., pp. 18-20.

relativo a la expedición de cierta ley, pero lo haga de manera incompleta o deficiente.

58. Las omisiones legislativas absolutas en competencias de ejercicio potestativo comprenden aquellas en las que el órgano legislativo decide no actuar, debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga.

59. En el caso de las omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio potestativo, éstas se presentan cuando el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley, lo hace de manera incompleta o deficiente.⁴⁵⁵

De esta referencia la Sala concluye:

60. ... nuestro sistema jurídico cuenta con una Constitución escrita y rígida, por lo que es de estimarse que el legislador ordinario ha recibido del órgano reformador de la Constitución determinados mandatos, contenidos en la norma constitucional, por lo que no sólo cuenta con la facultad o autorización para crear las leyes necesarias a fin de darle plena eficacia a las disposiciones constitucionales, sino que está obligado a ello y, ante su inactividad, debe estimarse que transgrede la supremacía constitucional, más aún cuando con ese silencio se llega a originar una situación jurídica contraria a la Norma Fundamental con motivo de las consecuencias que de esa inactividad se deriven.

61. De manera afín con lo hasta aquí dicho, al resolver la controversia constitucional 80/2004, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una omisión del legislador, en su función primordial, esto es, la de expedir leyes. Así, la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede producirse cuando el legislador no observa en un “tiempo razonable” o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce de manera absoluta mandatos concretos de legislar, sino también cuando regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, en cualquiera de los cuatro supuestos que han quedado explicados.⁴⁵⁶

A continuación, la sentencia analizó la problemática planteada en el caso concreto. Debe recordarse que en la demanda la omisión legislativa se expuso desde la perspectiva del incumplimiento del mandato constitucional de protección

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 20-21.

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 21-22.

a la familia a través de la ley; esto es, una omisión relativa en competencias de ejercicio obligatorio.

En este esquema la obligación dirigida al legislador no es la de legislar en materia de matrimonio sino la de crear leyes que garanticen la protección del desarrollo y organización de la familia en cualquiera de sus manifestaciones. Existe una diferencia entre estos dos mandatos.

Por su parte, el Juez había considerado que existía una omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio potestativo ya que el Congreso del Estado de Oaxaca no había contemplado la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo y, de acuerdo a su criterio, tampoco se le podría obligar a hacerlo.

A primera vista parece que los argumentos de la demanda y el razonamiento del Juez coinciden en el análisis de la actualización de una omisión legislativa. Un acercamiento riguroso devela que se trata de planteamientos distintos.

La demanda planteó el incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia en tanto que el Juez se refirió a la ausencia de legislación a cerca del matrimonio entre personas del mismo sexo. La Suprema Corte no tomó en cuenta esta diferencia y abordó el asunto exponiendo:

64. ... para examinar si la conclusión alcanzada por el juez de distrito es, o no, correcta, debe examinarse qué tipo de competencia (de las explicadas con anterioridad) es la que constitucionalmente se otorgó al Congreso del Estado de Oaxaca para legislar sobre la institución del matrimonio.

65. Al respecto, no es el caso de afirmar que la competencia conferida haya sido de carácter potestativo, por virtud de la cual el órgano legislativo hubiera tenido la posibilidad de elegir entre expedir la normatividad correspondiente o no hacerlo; por el contrario, se trata de un mandato de carácter obligatorio, dada la necesidad de regular las cuestiones atinentes al estado civil de las personas, particularmente sobre los derechos y obligaciones derivados de las relaciones jurídicas a partir de las cuales se conforma la familia, entre éstas el matrimonio.

66. Hecha esa precisión debe concluirse que, contrariamente a lo sostenido por los quejosos y por el juez de distrito, en el caso que se examina no hay una omisión para expedir las disposiciones relativas a dicha institución jurídica, pues lo contundente es que el órgano legislativo de esa entidad sí ha emitido la normatividad que la regula en los capítulos que van del I al IX, del Título Quinto, Libro Primero del Código Civil del Estado de Oaxaca, en cuyo artículo 143 definió al matrimonio...

67. De acuerdo con la conceptualización que del matrimonio tuvo el legislador del Estado de Oaxaca y los fines que, desde su punto de vista, se persiguen con esa institución, esto es, no solamente la ayuda mutua sino también la perpetuación de la especie, debe concluirse que dicho órgano

legislativo no omitió legislar sobre el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que, antes bien, excluyó la posibilidad de que la unión entre dos personas de igual género pudiera ser considerado matrimonio, circunstancia que en modo alguno atiende a un no hacer del legislador o a un hacer incompleto sino, en su caso, a un trato diferenciado generado a partir de la finalidad perseguida con esa unión.⁴⁵⁷

Aquí la Corte *desvirtúa* el contenido del artículo 4 constitucional pues, como se vio en el apartado 1.1.2.3., el mandato que contiene es el de proteger el desarrollo y organización de la familia a través de la ley, no el de legislar para crear la figura del matrimonio. Con esta confusión, la Corte concluyó:

68. En las relatadas circunstancias, no puede afirmarse que el órgano legislativo del estado de Oaxaca haya incurrido en una *omisión absoluta*, ya que el imperativo constitucional a su cargo se vio cumplimentado con la expedición de la normatividad referente al matrimonio en el Código Civil de la entidad, ni tampoco es válido sostener que se está en presencia de una *omisión legislativa relativa*, pues no es el caso de que el sistema normativo esté incompleto; por el contrario, en atención a los fines que el propio legislador atribuyó a la institución del matrimonio (perpetuar la especie) es evidente que excluyó cualquier tipo de relación que no resulte apta para lograr esa finalidad.⁴⁵⁸

En estos términos, la sentencia se refirió a un sistema normativo completo aun cuando no cumple con el mandato constitucional a que se ha hecho referencia: No protege a las familias homoparentales. La pregunta es si con esta deficiencia el sistema puede considerarse completo.

Siguiendo con esta línea argumentativa, la Corte sostuvo:

69. Luego, si como quedó dicho, las omisiones absolutas del legislador son aquellas en las que hay una total falta de desarrollo de una disposición constitucional y las omisiones relativas presuponen una regulación parcial, en la que se “omite” del goce del derecho a un determinado o a determinados grupos de personas, es de concluirse que ni una ni otra “omisión” se advierten en la normatividad del Código Civil del Estado de Oaxaca en el tema de que se trata, pues no hay una falta de regulación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo sino una “exclusión” implícita.

...

71. En esas circunstancias, contrariamente a lo resuelto por el juez de distrito no hay tal omisión legislativa, pues en la expedición de la normatividad atinente al matrimonio no hay una conducta pasiva del Congreso de la entidad para incluir la unión de dos personas de igual género;

⁴⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 23-24.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, p. 25.

por el contrario, lo que se advierte es una acción implícita de rechazar o negar la posibilidad de que la unión de dos personas del mismo sexo pueda considerarse matrimonio, de manera que, ante la inexactitud de la premisa que sustenta el razonamiento del juez de distrito, éste pierde validez, es decir, al no tratarse el acto reclamado de una omisión legislativa, es claro que una eventual concesión de amparo no llevaría a ordenar al legislador local accionar el aparato legislativo para emitir la normatividad correspondiente mediante los procedimientos constitucionales y legales previstos para tal efecto en contravención a lo previsto en el artículo 76 de la Ley de Amparo ni, por ende, habría imposibilidad para lograr su cumplimiento como lo ordena el artículo 80 de la Ley de Amparo; de ahí que deba concluirse la inaplicabilidad al caso de la causa de improcedencia prevista en la fracción XVIII, en relación con las disposiciones invocadas, esta última aplicada a *contrario sensu*.⁴⁵⁹

Con base en estos razonamientos la Sala concluyó que en los casos en estudio no se estaba frente a una omisión legislativo; por lo tanto, consideró innecesario pronunciarse sobre la procedencia del juicio de amparo contra dicha figura y dio por concluido el debate. En consecuencia, revocó el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito y procedió al análisis de las causales de improcedencia invocadas por las autoridades responsables.

En el amparo en revisión 457/2012 el Oficial del Registro Civil había sostenido que el acto reclamado no afectaba los intereses jurídicos de los quejosos porque no existe un acto de aplicación⁴⁶⁰. También consideró que para acreditar el interés jurídico es indispensable la existencia de un derecho subjetivo protegido por la ley y que éste sea vulnerado o desconocido por la autoridad. A estos planteamientos la Corte respondió:

77. ... se advierte que el oficial del órgano administrativo (autoridad responsable) parte del hecho de que en el caso que se examina no hubo acto de aplicación de la ley que se impugna y que, por esa razón, el juicio de amparo es improcedente, al haberse impugnado una ley de naturaleza heteroaplicativa. Tal alegato resulta por demás infundado.

78. En efecto, las causas de improcedencia invocadas por el Oficial del Registro Civil de la *****, Oaxaca no cobran vigencia en este preciso asunto, en la medida de que la autoridad responsable que las invoca parte de una proposición inexacta, esto es, que no existe algún acto de aplicación que afecte la esfera jurídica de los quejosos. No obstante lo anterior, en autos

⁴⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 25-26.

⁴⁶⁰ Ver *supra* 3.1.2.1.

puede constatarse que si bien la norma impugnada es de carácter heteroaplicativa, lo definitivo es que sí existe el referido acto de aplicación, materializado en el oficio número ***** de nueve de agosto de dos mil once, emitido por el mismo oficial del Registro Civil, en el que se denegó la solicitud de matrimonio presentada por ***** con el argumento de que los solicitantes no satisficieron los requisitos previstos en el artículo 143 del Código Civil vigente en el Estado de Oaxaca a fin de ver aprobada su solicitud.

...

80. En esas circunstancias, al margen de que los temas de “interés jurídico” y de “legitimación” para la procedencia del juicio de amparo, cuyo contenido en la actual Ley de Amparo consta en los artículos 73, fracción V y 4º de la Ley de Amparo, invocados por la autoridad responsable, no puedan examinarse de manera aislada y a la luz de la afectación a un derecho sustantivo como lo pretende la autoridad responsable sino que, con motivo de las reformas constitucionales publicadas el seis de junio de dos mil once en el Diario Oficial de la Federación, deba acudirse también a lo dispuesto en el artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la conceptualización de parte agraviada no en función de la afectación a algún derecho sustantivo, sino como aquella que 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 la 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, lo contundente es que en el caso sí hubo un acto de aplicación de la norma que se califica inconstitucional, que se traduce en la afectación en la esfera jurídica de los quejosos; de ahí que, al ser inexacta la premisa fundamental de la que partió el Oficial del Registro Civil de la ***** Oaxaca, sobre la no aplicación de la norma en un acto concreto, es el caso de desestimar las causas de improcedencia por él invocadas.⁴⁶¹

En el amparo en revisión 567/2012 las autoridades responsables no hicieron valer ninguna causal de improcedencia por lo que una vez que la Sala revocó los sobreseimientos decretados por los jueces de distrito procedió a analizar la constitucionalidad de la norma impugnada en ambos expedientes.

3.4.1.2.2. Estudio de fondo

Al estudiar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca las sentencias coinciden esencialmente con los argumentos expuestos por la propia

⁴⁶¹ Amparo en revisión 457/2012, Op. cit., pp. 29-31.

Sala en el amparo en revisión 581/2012, ya desarrollados en el apartado 3.4.1.1.2. Por este motivo se considera innecesario reiterarlos.

3.4.1.2.3. Efectos

Las dos sentencias que se estudian en este apartado reiteran la violación a los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal. Al momento de exponer los efectos de las resoluciones, la Sala expuso:

141. En ese sentido y sobre la base de que debe inaplicarse a los quejosos, por inconstitucional, la porción normativa atinente a que la finalidad del matrimonio es la procreación para la perpetuación de la especie, en atención a la metodología sugerida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el asunto Varios 912/2010, debe ahora verificarse, en primer lugar, si la norma impugnada en la parte relativa a que el matrimonio es el contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, admite una interpretación conforme en su mérito individual y preciso, o si esto no es así, en cuyo caso deberá declararse su inconstitucionalidad.

142. En el caso, esta Primera Sala estima que debe privilegiarse la presunción de constitucionalidad de la ley y realizar una interpretación que sea acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

143. Al respecto, no debe soslayarse que los quejosos no sustentan su petición en la circunstancia de que la institución misma del matrimonio sea inconstitucional, antes bien, su inconformidad radica en que la norma excluye o niega el acceso a determinado grupo de personas por razón de su preferencia sexual, de manera que no es el caso de declarar la inconstitucionalidad de la norma sino de darle un efecto incluyente en aras de proteger los principios que tutelan los derechos humanos consagrados ya en la Norma Fundamental, ya en los tratados internacionales de los que México es parte, esto, en aras de privilegiar la presunción de constitucionalidad de las leyes.

144. En lo así dispuesto y sobre la base de que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, es el caso de interpretar la norma en el sentido de que, cuando la disposición prevea que el matrimonio es el contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, debe entenderse que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “*dos personas*”.

145. En efecto, la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, la circunstancia de que se redefina el concepto de matrimonio, como el *contrato celebrado entre dos personas, que se unen para*

proporcionarse ayuda mutua en la vida, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, por el contrario, su acceso igualitario resulta un imperativo constitucional.⁴⁶²

De este pronunciamiento debe resaltarse la consideración de la Sala en el sentido de privilegiar la presunción de constitucionalidad de la ley ordenando su interpretación conforme para evitar su declaración de inconstitucionalidad. Como se verá en el apartado 4.2.4.1. este tipo de razonamientos dificultan la eficacia de la Constitución ya que impiden el fluido de los medios de control constitucional que buscan depurar el sistema jurídico de normas que contravienen la Constitución.

Finalmente, la decisión de la Sala expone los efectos concretos de sus decisiones:

- a) La autoridad responsable ejecutora, Oficial del Registro Civil de la ***** , Oaxaca, deje insubsistente el acto reclamado consistente en el oficio número ***** de nueve de agosto de dos mil once y en su lugar emita otro en el que,
- b) Considere las dos cuestiones siguientes:
 - b.1 La porción normativa del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, relativa a la perpetuación de la especie como una de las finalidades del matrimonio es inconstitucional y
 - b.2 La lectura que debe darse a dicha norma legal es en el sentido de que el matrimonio es el contrato celebrado entre dos personas,
- c) Sobre la base de las anteriores premisas, dé respuesta a la solicitud de matrimonio presentada por ***** y a***** y, en caso de considerar que cumple con los requisitos legales, le dé el trámite correspondiente.
- d) Finalmente, la concesión del amparo también es para el efecto de que la porción normativa que se ha declarado inconstitucional, no se aplique a los quejosos en el presente ni en el futuro.

En consecuencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

RESUELVE:

...

SEGUNDO. En lo que es materia del presente recurso de revisión, se revoca la sentencia dictada por el Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Oaxaca, en el juicio de amparo indirecto 1072/2011, que sobreseyó en el juicio de garantías.

⁴⁶² *Ibíd.*, pp. 61-63.

TERCERO. La Justicia de la Unión ampara y protege a ***** y ******, contra los actos del Congreso del Estado de Oaxaca y del Gobernador Constitucional del Estado de Oaxaca, 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”, en términos del apartado VI de esta resolución.

CUARTO. La Justicia de la Unión ampara y protege a los quejosos respecto del acto reclamado al Oficial del Registro Civil de la ******, Oaxaca, consistente en el oficio ****** de nueve de agosto del mismo año. Los efectos de esa concesión son los descritos en la parte final de esta ejecutoria.⁴⁶³

3.4.2. El juicio colectivo⁴⁶⁴

La Primera Sala resolvió el amparo en revisión 152/2013 en su sesión pública de 24 de abril de 2014. El proyecto de sentencia estuvo a cargo del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y fue aprobado por una mayoría de cuatro votos.

En este asunto el problema constitucional planteado giró en torno a la posibilidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca sin un acto de aplicación⁴⁶⁵.

Este juicio es relevante porque además de abordar el tema de matrimonio entre personas del mismo sexo hace un estudio del interés legítimo como criterio de procedencia en los casos en que se impugnen normas que se consideran discriminatorias. Asimismo, esta propuesta obligó a una nueva reflexión sobre la interpretación conforme de la cláusula *hombre y mujer* ordenada como efecto de las sentencias anteriores.

Para los fines de esta investigación el contenido de la sentencia se ha ordenado en los siguientes planteamientos:

⁴⁶³ *Ibíd.*, pp. 63-65.

⁴⁶⁴ Un resumen de lo planteado en este apartado, con un corte a mayo de 2017, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, Op. Cit., pp. 18-29.

⁴⁶⁵ Ver *supra* 3.2.1.1.

- I. Acreditación del interés legítimo como criterio de procedencia del juicio de amparo.
- II. Oportunidad de la demanda
- III. Estudio del fondo.
- IV. Efectos de la sentencia.

A continuación se aborda cada uno de ellos:

3.4.2.1. Procedencia

El estudio de la procedencia del juicio inicia con un análisis de la definición de interés legítimo integrada a la Constitución Federal a partir de las reformas de junio de 2011; así el artículo 107, fracción I establece que 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 constitucionales y, con ello, se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico.

De esta forma el interés legítimo es un criterio de procedencia del juicio de amparo. Al respecto, la sentencia expone que el "... interés legítimo se vincula con la exigencia de alegar una violación a un derecho constitucional y resentir una afectación en la esfera jurídica, por la especial situación que el quejoso ocupa frente al ordenamiento jurídico"⁴⁶⁶, en el mismo sentido se aclara que este tipo de interés "... se traduce en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple"⁴⁶⁷.

Por tratarse de un concepto novedoso en el marco procesal del juicio de amparo no existía un desarrollo exhaustivo del tema; por este motivo la sentencia expone:

29. El interés legítimo abrió la gama de posibilidades para acudir al juicio de amparo, pues no se exige la acreditación, a cargo del quejoso, de la existencia de un derecho subjetivo conferido por las normas del ordenamiento jurídico o la necesidad de probar un daño individualizado susceptible de ser remediado mediante la concesión del amparo. Así, se concluyó que el interés legítimo es aquél interés personal –individual o colectivo–, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que pueda

⁴⁶⁶ Amparo en revisión 152/2013, Op. cit., p. 13

⁴⁶⁷ Ídem.

traducirse, si llegara a concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso.

30. En el precedente citado también se diferenció al interés simple o jurídicamente irrelevante como aquél que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traduce en ningún tipo de beneficio personal para el interesado, y por ende, éste no supone afectación alguna a la esfera jurídica del quejoso en ningún sentido. Al respecto, resulta aplicable la tesis de rubro: INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE.

31. Del anterior párrafo se desprende que el interés legítimo debe estar garantizado por un derecho objetivo (sin que necesariamente dé lugar a un derecho subjetivo) y debe haber una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra.

32. Además, esta Primera Sala, en la Contradicción de Tesis ***** emitida el seis de marzo de dos mil trece, estableció que el interés legítimo permite a las personas combatir actos que estiman lesivos de sus derechos humanos, sin la necesidad de ser titulares de un derecho subjetivo –noción asociada clásicamente al interés jurídico. Así, el interés legítimo se actualizará, en la mayoría de los casos, cuando existan actos de autoridad, cuyo contenido normativo no está dirigido directamente a afectar los derechos de los quejosos, sino que, por sus efectos jurídicos irradiados colateralmente, ocasiona un perjuicio o priva de un beneficio en la esfera jurídica de la persona, justamente por la especial situación que tiene en el ordenamiento jurídico. En este sentido, bien cabría hablar de un agravio personal e indirecto –en oposición al agravio personal y directo exigido por el interés jurídico.⁴⁶⁸

A continuación, la resolución desarrolla los conceptos de normas autoaplicativas y heteroaplicativas para señalar que en ocasiones en una misma hipótesis pueden coincidir ambas categorías dependiendo del tipo de perjuicio que se denuncie⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 13-15.

⁴⁶⁹ "34. Uno de los rasgos definitorios del juicio de amparo –que lo caracterizan como un medio de control constitucional– es su aptitud para proceder contra leyes, incluso cuando no exista un acto de aplicación concreto. Así, el denominado amparo contra leyes reconoce el derecho de las personas a oponerse a las mayorías legislativas cuando estimen que han sobrepasado los límites de lo decidible en una democracia constitucional como la nuestra.

"35. El fundamento de la división conceptual entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas se encuentra en el requisito constitucional, contemplado en el artículo 107, fracción I, de que el amparo sólo procede a instancia de parte “agraviada”, pues se requiere que el acto reclamado genere una afectación a un interés legítimo o un interés jurídico. Como el amparo también procede contra normas generales, los jueces de amparo requieren verificar este presupuesto de afectación cuando se impugnen leyes." en *Amparo en revisión*, Op. cit., p. 16.

Además de lo anterior, la sentencia presentó un recorrido histórico de los criterios desarrollados por la SCJN en torno a la distinción entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas⁴⁷⁰.

A partir de estos elementos procedió a desarrollar una propuesta de análisis general sobre cómo se inserta la acreditación del interés legítimo en el marco conceptual que desde la jurisprudencia se ha desarrollado sobre las normas auto y heteroaplicativas.

Una de las primeras conclusiones a que se llega es que esta clasificación normativa surgió en un escenario en donde el interés jurídico era el único criterio existente para evaluar la procedencia del juicio.

Partiendo de estas circunstancias, la sentencia describe la influencia que el interés jurídico, como criterio de procedencia, tiene sobre esta clasificación de las normas. La resolución desarrolló el siguiente razonamiento:

64. Tratándose de interés jurídico, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación de un derecho subjetivo; es decir, cuando de forma personal y directa se creen, transformen o extingan situaciones concretas de derecho, en dos escenarios distintos: (a) esas normas establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o (b) generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traigan aparejadas consecuencias jurídicas para ellos. En caso contrario, cuando se requiera un acto de aplicación para la consecución de alguno de estos escenarios de afectación, las normas serán heteroaplicativas.

65. En ambos casos se entiende que la noción de afectación es un agravio personal y directo a un derecho subjetivo, por lo que cabría afirmar que los quejosos son destinatarios directos de estas normas.

66. Tratándose de interés legítimo, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos, igualmente, ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 20-23.

67. El artículo 107, fracción I, constitucional establece que el interés legítimo se puede generar por una afectación indirecta, generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico, lo que implica, como se dijo al resolver la contradicción de tesis *****, que para constatar un interés legítimo no es necesario que las normas impugnadas tengan como destinatarios directos a los quejosos, sino que pueden ser terceros que resienten la afectación indirecta, por una irradiación colateral de los efectos de la norma. Así, el análisis de este apartado requiere una evaluación no sólo de la relación de la ley y sus destinatarios, sino también de un análisis integral de las relaciones jurídicas en que se encuentran los particulares, siendo en el contexto de este tráfico de relaciones donde se puede apreciar la afectación de la ley.

68. Por tanto, se insiste, los quejosos no deben ser destinatarios directos de la ley impugnada, sino que es suficiente que sean terceros que resientan una afectación incondicionada.

69. Así pues, las normas autoaplicativas en el contexto del interés legítimo sí requieren de una afectación personal, pero no directa, sino indirecta, la cual puede suceder en tres escenarios distintos:

- a) Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin la 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 que reúne las características de jurídicamente relevante, cualificado, actual y real. La afectación debe estar garantizada por el derecho objetivo y, en caso de concederse el amparo, el quejoso podrá obtener un beneficio jurídico;
- b) 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, cuya comprobación pasa por verificar que, en caso de otorgarse el amparo, el quejoso obtendría un beneficio jurídico; y/o
- c) 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, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso.

70. En caso contrario, cuando se requiera un acto de aplicación, para la consecución de alguno de estos escenarios de afectación, las normas serán heteroaplicativas.⁴⁷¹

Este planteamiento ha sido sistematizado en diversas tesis que permiten su aplicación para el análisis de otros supuestos mas allá de la discriminación por orientación sexual en el acceso al matrimonio ⁴⁷².

Finalmente, la Sala aplicó al caso concreto los estándares de procedencia del interés legítimo: Se debía determinar la posibilidad de que la sola vigencia de una norma general produjera un daño jurídicamente relevante sin la necesidad de un acto de aplicación.

En otras palabras, se trataba de exponer si el juicio de amparo contra la definición de matrimonio se podía intentar sin un oficio del Registro Civil que respondiera en sentido negativo una solicitud de matrimonio entre personas del mismo sexo; es decir, si la sola existencia de la norma genera un perjuicio.

Este planteamiento fue resuelto por la Sala de forma novedosa. Explicó 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 lenguaje es performativo.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, pp. 23-26

⁴⁷² Véase INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO CONTRA LEYES. PERMITE IMPUGNAR LA PARTE VALORATIVA DE LAS NORMAS JURÍDICAS SIN NECESIDAD DE UN ACTO DE APLICACIÓN, CUANDO AQUÉLLAS RESULTEN ESTIGMATIZADORAS. Tesis 1a. CCLXXXIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 146; INTERÉS LEGÍTIMO Y JURÍDICO. CRITERIO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS LEYES HETEROAPLICATIVAS Y AUTOAPLICATIVAS EN UNO U OTRO CASO. Tesis 1a. CCLXXXI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 148; LEYES AUTOAPLICATIVAS. NORMAS QUE ACTUALIZAN ESTA CALIFICATORIA SOBRE LA BASE DEL INTERÉS LEGÍTIMO. Tesis 1a. CCLXXXII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 149.

...

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 través del derecho.⁴⁷³

La sentencia trajo al análisis jurídico un tema que desde hace tiempo se ha venido exponiendo en los estudios 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 puede quedar 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 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

⁴⁷³ Amparo en revisión 152/2013, Op. cit., 28-30.

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.⁴⁷⁴

Derivado de este análisis, la Sala reconoció "una clase de afectación a quienes, sin ser destinatarios directos del contenido normativo de una norma (parte dispositiva), pueden resentir una afectación transmitida por la parte valorativa de la misma, si se satisfacen ciertas condiciones"⁴⁷⁵, en consecuencia, fue posible sostener el interés legítimo de la parte quejosa para impugnar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. De acuerdo con la sentencia:

96. ... 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 un clase especial de afectación, que corre de manera paralela y que afecta directamente a los quejosos como terceros: la estigmatización por discriminación, la cual es incondicionada.

97. Afirmar que una norma incluya distintos contenidos o efectos normativos, unos de los cuales sean autoaplicativos y otro heteroaplicativos, pudiendo los quejosos impugnar toda la regulación con motivo de la afectación autoaplicativa, sin la necesidad de acreditar un acto de aplicación de la parte heteroaplicativa, no es una premisa nueva para nuestra jurisprudencia, como lo demuestra las siguientes tesis del Tribunal Pleno: "PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA LEY RESPECTIVA Y SU REGLAMENTO CONTIENEN UN SISTEMA NORMATIVO DESTINADO A REGULAR EL CONSUMO DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO EN LOS ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES, IMPUGNABLE EN AMPARO DESDE SU ENTRADA EN VIGOR" y "LEYES AUTOAPLICATIVAS. PUEDEN SERLO LAS REGLAMENTARIAS DE UN PRECEPTO NO AUTOAPLICATIVO

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 31-33.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 33-34.

(ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE SANIDAD FITOPECUARIA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”.

98. Así, esta Sala estima que junto a la afectación material o tradicional que puede generar la parte dispositiva de una norma, puede existir una afectación inmaterial que produce el mensaje transmitido por la norma, es decir, por su parte valorativa. En otras palabras, el estigma por discriminación puede ser una afectación expresiva generada directamente por una norma, la cual comúnmente se traduce en una serie de eventuales afectaciones materiales secundarias, con motivo de la puesta en práctica del contenido prescrito por la norma, como es la exclusión de beneficios o distribución inequitativas de cargas. Sin embargo, lo relevante es que independientemente de las partes heteroaplicativas que contenga la norma, si existe una afectación de estigmatización por discriminación generada directamente, se debe reconocer interés legítimo para impugnarla, sin esperar el acto de aplicación.⁴⁷⁶

A continuación, con miras a que este análisis pudiera aplicarse a casos futuros, la sentencia propuso un esquema general para evaluar cuándo se reúnen los requisitos para impugnar una norma por razón de una afectación por estigmatización:

- a) Se combata una norma de la cual se extraiga un mensaje perceptible objetivamente –aunque no cabe exigir que sea explícito, sino que puede ser implícito– del que se alegue exista un juicio de valor negativo o estigmatizador, mediante la indicación de los elementos de contexto de los símbolos utilizados, la voluntad del legislador, la historia de discriminación, etcétera, que simplemente permitan afirmar al quejoso que dicho mensaje es extraíble de la norma. No será requisito exigir al quejoso acreditar un acto de aplicación de la parte dispositiva de la norma que regule el otorgamiento de beneficios o la imposición de cargas.
- b) Se alegue que ese mensaje negativo utilice un criterio de clasificación sospechoso, en términos del artículo 1 constitucional, del cual, se insiste, el quejoso es destinatario por pertenecer al grupo identificado por alguno de esos elementos –origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas–.
- c) Finalmente, se debe acreditar que el quejoso guarda una relación de proximidad física o geográfica con el ámbito espacial de validez de la norma, sobre el cual se espera la proyección del mensaje.

106. La comprobación del interés legítimo por esta especial afectación se demuestra, pues en caso de obtener el amparo, los quejosos obtendrían un

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 34-36.

beneficio jurídico consistente en la supresión del mensaje alegado de ser discriminatorio, mediante la declaratoria de inconstitucionalidad, la que haría cesar el mensaje que les genera perjuicio. Dicho mensaje, por estar contenido en una ley, no podría ser aplicado otra vez a los quejosos en el futuro. En otras palabras, el mensaje de discriminación ya no podría ser proyectado en su contra.

107. Demostrado el interés legítimo, será materia del fondo del asunto, en caso de no existir otro motivo de improcedencia, determinar si el mensaje transmitido por la norma viola o no el derecho humano en cuestión; es decir, corresponderá a los méritos del caso determinar si la ley efectivamente discrimina o no a una persona o grupo de personas ubicadas en una categoría sospechosa.⁴⁷⁷

Al aplicar este análisis al artículo 143 del Código Civil de Oaxaca la Primera Sala explicó detalladamente la manera en que dicho numeral cumple con las condiciones para considerar actualizado el interés legítimo de la parte quejosa:

109. La parte dispositiva de dicho precepto legal regula la conducta de dos tipos de actores: por un lado, las autoridades civiles en el Estado de Oaxaca a quienes se les asigna una competencia limitada para sancionar sólo los contratos de matrimonio que se celebren entre un solo hombre y una sola mujer; y por otro, quienes pretenden lograr la sanción estatal sobre su matrimonio, pues les exige acreditar los requisitos de ingreso a que hace referencia la norma.

110. Así pues, los quejosos no son destinatarios de la parte dispositiva de la norma, ya que no se ubican en ninguna de las dos categorías de sujetos regulados, pues no han pretendido obtener la sanción del contrato de matrimonio, ni, por tanto, han resentido la negativa de autoridad alguna. Sin embargo, los quejosos son destinatarios directos del mensaje transmitido por el precepto legal.

111. El mensaje de la norma deriva de su propio texto: los matrimonios en el estado de Oaxaca son heterosexuales, por lo que las parejas homosexuales están excluidas de esta institución. La existencia de este mensaje ya ha sido reconocida implícitamente por esta Primera Sala en la tesis de rubro “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OXACA CONTIENE UNA EXCLUSIÓN IMPLÍCITA Y NO UNA OMISIÓN LEGISLATIVA”.

...

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

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 38-40.

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 sexo, lo que implica un juicio de valor negativo permanente sobre las relaciones homosexuales, las cuales no son merecedoras de esta “sanción oficial”.

116. La afectación de estigmatización por discriminación transmitida 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 1º constitucional.

117. Además, el significado social del matrimonio, como lo ha reconocido esta Primera Sala, es de la mayor importancia, al constituir una las instituciones de realización existencial más importantes de las personas, por lo que la exclusión de las parejas homosexuales conlleva un simbolismo muy relevante de exclusión para este grupo...

118. Por tanto, cabe afirmar que se cumplen los dos primeros requisitos del estándar establecido, a saber, los quejosos impugnan una norma de la que es desprendible objetivamente un mensaje negativo, de la que son destinatarios, pues se ostentan como homosexuales, respecto de la cual afirman discriminación por la utilización de uno de los criterios sospechosos reconocidos en el artículo 1º constitucional, a saber, su preferencia sexual.

119. Finalmente, los quejosos también cumplen con el tercer requisito, pues se ubican dentro del perímetro de proyección del mensaje negativo que

acusan de discriminatorio. Esto lo afirmaron bajo protesta de decir verdad y no fue objetado en el trámite del juicio.⁴⁷⁸

Cabe destacar que la sentencia señaló que los planteamientos de la Sala no son un referente aislado, sino que se nutren de criterios internacionales y de derecho comparado relacionados con la posibilidad de impugnar normas que se consideran discriminatorias sin necesidad de provocar un acto de aplicación.

Esto es relevante porque amplía el margen de acción en el que puede iniciarse un juicio de amparo contra normas estigmatizantes. En este orden de ideas, la sentencia consideró:

122. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, determinó que la mera existencia de diversos artículos del Código Civil de dicho país eran discriminatorios contra las mujeres, y en específico contra la señora Morales, puesto que conferían la representación conyugal y la administración del patrimonio conyugal al esposo, establecían responsabilidades específicas dentro del matrimonio para la esposa (vg. cuidar los niños menores y el hogar), establecían que la mujer casada sólo podía ejercer una profesión o tener un empleo siempre que ello no perjudicara su papel de madre y ama de casa, y que el esposo podía oponerse a que la esposa realizara actividades fuera del hogar.

123. La Comisión concluyó que los artículos alegados como discriminatorios “tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente en virtud del hecho de que las disposiciones citadas están vigentes”, sin importar que la señora Morales no se hubiera puesto en el supuesto de que le aplicaran; es decir, la mera existencia de dichas normas es el acto que afectó a la víctima.

124. En similar sentido, en el caso *Toonen vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano autorizado para la aplicación e interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableció respecto de una tipificación penal de la conducta sexual consentida entre personas del mismo sexo, que la mera existencia de dicha ley “representa(ba) una injerencia continua y directa en la vida privada del autor” y al derecho a no discriminación, sin importar que aquél nunca hubiera sido enjuiciado bajo dicha disposición. El Comité agregó que la violación en el caso se daba en el supuesto de una ley que no estaba “en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto”, y que no era razonable en las circunstancias del caso.

125. En el derecho comparado, la Corte Constitucional sudafricana ha destacado 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 ante la Corte la validez de la legislación. En ese

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 40-43.

sentido, ha desarrollado que, en ciertos casos, no es necesario que las personas que están siendo afectadas o que puedan ser afectadas por una ley tengan que contravenirla para tener legitimidad procesal ante los tribunales; es decir, dicha Corte ha considerado que no puede exigirse a los quejosos exponerse a un trato indigno para darles la oportunidad de combatir la constitucionalidad de la norma. Así pues, de conformidad con dicho tribunal, cuando exista una verdadera amenaza de irregularidad constitucional, un tribunal debe estar preparado para escucharla.⁴⁷⁹

Con estos argumentos la Primera Sala determinó que las personas que integran la parte quejosa tenían interés legítimo para promover el juicio de amparo.

3.4.2.2. Oportunidad

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

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 discriminatorio. 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 repunte 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

⁴⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 43-45.

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 cuando el mensaje expresado por éstas sea estigmatizador y esté basado en categorías sospechosas.⁴⁸⁰

En estos términos la Sala consideró que la demanda de amparo fue presentada de forma oportuna y con ello concluyó el análisis procesal para dar paso al estudio del fondo del asunto.

3.4.2.3. Estudio de fondo

El examen de fondo se enfocó en determinar si el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca contiene una discriminación basada en la orientación sexual de las personas. Esto ya había sido resuelto por la Primera Sala en los amparos anteriores. En virtud de ello es innecesario retomar la argumentación de la Corte pues este contenido se expuso en el apartado 3.4.1.1.2.

No obstante lo anterior, es importante resaltar el pronunciamiento de la Sala en torno a la libertad de configuración normativa de que gozan las autoridades locales y federales. La sentencia se pronunció por el reconocimiento de la supremacía de los derechos humanos por encima de las decisiones mayoritarias. En el caso en estudio se trató de la prevalencia del derecho a la no discriminación sobre la facultad legislativa del Congreso local:

195. ... no pasa inadvertido que el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 que “[e]l hecho de que en una entidad se regule de determinada manera una institución civil, no significa que las demás deban hacerlo en forma idéntica o similar, como tampoco que se limite o restrinja la facultad de una entidad para legislar en sentido diverso a las restantes”.

196. Sin perjuicio de ello, resulta incuestionable que la libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México, de conformidad con el artículo 1 constitucional. En similar sentido, *mutatis mutandi*, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

[...] la determinación [...] del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido”, por lo cual, “al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 45-46.

al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales [...], aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida.⁴⁸¹

197. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la legitimidad democrática de ciertos actos o hechos:

[...] está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos [...] de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales⁴⁸².

198. El razonamiento expresado hasta este momento coincide, sustancialmente, con los precedentes de esta Sala en los amparos en revisión citados 457/2012, 567/2012, y 581/2012, respecto del Estado de Oaxaca.⁴⁸³

En estas condiciones la Sala concluyó que la norma impugnada viola el principio de no discriminación en perjuicio de la parte quejosa. Una vez que se llegó a esta determinación sólo quedaba pendiente determinar los efectos de resolución.

3.4.2.4. Efectos de la sentencia

En los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012 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 esta ocasión el artículo del Código Civil se impugnó directamente ya que no existía un acto en el cuál la norma pudiera reinterpretarse. Ante esta circunstancia quedó de manifiesto que la interpretación conforme no incidía en la proyección del mensaje discriminatorio contenido en la norma dejando subsistente el perjuicio generado aún sin el acto de aplicación.

Por este motivo fue necesario replantearse los efectos de esta sentencia. Se ordenó por primera vez la inconstitucionalidad de la porción normativa "un solo hombre y una sola mujer" contemplada en la definición de matrimonio del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca. En este sentido, la Sala explicó:

⁴⁸¹ Sentencia C-577/11 de la Corte Constitucional de Colombia. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴⁸² Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No.221, párr. 239.

⁴⁸³ Amparo en revisión 152/2013, Op. citr., pp. 70-71.

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

203. De lo expuesto en la presente sentencia se aprecia que el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca representa dos aristas de afectación a los quejosos y las quejosas: la procreación como finalidad del matrimonio y la especificación de que éste es entre “un solo hombre y una sola mujer”.

204. En relación con la primera afectación, esta Sala reitera sus precedentes en el sentido de declararla inconstitucional por establecer que la finalidad del matrimonio es procrear y, como consecuencia, por excluir injustificadamente a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio. Además, esta Sala agrega que incluir la procreación como finalidad del matrimonio deja fuera, incluso, a las parejas heterosexuales que no desean o no puedan procrear pero sí acceder a la institución del matrimonio.

205. Ahora bien, en relación con la segunda afectación, es importante recordar que los quejosos alegan que la enunciación misma del artículo combatido les discrimina; es decir, reciben un perjuicio de manera diaria por su simple existencia. Ya esta Sala destacó en párrafos precedentes que es posible que la mera vigencia de una ley podría discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, discriminarlas indirectamente debido a

un impacto diferenciado de la legislación. Ahora bien, en relación con la discriminación en las leyes con motivo de la orientación sexual, la Corte Interamericana ha establecido claramente que:

[...] está proscrita por la Convención (Americana) cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁴⁸⁴.

206. Esta Sala observa que la definición de matrimonio del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca constituye un caso de discriminación normativa, al limitar la figura del matrimonio al contrato civil celebrado “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación excluye tácitamente a las parejas homosexuales del acceso a esta institución y, además, 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.

207. En ese sentido, esta Primera Sala considera que habiendo establecido que es la norma en sí misma la que discrimina a las quejas 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 quejas 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 quejas buscan encontrarse legal y expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del matrimonio se refiere.

⁴⁸⁴ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Op. cit., párr. 91.

210. Una vez que esta Corte ha reiterado que la finalidad del matrimonio no es la procreación, razón por la cual no tendría razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, tampoco la tendría la enunciación de “entre un solo hombre y una sola mujer”, sino, por el contrario, la misma resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión. Desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido que un “derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual.” Tomando en cuenta lo anterior, esta Sala concluye que no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.

211. Esta Primera Sala considera 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.

2012. 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 impescindibles 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*.

2013. En seguimiento a los párrafos anteriores, la Primera Sala, apartándose de la conclusión de interpretación conforme declarada en sus precedentes 457/2012, 567/2012 y 581/2012, 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.⁴⁸⁵

Este cambio de criterio es fundamental ya que representa el punto de partida para la acumulación de precedentes con miras a la integración de una jurisprudencia⁴⁸⁶ y, en su caso, el inicio de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

A partir de estas consideraciones la Sala revocó la sentencia del Juez de Distrito y concedió el amparo:

215. De acuerdo con lo anterior, debe levantarse el sobreseimiento decretado por el juez de Distrito y otorgar el amparo a los quejosos.

216. De acuerdo con lo expuesto en el estudio del presente asunto, debe declararse la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 143 que excluye injustificadamente a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio: las referencias al sexo de los contrayentes y a la finalidad de la institución matrimonial.

217. Los 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 discriminatorio de la norma, tanto en el presente como en el futuro.

218. La vinculación a otras autoridades distintas a las señaladas como responsables está sustentado en diversos precedentes de esta Suprema Corte, como se desprenden de la jurisprudencia de esta Primera Sala, de rubro:

⁴⁸⁵ Amparo en revisión 152/2013, Op. cit., pp. 70-71. Se citan en extenso por considerar la importancia de estos razonamientos.

⁴⁸⁶ Los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012 no eran idóneos para integrar una jurisprudencia debido a que en ellos no hubo un pronunciamiento de inconstitucionalidad sobre la diferenciación de sexos como requisito para contraer matrimonio; respecto de este elemento únicamente se ordenó la realización de una interpretación conforme.

“AUTORIDADES NO SEÑALADAS COMO RESPONSABLES. ESTÁN OBLIGADAS A REALIZAR LOS ACTOS NECESARIOS PARA EL EFICAZ CUMPLIMIENTO DE LA EJECUTORIA DE AMPARO”, así, como la jurisprudencia de la Segunda Sala, la cual se comparte en este aspecto, de rubro “SENTENCIAS DE AMPARO. PARA LOGRAR SU EFICAZ CUMPLIMIENTO, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA TIENE FACULTADES PARA PRECISAR SU ALCANCE, SEÑALAR LAS AUTORIDADES VINCULADAS A CUMPLIRLAS Y LA MEDIDA EN QUE CADA UNA DE ELLAS DEBE PARTICIPAR”.⁴⁸⁷

En concreto, los puntos resolutivos fueron:

PRIMERO. Se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO. LA JUSTICIA DE LA UNIÓN AMPARA Y PROTEGE a las quejas y los quejosos ... en contra del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en términos del último apartado de esta sentencia.⁴⁸⁸

Con esta sentencia la Primera Sala cerró el primer ciclo de decisiones relevantes en torno al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través del juicio de amparo.

A partir de las cuatro resoluciones analizadas en este trabajo se pudo integrar un movimiento desde la sociedad civil para que otras entidades federativas replicaran esta estrategia de litigio contra las leyes civiles o familiares a nivel local que también impiden el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

Con la información expuesta en los tres capítulos anteriores es posible hacer un análisis sobre el impacto de la estrategia, los argumentos utilizados por la Suprema Corte la resolución de los casos estudiados y, sobre todo, determinar la verificación de las hipótesis planteadas en la investigación. El siguiente capítulo se dedica a realizar esta tarea.

⁴⁸⁷ Amparo en revisión 152/2013, Op. cit., pp. 76-78.

⁴⁸⁸ *Ibíd.*, p. 78.

CAPÍTULO 4

Análisis de resultados

Las resoluciones de la Suprema Corte en los casos que se han analizado dieron respuesta al planteamiento que había quedado pendiente en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

Las decisiones de la Primera Sala otorgaron el amparo en los cuatro juicios. Con ello se beneficiaron las tres parejas a quienes se les había negado el registro y el colectivo de 39 personas que denunciaron la inconstitucionalidad de la norma sin un acto de aplicación.

La estrategia para impulsar el avance del matrimonio igualitario a través de los juicios de amparo representó una oportunidad para desarrollar herramientas que pudieran ser aprovechadas en otras entidades federativas.

De esta manera, a partir de estas sentencias es posible señalar objetivamente el impacto de la investigación. Desde la integración de una estrategia nacional de litigio por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, hasta la solicitud e inicio de diversas declaratorias generales de inconstitucionalidad, pasando por la intervención de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la iniciativa de reforma constitucional presentada por el Presidente de la República.

Ahora bien, el hecho de que se concediera el amparo no significa que las resoluciones sean congruentes con los planteamientos hechos en la demanda ni que se haya atendido el marco más garantista. Este escenario plantea también la necesidad de hacer una revisión crítica de las sentencias para compararlas con lo expuesto a lo largo del marco referencial.

Con esta finalidad, en este apartado se revisan en primer término los avances a que dieron lugar los litigios iniciados en Oaxaca y en segundo lugar se hace un análisis crítico de la postura de la Primera Sala de la Suprema Corte en los temas estudiados en el capítulo primero de esta investigación: a) El matrimonio en el marco constitucional mexicano; b) La omisión legislativa; y c) Los efectos de las sentencias en relación con el derecho a la no discriminación.

4.1. Impactos de la investigación⁴⁸⁹

Toda investigación busca realizar una aportación para la disciplina desde la que se proyecta. En este caso tanto la investigación bibliográfica como las sentencias obtenidas en los juicios de amparo significaron una reestructuración del sistema constitucional mexicano en materia de familia y el derecho a la no discriminación.

Las sentencias sentaron las bases para que la experiencia se replicara a lo largo y ancho del territorio nacional. A continuación se hace un breve recuento del impacto que ha tenido esta investigación.

4.1.1. Las posturas críticas y el diálogo democrático

A la fecha de cierre de esta investigación los litigios que se han impulsado además de los cambios en la Suprema Corte han dado respuesta a diversos planteamientos expuestos por las voces que se manifestaron contra la reforma al Código Civil para el Distrito Federal y la sentencia de la acción de inconstitucional 2/2010.

Como se expondrá en los siguientes apartados, la Corte no sólo ha reiterado su criterio, sino que lo ha complementado tanto en los juicios de amparo que siguieron a los analizados en esta investigación como en las diversas acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Es importante resaltar que la acción de inconstitucionalidad 2/2010 fue resuelta por una Corte con una integración distinta. De agosto de 2010 a mayo de 2018 se ha dado el relevo de seis de los once Ministros y Ministras que integraban del Pleno (Juan N. Silva Mesa, Jesús Gudiño, Olga Sánchez Cordero, Sergio Valls, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo Ortiz Mayagoita) en aquella ocasión; esto significa que la mitad más uno de los Ministros y Ministras actuales no votaron dicha sentencia.

A pesar de lo anterior, el criterio de la Corte no se ha modificado. La acción de inconstitucionalidad 29/2017 es la más reciente que se han resuelto sobre la noción de familia y matrimonio contenida la Constitución Federal. El proyecto que propone la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer fue aprobado por unanimidad de los once Ministros y Ministras que actualmente integran el Pleno.

⁴⁸⁹ Un resumen de lo planteado en este apartado, con excepción de lo sostenido en el numeral 4.1.1. y con un corte a mayo de 2017, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, Op. Cit., pp. 29-37.

Esto significa no sólo la reiteración del criterio emitido en 2010 sino que se pasó de una mayoría de nueve votos a lograr una decisión unánime.

Por otro lado, es importante reconocer que los argumentos de una postura opuesta a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal se hicieron escuchar en las discusiones de la Corte a través de las intervenciones del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano; sin embargo, los razonamientos esgrimidos no fueron suficientes para ganar el debate en el diálogo democrático.

A partir de estas decisiones reiteradas de la Corte se está construyendo una sociedad pluralista y un poco más igualitaria.

4.1.2. Estrategia nacional⁴⁹⁰

Las sentencias estudiadas 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 más allá del Estado de Oaxaca.

Después de las resoluciones estudiadas en este trabajo inicié la colaboración con diversos abogados, abogadas, personas de otras profesiones y organizaciones de la sociedad civil para tramitar amparos en otras entidades federativas.

Colima⁴⁹¹ fue el siguiente Estado, después se sumaron Sinaloa⁴⁹², Chihuahua⁴⁹³, Yucatán⁴⁹⁴, Quintana Roo⁴⁹⁵, Tabasco⁴⁹⁶, Chiapas⁴⁹⁷, Puebla⁴⁹⁸, Morelos⁴⁹⁹,

⁴⁹⁰ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a junio de 2015, se publicó un resumen en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, Op. Cit. pp. 177-178. En el mismo sentido, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 99-103.

⁴⁹¹ Amparo indirecto 380/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

⁴⁹² Amparos indirectos: 307/2013, Juzgado Segundo de Distrito; 262/2013, Juzgado Séptimo de Distrito; 275/2013, Juzgado Noveno de Distrito, entre otros.

⁴⁹³ 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.

⁴⁹⁴ Amparo indirecto 497/2013, Juzgado Tercero de Distrito. Actualmente Yucatán ocupa el segundo lugar en número de amparos tramitados con más de 15 juicios.

⁴⁹⁵ Amparo indirecto 1164/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

⁴⁹⁶ Amparos indirectos: 161/2014, Juzgado Primero de Distrito; 1650/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁴⁹⁷ Amparo indirecto 1428/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

⁴⁹⁸ Amparo indirecto 1667/2014, Juzgado Décimo Primero de Distrito.

⁴⁹⁹ Amparo indirecto 1040/2013, Juzgado Segundo de Distrito.

Tlaxcala, Hidalgo⁵⁰⁰, Querétaro⁵⁰¹, Guanajuato⁵⁰², Jalisco⁵⁰³, Tamaulipas⁵⁰⁴, Aguascalientes⁵⁰⁵, Nuevo León⁵⁰⁶, Baja California⁵⁰⁷ y Baja California Sur⁵⁰⁸. En estas nuevas experiencias estuve a cargo de la estrategia jurídica. En otras entidades se emprendieron proyectos de forma independiente.

Como consecuencia de este trabajo de litigio y difusión de las sentencias de la Corte, salvo la Ciudad de México 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 demandando la inconstitucionalidad de la restricción en el acceso al matrimonio para las parejas del mismo sexo.

4.1.3. Jurisprudencia⁵⁰⁹

La tramitación casi *masiva* de nuevos juicios de amparo en diversas entidades del país permitió que otros casos similares llegaran a la Suprema Corte⁵¹⁰.

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

⁵⁰⁰ Amparo indirecto 982/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁵⁰¹ Amparo indirecto 2114/2014, Juzgado Tercero de Distrito.

⁵⁰² Amparo indirecto 1157/2013, Juzgado Tercero de Distrito.

⁵⁰³ Amparo indirecto 370/2013, Juzgado Cuarto de Distrito.

⁵⁰⁴ 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

⁵⁰⁵ Amparos indirectos: 1279/2014, Juzgado Segundo de Distrito; 1015/2014, Juzgado Segundo de Distrito.

⁵⁰⁶ 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 Trabajo.

⁵⁰⁷ Amparos indirectos: 418/2013, Juzgado Décimo Segundo de Distrito; 524/2013, Juzgado Décimo Quinto de Distrito.

⁵⁰⁸ Amparo indirecto 694/2014, Juzgado Primero de Distrito.

⁵⁰⁹ Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a junio de 2015, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, Op. Cit. pp. 179-180. También se publicó un avance, con un corte a octubre de 2016, en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 99-103.

⁵¹⁰ Amparos en revisión resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte: 537/2013 (Baja California), 615/2013 (Colima), 263/2014 (Sinaloa), 483/2014 (Sinaloa), 591/2014 (Estado de México), 704/2014 (Colima), 735/2014 (Colima), 823/2014 (Colima), 376/2015 (Jalisco), 411/2015 (Jalisco), 420/2015 (Jalisco), 581/2015 (Jalisco), 706/2015 (Chihuahua), 713/2015 (Jalisco), 1266/2015 (Nuevo León), 48/2016 (Puebla), 1052/2016 (Chihuahua), 1068/2016 (Chihuahua). Un resumen de lo que se desarrolla en este apartado, con un corte a octubre de 2016, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, Op. Cit., pp. 99-103.

El resultado del litigio constante fue que el 3 de junio de 2015, dos años y medio después de las sentencias que se estudiaron en esta investigación, la Primera Sala integró jurisprudencia genérica respecto de la constitucionalidad de una definición de matrimonio que incluya la finalidad reproductiva y excluya 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 INCONSTITUCIONAL.

Considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso. Como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión matrimonial sea heterosexual, ni que se enuncie como “entre un solo hombre y una sola mujer”. Dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión. Al respecto cabe recordar que está prohibida cualquier norma discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, tanto por parte de autoridades estatales como de particulares, pueden disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Así pues, bajo ninguna circunstancia se puede negar o restringir a nadie un derecho con base en su orientación sexual. Por tanto, no es factible hacer compatible o conforme un enunciado que es claramente excluyente.⁵¹¹

⁵¹¹ Tesis 1a./J. 43/2015 (10a.), Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, Junio de 2015, p. 536. Las sentencias tomadas en cuenta para la integración de la jurisprudencia fueron: *Amparo en revisión 152/2013*. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. *Amparo en revisión 122/2014*. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Míguez. *Amparo en revisión 263/2014*. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío

De los cinco precedentes que se tomaron en cuenta para la integración de esta jurisprudencia tres litigios estuvieron a mi cargo⁵¹² pero en todas ellas se tomó como punto de partida la declaratoria de inconstitucionalidad hecha por primera vez en el amparo en revisión 152/2013.

Una de las mayores aportaciones de esta jurisprudencia es que al ser emitida por la Suprema Corte puede considerarse una extensión misma de la Constitución Federal ya que de ella emana este criterio de interpretación. De esta forma, el matrimonio igualitario se considera expresamente integrado al sistema jurídico mexicano como parte del marco constitucional⁵¹³.

Por otro lado, la Ley de Amparo señala plazos más cortos para el desarrollo de los juicios de amparo⁵¹⁴ cuando ya existe una jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada; sin embargo, esto no resuelve el problema de fondo. En las entidades en donde las leyes no se hayan modificado para hacer accesible el matrimonio a las parejas del mismo sexo será necesario tramitar un juicio de amparo. La jurisprudencia no obliga al Registro Civil a dar trámite a las solicitudes de matrimonio de parejas del mismo sexo.

En otras palabras, la jurisprudencia emitida por la Corte 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 y el incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia continuarán mientras en todo el país no

Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. *Amparo en revisión 591/2014*. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. *Amparo en revisión 704/2014*. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

⁵¹² Amparos en revisión 152/2013, 122/2014 y 263/2014.

⁵¹³ Esto sin perjuicio de un análisis más amplio que puede hacerse a la luz de los tratados internacionales.

⁵¹⁴ *Ley de Amparo*. Artículo 118. En los casos en que el quejoso impugne la aplicación por parte de la autoridad responsable de normas generales consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia decretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Plenos de Circuito, el informe con justificación se reducirá a tres días improrrogables, y la celebración de la audiencia se señalará dentro de diez días contados desde el siguiente al de la admisión de la demanda.

se cambie la redacción excluyente del marco normativo en torno al matrimonio que impiden que las parejas de personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

4.1.4. Recomendación General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

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 presentar una recomendación general. Este documento fue emitido tres años después de que la Primera Sala resolviera los juicios estudiados en esta investigación.

En el cuerpo de la recomendación se observa el impacto de este trabajo ya que se hace referencia a los juicios de amparo que desde diciembre de 2012 se han tramitado en diversas entidades:

20. Ahora bien, en el aspecto normativo solamente el Distrito Federal y Coahuila han modificado sus códigos civiles y/o familiares para permitir el matrimonio igualitario. El caso del Estado de Quintana Roo es singular, ya que si bien es cierto la forma en que está redactado el artículo 680 del Código Civil de dicha entidad, al utilizar el término “personas”, permite inferir que no existe restricción alguna al matrimonio igualitario, también es cierto que han existido claras reticencias de las autoridades para permitirlo, por lo que dicha disposición normativa solo tuvo efectividad a través de resoluciones judiciales que obligaron a las autoridades a autorizar esos enlaces por vía de interpretación en sede jurisdiccional.

21. Con respecto al resto de las entidades federativas, esta Comisión Nacional observa que a través de juicios de amparo, diversas personas han podido obtener el acceso al matrimonio igualitario⁵¹⁵, sin embargo los congresos locales de estas entidades federativas no han realizado las reformas legislativas necesarias para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁵¹⁶

⁵¹⁵ Los estados donde a través de decisiones judiciales se ha permitido a las parejas del mismo sexo contraer matrimonio son los siguientes: Aguascalientes (Amparo), Colima (Amparo en Revisión SCJN 615/2013), Sinaloa (Amparo en Revisión SCJN 263/2014), Michoacán (Amparo), Oaxaca (Amparo en Revisión SCJN 581/2012), Quintana Roo (Amparo), Yucatán (Amparo), Estado de México (Amparo), Guanajuato (Amparo), Chihuahua (Amparo), Querétaro (Amparo), San Luis Potosí (Amparo 391/2014-III), Jalisco (Amparos en revisión 376/2015 y 420/2015), Nuevo León (Amparo), Campeche (Amparo), Tabasco (Amparo), Baja California (Amparo), Guerrero (Amparo). Existen avances significativos por parte del Poder Judicial de la Federación para garantizar los derechos de las personas homosexuales, en particular con la expedición en agosto de 2014 del “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género”, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁵¹⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General No. 23, pp. 7-9, disponible en: [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_023.pdf]

En el mismo sentido la Comisión Nacional señala:

43. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha sostenido que no existe razón de índole constitucional para no reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵¹⁷. Asimismo, la Primera Sala de la SCJN al integrar el criterio de jurisprudencia 43/2015⁵¹⁸, sostuvo que toda ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra solamente entre un hombre y una mujer, es inconstitucional⁵¹⁹.

Con base en estos aportes, la recomendación general dirigida a los titulares de los poderes ejecutivos y legislativos locales recomienda a todas las legislaturas que “adecuen los correspondientes ordenamientos en materia civil y/o familiar con el fin de 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”⁵²⁰.

4.1.5. Reformas a las leyes locales

Como es expuso en el apartado 1.1.1, la Ciudad de México fue la primera entidad federativa en modificar su código civil para hacer accesible la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo. La reforma se llevó a cabo en diciembre de 2009 y la sentencia de la acción de inconstitucionalidad en donde la Corte declara su validez fue dictada en agosto de 2010.

Las decisiones de la Primera Sala en los casos analizados en esta investigación tuvieron lugar en diciembre de 2012 para las primeras tres sentencias y en abril de 2014 para el juicio colectivo. 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.

Al momento de redactar este reporte han sido seis entidades dererativas las que han reformado su marco normativo en materia de matrimonio después de la Ciudad de México: Campeche, Coahuila, Colima, Michoacán, Morelos y Nayarit.

⁵¹⁷ SCJN. Tesis: 1ª./J. 46/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala, Registro 2009406. En dicha jurisprudencia la Corte mexicana sostuvo: “Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio”

⁵¹⁸ Amparos en revisión: 152/2013, 122/2014, 263/2014, 591/2014 y 704/2014.

⁵¹⁹ SCJN. Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.) Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala, Registro 2009407.

⁵²⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Op. cit., p. 21.

Mapa 1. *Entidades federativas con reformas legislativas que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.*



En estas modificaciones es posible identificar el rastro del impacto de los litigios analizados en esta investigación.

En el caso de Coahuila, el "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" señala:

... Coahuila se convertiría en la segunda entidad en el país, después del Distrito Federal, en proveer a la totalidad de la población seguridad social y jurídica mediante el reconocimiento de dichas uniones. Con estas acciones legislativas pretende ponerse fin a las restricciones y limitaciones a los derechos y prerrogativas que la ley impone, en el ámbito del matrimonio, a la comunidad lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual, (LGBTTTI), lo cual evidentemente constituye una violación constitucional e internacional. Prueba de ello son los tres amparos bajo los números 457/2012, 567/2012 y 581/2012, que hasta el día de hoy ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y respecto de los cuales determinó que la prohibición de contraer matrimonio, impuesta a personas del mismo sexo, establecida en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca es

inconstitucional, debido a que esta exigencia atenta contra la autodeterminación de las personas y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.⁵²¹

El dictamen fue aprobado por la mayoría del Pleno del Congreso del Estado y publicado en el Periódico Oficial del Estado el 16 de septiembre de 2014.

En el caso del Estado de Nayarit, el "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" señala:

En plena armonía con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, así como lo concerniente a la dignidad humana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su Primera Sala, mediante la jurisprudencia contenida en el expediente 43/2015 ha señalado que la ley de cualquier entidad federativa que por un lado, defina al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer o que considere que su finalidad es la procreación, resulta inconstitucional, estableciendo a la letra lo siguiente:

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.
[...]

Bajo estos argumentos habrá que señalar que el Código Civil para el Estado de Nayarit contiene actualmente disposiciones en materia de matrimonio y concubinato que resultan ser inconstitucionales por ir en contra del principio fundamental de no discriminación del ser humano.⁵²²

Esta propuesta fue aprobada por la mayoría del Pleno del Congreso del Estado y publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de junio de 2015.

Por lo que hace a las reformas realizadas al Código Civil del Estado de Campeche el Dictamen presentado por las Comisiones de Puntos Constitucionales y Control Interno de Convencionalidad, de Procuración e Impartición de Justicia

⁵²¹ "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", p. 9, disponible en: [<http://www.congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/20140901.pdf>]

⁵²² 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, pp.2-5, disponible en: [<http://189.194.63.106/sisparlamentario/iniciativas/1450716290.pdf>]

y, de Derechos Humanos en torno a las iniciativas recibidas para modificar la definición de matrimonio en el Código Civil señala:

... a pesar de que en nuestra Entidad ha sido considerada la familia dentro del concepto tradicional, al integrarla por matrimonio celebrado entre hombre y mujer con su respectiva descendencia, las transformaciones que ha sufrido el derecho en los ámbitos nacional e internacional, nos obliga a hacer adecuaciones a nuestro marco normativo estatal a fin de cumplir con los postulados reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales, según los principios de control de constitucionalidad y de convencionalidad. Esto obedece a que en criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de diversos órganos jurisdiccionales del propio Poder Judicial de la Federación, que han conocido de Juicios de Amparo contra la legislación civil de Campeche y de otras entidades federativas, ha imperado el criterio reiterado que el matrimonio concebido únicamente como heterosexual, es inconstitucional. Criterios que para mayor ilustración se transcriben a continuación:

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA QUE DEFINE LA INSTITUCIÓN DEL 5 LXII LEGISLATURA CAMPECHE PODER LEGISLATIVO MATRIMONIO, CONTIENE UNA DISTINCIÓN CON BASE EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA.

[...]

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. EL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA CONTIENE UNA EXCLUSIÓN IMPLÍCITA Y NO UNA OMISIÓN LEGISLATIVA.

[...]

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.

[...]

Consecuentemente, en atención a que en los términos en que se encuentra reconocida en nuestra legislación local la figura del matrimonio, no es acorde con los criterios citados, por considerar que las disposiciones que rigen al matrimonio en nuestro Código Civil otorgan un trato discriminatorio y desigual a las parejas del mismo sexo, y les niegan todos los beneficios tangibles e intangibles, a los cuales pueden acceder las personas heterosexuales a través del matrimonio, es que surge la obligación de hacer

las adecuaciones necesarias para efecto de evitar que nuestra legislación civil vulnere los derechos a la igualdad y a la no discriminación, protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales, es decir eliminar de aquella los vicios de inconstitucionalidad.⁵²³

Esta propuesta fue aprobada por el Congreso y publicada en el Periódico Oficial del Estado el 16 de mayo de 2016.

En relación a las modificaciones al Código Civil del Estado de Colima, el Decreto número 103 publicado en el Periódico Oficial del Estado señala el 11 de junio de 2016 señala:

Esta Comisión dictaminadora valora como un fundamento de la persona la igualdad entre sus representados, destacando la búsqueda de la no discriminación e igualdad que encontramos en lo derechos humanos, los cuales forman parte de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tratados Internacionales de los cuales México forma parte, así como el libre desarrollo de la personalidad, también considerado como un derecho humano protegido por las mismas regulaciones, al considerar la unión de dos personas del mismo sexo, está violentando esta posibilidad de desarrollo humano, fomento de discriminación y falta de equidad, limitando el ejercicio de aquellos derechos que son otorgados a los cónyuges con la figura del matrimonio.

En este sentido, es imperioso para éste tema acatar lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión número 823/2014 en el que fue ponente el Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien hizo referencia hacia como transgredían los principios de igualdad y no discriminación, con relación al de dignidad humana al hacer distinción entre las parejas homosexuales y heterosexuales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyó que la distinción que se hace del matrimonio de cara al enlace conyugal, vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, pues el propósito que busca no es constitucionalmente admisible, ya que se basa únicamente en la preferencia sexual.⁵²⁴

⁵²³ Comisiones de Puntos Constitucionales y Control Interno de Convencionalidad, de Procuración e Impartición de Justicia y, de Derechos Humanos, dictamen del expediente legislativo número 149/LXII/04/16 y sus acumulados 005-I/LXII/10/15 y 050/LXII/11/15, relativo a tres Iniciativas para reformar y derogar diversas disposiciones del Código Civil y reformar un numeral del Código Penal, ambos del Estado de Campeche, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo y prohibición de matrimonio de menores de edad, promovidas por el Ejecutivo Estatal y legisladores de los Partidos de la Revolución Democrática, Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México, pp. 4-6, disponible en: [http://congresocam.gob.mx/consultas/dictamenes_LXII/149LXII0416.pdf]

⁵²⁴ 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

Ahora bien, en el amparo en revisión 823/2014⁵²⁵ resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 17 de junio de 2015 se tomaron como precedentes el amparo en revisión 152/2013 y 581/2012. El primero para tener por acreditado el interés legítimo de la parte quejosa⁵²⁶ y el segundo para abordar el tema de discriminación por orientación sexual⁵²⁷.

La siguiente entidad federativa en hacer modificaciones al régimen de matrimonio fue el Estado de Michoacán.

El dictamen 185 presentado por las comisiones de Justicia, de Derechos Humanos y de Puntos Constitucionales se retoman diversas iniciativas enviadas para la modificación del Código Familiar. Una de ellas que se cita en el cuerpo del decreto señala:

El 12 de junio de 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxima autoridad jurisdiccional y última intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitió criterio jurisprudencial que declara inconstitucional todos aquellos códigos civiles y familiares de aquellos estados donde el matrimonio es entendido como la unión entre hombre y mujer, con la finalidad de procreación. Este máximo tribunal ha sostenido en el criterio de jurisprudencia 43/2015 que no existe razón de índole constitucional para que el matrimonio por personas del mismo sexo no sea reconocido.⁵²⁸

estado de Colima, p. 4, disponible en: [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Colima/wo116117.pdf]

⁵²⁵ Amparo en revisión 823/2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 17 de junio de 2015, Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz, disponible en:

[http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/14008230.002-2727.doc]

⁵²⁶ *Ibíd.*, párrs. 23: "Esta Primera Sala en el amparo en revisión 152/2013, determinó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción I, de la Ley de Amparo, la acción constitucional procede cuando se actualiza una afectación posible en razón de la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, esto es, un interés personal –individual o colectivo–, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que trascienda en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso."

⁵²⁷ *Ibíd.*, párr. 52: "... lo primero que debe determinarse es si las normas que regulan el enlace conyugal tiene una finalidad constitucionalmente imperiosa. Esta Primera Sala advierte que la distinción entre "matrimonio" y "enlace conyugal" es claramente inconstitucional, puesto que ni siquiera persigue una finalidad constitucionalmente admisible. En efecto, como se señaló en el amparo en revisión 581/2012, una distinción como ésta "resulta totalmente inaceptable en un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos", ya que únicamente se basa en un sentimiento de desaprobación hacia un grupo de personas en específico: los homosexuales",

⁵²⁸ Proyecto de Decreto 185 por el que se reforman diversos ordenamientos del Código Familiar de Michoacán de Ocampo, elabora por las comisiones de Justicia, Derechos Humanos y Puntos Constitucionales, de fecha 3 de marzo de 2016, pp. 3-4, disponible en:

En páginas posteriores el dictamen también retoma otra iniciativa en esta materia en donde se argumenta:

A través de diversas resoluciones de las que derivaron las tesis jurisprudenciales 43/2015, 46/2015, 84/2015, 85/2015 y 86/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó las bases para el reconocimiento del matrimonio igualitario en todo México. En las mencionadas tesis, se establece claramente que cualquier legislación que defina al matrimonio con fines de procreación y/o lo limite exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer, es inconstitucional.⁵²⁹

El dictamen fue aprobado por el Congreso y publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de junio de 2016.

Finalmente, la entidad que recientemente ha modificado su legislación para integrar el matrimonio entre personas del mismo sexo es el Estado de Morelos. Para hacerlo tuvo que reformarse la Constitución local y el Código Civil, esto se realizó a través de los decretos 756 y 757 respectivamente.

En el primero de ellos la exposición de motivos señala:

... la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el pasado 19 de junio del presente año, emitió Criterio de Jurisprudencia obligatoria, en los términos siguientes:

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.

[...]

Es decir, el artículo 120 de nuestra Carta Magna Local es “inconstitucional”, lo cual, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa: Opuesto a la Constitución del Estado, entonces, ya lo preceptuado en dicho artículo, resulta por lo menos en “letra muerta”, se tiene por no puesto y, por lo tanto, cualquier ciudadano que recurra a la justicia federal, obtendrá sin dilación, el amparo y protección para que los Oficiales del Registro Civil locales les otorguen matrimonio, situación que no puede permitir ésta Soberanía, de ser señalados como una Entidad Federativa donde existen normas que van en contra de la Ley fundamental de nuestro país.⁵³⁰

[http://transparencia.congresomich.gob.mx/media/documentos/trabajo_legislativo/dictamen_185_18-05-16.pdf]

⁵²⁹ *Ibíd.*, p.6

⁵³⁰ Periódico Oficial del Estado de Morelos, "Tierra y Libertad", 6a Época, número 5408, 04 de julio de 2016, pp. 33-34, disponible en: [<http://periodico.morelos.gob.mx/periodicos/2016/5408.pdf>]

En el decreto siguiente se expusieron los mismos argumentos⁵³¹ y con ello quedó adecuado el marco legislativo local a los parámetros dictados por la Suprema Corte.

De lo expuesto se concluye que este trabajo de investigación ha tenido un impacto en todas las reformas llevadas a cabo para modificar las definiciones de matrimonio de tal forma que las parejas del mismo sexo puedan acceder a él sin discriminación.

4.1.6. Iniciativa presidencial

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

El objetivo era integrar modificaciones que, de acuerdo con la exposición de motivos, permitiría establecer mayores condiciones de igualdad y no discriminación para la población LGBTI. El matrimonio entre personas del mismo sexo era uno de los temas incluidos.

El titular del Ejecutivo federal propuso cambiar la redacción del actual artículo 4 constitucional para que en su primer párrafo contemplara:

Artículo 4. 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.

Esta propuesta fue sustentada en la jurisprudencia 43/2015 que señala como inconstitucional la definición de matrimonio de cualquier entidad federativa que lo limite a la unión de un hombre y una mujer⁵³².

Una de las propuestas era modificar artículo 146 del Código Civil Federal⁵³³ para que señalara: "El matrimonio es la unión libre de dos personas mayores de edad con la intención de tener una vida en común, procurándose ayuda mutua,

⁵³¹ *Ibíd.*, pp. 63-65.

⁵³² Presidencia de la República, Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, p. 5, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp_reforma_cjef.gob.mx_20160517_164352.compressed.pdf]

⁵³³ Código Civil Federal. Artículo 146. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

solidaridad, respeto e igualdad". La exposición de motivos de la iniciativa contempló la misma jurisprudencia de la Corte⁵³⁴.

La técnica legislativa de las iniciativas es cuestionable, pero su análisis escapa a los objetivos de esta investigación además de que fueron rechazadas por el Congreso Federal. Lo trascendente es que los resultados de esta investigación permitieron que el tema se incluyera la agenda presidencial.

4.1.7. Acciones de inconstitucionalidad

La vía legislativa no ha sido la única mediante la cual el el criterio de la Corte en materia de protección a las familias homoparentales y no discriminación se ha incorporado progresivamente a los sistemas jurídicos locales.

La acción de inconstitucionalidad también se ha utilizado para lograr este objetivo.

En específico, en la acción de inconstitucionalidad 28/2015 el Pleno de la Suprema Corte estudió el concepto de matrimonio en el Estado de Jalisco. Al hacerlo sostuvo:

En el mismo sentido, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto diversos precedentes en los que, de igual manera, ha determinado que no existe razón de índole constitucional para desconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, y que toda aquella ley de cualquier entidad federativa que limite el matrimonio a un hombre y una mujer, excluyendo de él a las parejas del mismo sexo o considere que la finalidad de la institución del matrimonio es la procreación, resulta inconstitucional, ya que conllevan un acto de verdadera discriminación que no puede ser tolerado en un estado de derecho como el nuestro, el cual no sólo debe estar abierto a la pluralidad, sino que además, debe estar comprometido con el respeto absoluto de los derechos humanos⁵³⁵.

El segundo resolutivo de esta sentencia declaró la invalidez del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco, y por vía de consecuencia, se extiende dicha declaratoria de invalidez a los artículos 258, en la porción normativa que indica “un

⁵³⁴ Secretaría de Gobernación, Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pp. 3-4, disponible en: [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-05-18-1/assets/documentos/Ini_Art4_Cons_Ejecutivo_Fed.pdf]

⁵³⁵ Acción de inconstitucionalidad 28/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, pp. 38-39, disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/CERRADOS/242/15000280.019-2956.doc>]. Al final de este párrafo hay un pie de página en el que se citan la siguiente jurisprudencia: Tesis de jurisprudencia 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.

hombre y una mujer”, y 267 bis, en la porción normativa que señala “El hombre y la mujer”⁵³⁶.

Este mismo criterio fue reiterado, con pequeñas variantes, en las acciones de inconstitucionalidad 29/2016 y 32/2016 relativas a la definición de matrimonio contenida en las legislaciones de Puebla y Chiapas respectivamente.

Así las cosas, en este nuevo pronunciamiento de la Corte también se observa el impacto de esta investigación.

Mapa 2. Entidades federativas con declaraciones de invalidez de la definición de matrimonio, emanadas de acciones de inconstitucionalidad.



4.1.8. 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 plantea como una solución a las críticas reiteradas respecto a los efectos relativos del juicio de amparo que limita los beneficios de la sentencia únicamente para las partes.

⁵³⁶ *Ibíd.*, p. 43.

La acumulación de precedentes sobre la inconstitucionalidad de una norma ya no sólo tendrá como efecto la integración de jurisprudencia obligatoria. Ahora, una vez que exista un segundo pronunciamiento en amparo en revisión sobre la inconstitucionalidad de una norma general el Presidente de la Suprema Corte debe enviar un aviso preventivo al órgano emisor de la norma informándole que al integrarse la jurisprudencia respectiva se procederá a iniciar el procedimiento para arreglar el problema de inconstitucionalidad de la norma⁵³⁷.

Por otro lado, la Constitución señala que una vez que se integre la jurisprudencia y ésta sea publicada en el Semanario Judicial de la Federación se debe informar al Presidente de la Suprema Corte para que éste a su vez informe al órgano emisor de la norma sobre la integración de la jurisprudencia y le otorga 90 días hábiles⁵³⁸ para hacer las adecuaciones normativas que subsanen los vicios de inconstitucionalidad.

En caso de que las reformas no se realicen, el Presidente de la Corte turnará el asunto a un Ministro o Ministra del Pleno para que elabore un proyecto de resolución cuya discusión, votación y efectos siguen las mismas reglas procesales que las acciones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, como se expuso en el apartado 4.1.2., después de las sentencias de la Corte en los casos estudiados en esta investigación se ha continuado con la tramitación de juicios de amparo en aquellas entidades que se resisten a modificar su legislación en materia de matrimonio.

⁵³⁷ *Ley de Amparo*. Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

⁵³⁸ *Ley de Amparo*. Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos.

Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.

Personalmente he estado a cargo de diversos juicios y se ha diseñado una estrategia para integrar jurisprudencia en cada entidad federativa de tal forma que sea posible modificar el sistema jurídico a través de una declaratoria general de inconstitucionalidad.

Actualmente se encuentran abiertos tres expedientes de Declaratoria General de Inconstitucionalidad: 1/2013, 1/2016, 1/2017 y 3/2017.

Mapa 3. Entidades federativas expedientes de Declaración general de inconstitucionalidad en trámite.



El expediente 1/2013⁵³⁹ 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. El Presidente de la Primera Sala ordenó la integración de este asunto al publicarse los engroses respectivos de los amparos en revisión estudiados en esta investigación, emitió el aviso correspondiente al Congreso del Estado y actualmente se está en espera del quinto precedente que permitiría continuar con el trámite.

En el asunto 1/2016 se dio aviso al Congreso del Estado de Sinaloa sobre la emisión de dos sentencias de amparo en revisión que declaran inconstitucionales los artículos 40 y 165 del Código Familiar del Estado de Sinaloa que contienen la

⁵³⁹ Véase <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/AbrirEngrose.aspx?EngroseID=107825>

definición de matrimonio y concubinato respectivamente en el que limitan ambas figuras a la unión de un hombre y una mujer⁵⁴⁰. Se encuentran en trámite otros amparos en revisión que eventualmente permitirán que se continúe el procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

El expediente 1/2017⁵⁴¹ se refiere a diversas solicitudes dirigida 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 la segunda sentencia de amparo en revisión que declaran la inconstitucional las definiciones de matrimonio de cada una de esas entidades federativas.

Finalmente, el expediente 3/2017 tiene como materia de estudio la constitucionalidad de la definición de matrimonio contenida en el Código Civil para el Estado de Nuevo León.

A pesar de que se han iniciado estos expedientes, la continuación del trámite ha sido difícil debido a que no existe claridad sobre la forma y requisitos para integrar jurisprudencias a nivel local una vez que la Suprema Corte ha emitido una jurisprudencia genérica.

4.1.9. Revisión integral de las normas locales en materia de familia

Uno de los argumentos expuestos por las voces que se opusieron a la reforma al Código Civil para el Distrito Federal y a la sentencia de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 sostiene que hubo una omisión en el estudio de lo que la legislación mexicana entiende por matrimonio. Se apeló a la falta de revisión de las constituciones y legislaciones locales en torno al matrimonio.

Oportunamente se expuso que de la uniformidad legislativa a nivel nacional anterior a la modificación del Código Civil para el Distrito Federal no era posible sostener por sí misma una definición de matrimonio; lo que dicha circunstancia significaba era la falta de cuestionamiento hacia esa configuración legislativa.

A partir de los resultados obtenidos en el litigio de los amparos que se estudiaron en esta investigación así como en los posteriores pronunciamientos de la Corte sobre el mismo tema tanto en amparos como acciones de inconstitucionalidad, incluyendo la jurisprudencia 43/2015, se inició una nueva estrategia.

La tarea fue que las parejas que hubieran contraído matrimonio a través de juicios de amparo pudieran cuestionar ya no la definición de matrimonio sino todos

⁵⁴⁰ Véase <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/AbrirEngrose.aspx?EngroseID=353227>

⁵⁴¹ Véase <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/AbrirEngrose.aspx?EngroseID=478429>

aquellos artículos del Código Civil que partieran de una noción heterosexual de matrimonio.

Con esta idea se inició la revisión de los Códigos Civiles de Puebla y Tamaulipas para explorar la postura de los jueces de distrito.

En el caso de Puebla se tramitaron los juicios de amparo indirecto 1478/2017⁵⁴² y 78/2018⁵⁴³ impugnando diversos artículos que asumen la figura exclusivamente heterosexual del matrimonio y la familia.

El resultado fue una sentencia que concede el amparo a los matrimonios del mismo sexo que fungieron como parte quejosa. En el juicio 1478/2017 se declaró la inconstitucionalidad de 40 artículos del Código Civil para el Estado de Puebla⁵⁴⁴, mientras que en el juicio 78/2018 se declaró la inconstitucionalidad de 53 artículos del mismo ordenamiento⁵⁴⁵.

Un esquema similar se intentó en Tamaulipas con los amparos indirectos 755/2017⁵⁴⁶, 773/2017⁵⁴⁷ obteniendo sentencias que declaran la inconstitucionalidad de 17 artículos del Código Civil local⁵⁴⁸.

Con estas nuevas sentencias queda demostrado que fue la falta de cuestionamiento constitucional lo que llevó a mantener vigente una noción heterosexual del matrimonio y la familia. Una vez que la Corte ha emitido los criterios al respecto, las Constituciones y Códigos Civiles o Familiares deben ser revisados ya que para mantener vigente el principio de no discriminación no es suficiente modificar el artículo que define al matrimonio.

Así las cosas, tampoco se sostiene el argumento que apela a la uniformidad legislativa en torno al matrimonio como el motivo para solicitar su inamovilidad.

⁵⁴² Amparo Indirecto 1478/2017, Juzgado Quinto de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla.

⁵⁴³ Amparo Indirecto 78/2018, Juzgado Sexto de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla.

⁵⁴⁴ Se declaró la inconstitucionalidad de los numerales 64, 453, 497, 522, 528, 529, 530, 531, 532, 534, 538, 539, 555, 556, 559, 569, 570 571, fracción II, 579 Bis, fracción V, 597, 598, 599, 600, 606, 612, 635, 683, 685, 858, 862, 863, 864, 865, 872, 876, 3079, 3115, 3116, 3334 y 3348 del Código Civil para el Estado de Puebla.

⁵⁴⁵ Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 61, fracción III, 64, 330, 333, 334, 453, 478, 497, 522, 528, 529, 530, 531. 532, 533, 534, 535 Fracción I y II, 536, 538, 539, 547 fracción IV, 555, 556, 559, 562, 563, 565 fracción I y II, 569, 570, 571 fracción II, 579 bis fracción V, 597, 598, 599, 600, 606, 612, 635 fracción I, 683, 685 fracción VIII, 858, 862, 863, 864, 865, 872, 876 fracción III, 3079 fracción V, 3115 fracción II, 3116 fracción II, 3334, 3347 y 3348 del Código Civil para el Estado de Puebla.

⁵⁴⁶ Amparo indirecto 755/2017, Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Tamaulipas.

⁵⁴⁷ Amparo indirecto 773, Juzgado Noveno d Distrito en el Estado de Tamaulipas.,

⁵⁴⁸ Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 124, 132, 150, 201, 246, 254 bis, 259, 300, 301, 302, 306, 307, 308, 309, 336, 416 y 452 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas.

4.1.10. Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 18 de mayo de 2016 la República de Costa Rica elevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva para conocer, entre otras cosas, si las parejas del mismo sexo encontraban algún tipo de protección al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La resolución de la Corte Interamericana fue publicada el 8 de enero de 2018, en ella se sostiene:

220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

221. La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear.

222. Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos. Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.

223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación

basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.⁵⁴⁹

Con base en esta argumentación la Corte Interamericana concluye, por mayoría de seis votos contra uno, que de acuerdo con “la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales...”⁵⁵⁰.

Por otro lado, debe señalarse que esta investigación contribuyó a la construcción de este criterio regional ya que la Corte Interamericana retomó como ejemplificativa la jurisprudencia integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de los casos descritos en esta investigación y los que se litigaron con posterioridad:

206. En el caso de la Ciudad de México está permitida la “sociedad de convivencia” de las parejas del mismo sexo desde el año 2006 y el matrimonio desde 2009. A nivel Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: “La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[] [matrimonio] es la procreación y/o que lo

⁵⁴⁹ Opinión Consultiva 24/2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017, párr. 221-221; disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, p. 88.

defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional”. La Suprema Corte señaló que pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial o con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso a dicha institución a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales. La distinción fue considerada 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”. La Suprema Corte estimó que dicha enunciación resulta discriminatoria en su mera expresión y “recordó que 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”⁵⁵¹.⁵⁵²

Del estudio anterior es posible apreciar que los criterios de la Suprema Corte emitidos con motivo de los litigios emprendidos a través de los trabajos analizados en esta investigación sirvieron como sustento para construir una postura regional en torno a los temas de estudio.

Finalmente, debe apuntarse que la Opinión Consultiva contiene argumentos con los cuáles es posible dar respuesta a las objeciones que sobre el tema en estudio tuvieron quienes se pronunciaron en contra de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal. Ahora ya no sólo se trata de un criterio de la Suprema Corte sino que existe un criterio internacional a nivel regional que es coincidente.

⁵⁵¹ México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera Sala, 19 de junio de 2015, 1ª./J.43/2015.

⁵⁵² Opinión Consultiva 24/2017, *Ibíd.*, párr. 206.

4.2. Las sentencias de la Suprema Corte a debate

Como se dijo, si bien las sentencias significaron un parteaguas para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y en general una reconfiguración del derecho de familia, es importante evaluar la argumentación de la Corte a la luz de los estándares de derechos humanos, tanto en el aspecto procesal como en la materia y efectos de la sentencia.

A continuación se expone un estudio crítico de aquello que se considera que la Suprema Corte debe replantearse en futuras decisiones.

4.2.1. Estudio del derecho a la protección de la familia

En el apartado 1.1.2.3 se analizó la sentencia del Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010. En dicho precedente se interpretó el artículo 4 de la Constitución Federal:

... lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia -su organización y desarrollo-, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia...⁵⁵³

... lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente...⁵⁵⁴

... en modo alguno, el artículo 4º de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio... ya que lo que mandata..., es la protección *a la familia* como tal...⁵⁵⁵

... conforme al artículo 4º constitucional, el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio...⁵⁵⁶

⁵⁵³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 86.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*, p. 87.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, p. 88.

⁵⁵⁶ *Ídem.*

En esta sentencia no se sostuvo *per se* la existencia del derecho a contraer matrimonio ni tampoco se invocó la Convención Americana⁵⁵⁷.

De lo anterior se concluyó que el mandato contenido en el artículo 4 constitucional es el de *la protección al desarrollo y organización de la familia*, sosteniendo expresamente que dicho numeral no menciona ni alude en ningún momento a la figura del matrimonio.

A partir de esta interpretación, en el apartado 2.1 se expuso un planteamiento general de inconstitucionalidad respecto de aquellas regulaciones en donde la protección constitucional se concede únicamente a las familias heteroparentales excluyendo a las homoparentales.

Para corroborar esta hipótesis se trabajó con casos concretos. Se identificaron y litigaron 4 juicios de amparo que se describieron en el apartado 2.2; tres de ellos se refirieron a parejas del mismo sexo a quienes el Registro Civil del Estado de Oaxaca les negó su solicitud de matrimonio por tratarse de personas del mismo sexo. El cuarto juicio fue un amparo colectivo.

El planteamiento constitucional, descrito en el apartado 2.3 fue que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer incumplen el mandato constitucional de protección al desarrollo y organización de la familia, así como el de no discriminación.

En el capítulo tres se describió el camino procesal de los juicios hasta la sentencia definitiva emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte.

Al analizar las decisiones del Alto Tribunal se debe determinar si son congruentes por un lado con el precedente del Pleno en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y por el otro si el abordaje del problema de constitucionalidad planteado fue acorde con el enfoque expuesto en las demandas de amparo.

En el amparo en revisión 581/2012 el tema del incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia no fue abordado ya que desde la sentencia

⁵⁵⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

...

de primera instancia el Juez de Distrito determinó que en el caso de la legislación del Estado de Oaxaca no se incumplía el mandato constitucional porque

... el artículo 143 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, prevé la figura del matrimonio entre un hombre y una mujer, pero excluye el supuesto de que dos personas del mismo sexo puedan contraerlo (unión heterosexual, homosexual, etcétera), lo cual no implicaría la creación de una ley.⁵⁵⁸

De esta manera el problema se abordó únicamente desde el enfoque de una violación al libre desarrollo de la personalidad derivando en una violación del derecho a la no discriminación sin tomar en cuenta el mandato de protección a la familia.

En el caso de los amparos en revisión 457/2012 y 567/2012 la Suprema Corte si abordó el problema del incumplimiento del mandato planteado en la demanda. Esto debido a que los jueces de distrito que emitieron las sentencias de primera instancia sobreseyeron los juicios por considerar que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca era omiso en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo.

En estos dos casos, los jueces se refirieron a una omisión pero no la vincularon con el incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia, sino que su análisis se quedó en el plano de una simple exclusión de la ley.

Cuando la Primera Sala abordó los recursos de revisión interpuestos contra las sentencias de sobreseimiento determinó su revocación por considerar que en los casos en estudio no se actualizaba la figura de la omisión legislativa; esto es, que no había un incumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia: La Corte sostuvo que la obligación constitucional se había cumplido con la emisión de las normas relativas al matrimonio.

Este pronunciamiento contrasta con la postura del Pleno en la acción de inconstitucionalidad que, como se dijo, determinó expresamente que el mandato contenido en el artículo 4 de la Constitución Federal se refería a la protección de la familia sin aludir a la figura el matrimonio. Este disenso se aprecia en la siguiente tabla:

⁵⁵⁸ Amparo indirecto 1143/2011, Op. cit., pp. 12-13.

Acción de inconstitucionalidad 2/2010	Amparos en revisión 457/2012 [y 567/2012]
<p>... lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia -su organización y desarrollo-, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia...⁵⁵⁹</p>	<p>68. ... no puede afirmarse que el órgano legislativo del estado de Oaxaca haya incurrido en una <i>omisión absoluta</i>, ya que el imperativo constitucional a su cargo se vio cumplimentado con la expedición de la normatividad referente al matrimonio en el Código Civil de la entidad, ni tampoco es válido sostener que se está en presencia de una <i>omisión legislativa relativa</i>, pues no es el caso de que el sistema normativo esté incompleto; por el contrario, en atención a los fines que el propio legislador atribuyó a la institución del matrimonio (perpetuar la especie) es evidente que excluyó cualquier tipo de relación que no resulte apta para lograr esa finalidad.⁵⁶⁰</p>
<p>... en modo alguno, el artículo 4° de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio... ya que lo que mandata..., es la protección a la familia como tal...⁵⁶¹</p>	<p>69. ... que ni una ni otra “omisión” se advierten en la normatividad del Código Civil del Estado de Oaxaca en el tema de que se trata, pues no hay una falta de regulación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo sino una “exclusión” implícita.⁵⁶²</p>
<p>... conforme al artículo 4° constitucional, el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio...⁵⁶³</p>	<p>71. En esas circunstancias, contrariamente a lo resuelto por el juez de distrito no hay tal omisión legislativa, pues en la expedición de la normatividad atinente al matrimonio no hay una conducta pasiva del Congreso de la entidad para incluir la unión de dos personas de igual género; por el contrario, lo que se advierte es una acción implícita de rechazar o negar la posibilidad de que la unión de dos personas del mismo sexo pueda considerarse matrimonio...⁵⁶⁴</p>

⁵⁵⁹ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 86.

⁵⁶⁰ Amparo en revisión 457, Op. cit., p. 25.

⁵⁶¹ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 88.

⁵⁶² Amparo en revisión 457, Op. cit., p. 25.

⁵⁶³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 88.

⁵⁶⁴ Amparo en revisión 457, Op. cit., p. 26.

De la comparación de estos argumentos se concluye que al resolver los juicios de amparo la Primera Sala abordó el planteamiento como si existiera un mandato constitucional de crear y regular la figura del matrimonio.

La Sala no tomó en cuenta que la obligación constitucional contenida en el artículo 4 no es legislar en el tema de matrimonio sino la de garantizar, a través de la ley, el desarrollo y organización de la familia. En este sentido, la orden es la de proteger a la familia y no, cómo lo consideró la Primera Sala, legislar en materia de matrimonio.

En estos términos, la obligación constitucional se incumple mientras las familias, en sus diversas manifestaciones, no se encuentren protegidas por la Constitución, independientemente de que exista una regulación sobre la figura del matrimonio, sobre todo cuando ésta es deficiente o excluyente.

Por lo anterior la primera conclusión a la que se llega en esta investigación es que la Corte al resolver los amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012 debió desarrollar su argumentación a partir del derecho a la protección de la familia.

4.2.2. Estudio de la omisión legislativa

En el apartado 1.2 se estudió la figura de la omisión legislativa. En el aspecto doctrinal se expusieron diversos acercamientos conceptuales y procesales, así como la experiencia de los medios de control constitucional en México al momento de enfrentarse al estudio de planteamientos de este tipo.

En el aspecto conceptual se expuso que de acuerdo con los criterios de la Suprema Corte:

... la inconstitucionalidad por omisión legislativa, se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas no de una acción, sino de una omisión del legislador, en su función primordial, esto es, expedir leyes. Así la inconstitucionalidad por omisión legislativa puede producirse cuando el legislador no observa en un "tiempo razonable" o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o bien, cuando al expedir una ley, dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía. Luego, la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional, es decir, la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial; la primera, se da

ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, lo hace en forma de deficiente o incompleta.⁵⁶⁵

Al analizar la experiencia de los medios de control constitucional al enfrentarse a un planteamiento de inconstitucionalidad por omisión legislativa se concluyó que hasta el momento de iniciarse los juicios de amparo que se estudian en este trabajo no se había definido con claridad la procedencia de los medios abstractos.

En cuanto al amparo se sostuvo que la Corte, a través de la jurisprudencia, había concluido su improcedencia ante planteamientos de omisiones legislativas.

A partir de estos elementos, en el apartado 2.3 se sostuvo que el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca incurre en una omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio debido a que la protección constitucional, a través del matrimonio, se concede únicamente a las familias heteroparentales excluyendo a las homoparentales.

En el capítulo tres se describió el camino procesal de los juicios hasta las resoluciones definitivas emitidas por la Primera Sala. Al analizarlas se debe determinar si las sentencias son congruentes con las exigencias de un paradigma constitucional basado en los principios de fuerza normativa y supremacía constitucional.

En el amparo en revisión 581/2012 el tema de la omisión legislativa no fue abordado ya que en la sentencia de primera instancia el Juez de Distrito determinó que en el caso estudiado no se actualizaba dicha figura.

En el caso de los amparos en revisión 457/2012 [y 567/2012] la Suprema Corte sí estudió el planteamiento de la demanda en torno a la existencia de una omisión legislativa. Las conclusiones a las que llegó son las siguientes:

... en el caso que se examina no hay una omisión para expedir las disposiciones relativas a dicha institución jurídica [matrimonio], pues lo contundente es que el órgano legislativo de esa entidad sí ha emitido la normatividad que la regula en los capítulos que van del I al IX, del Título Quinto, Libro Primero del Código Civil del Estado de Oaxaca, en cuyo artículo 143 definió al matrimonio...⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Controversia Constitucional 80/2004, Op. cit., p. 109.

⁵⁶⁶ Amparo en revisión 457/2012, Op. cit., p.24.

... no puede afirmarse que el órgano legislativo del estado de Oaxaca haya incurrido en una *omisión absoluta*, ya que el imperativo constitucional a su cargo se vio cumplimentado con la expedición de la normatividad referente al matrimonio en el Código Civil de la entidad, ni tampoco es válido sostener que se está en presencia de una *omisión legislativa relativa*, pues no es el caso de que el sistema normativo esté incompleto; por el contrario, en atención a los fines que el propio legislador atribuyó a la institución del matrimonio (perpetuar la especie) es evidente que excluyó cualquier tipo de relación que no resulte apta para lograr esa finalidad.⁵⁶⁷

... ni una ni otra “omisión” [absoluta y relativa] se advierten en la normatividad del Código Civil del Estado de Oaxaca en el tema de que se trata, pues no hay una falta de regulación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo sino una “exclusión” implícita.⁵⁶⁸

... no hay tal omisión legislativa, pues en la expedición de la normatividad atinente al matrimonio no hay una conducta pasiva del Congreso de la entidad para incluir la unión de dos personas de igual género; por el contrario, lo que se advierte es una acción implícita de rechazar o negar la posibilidad de que la unión de dos personas del mismo sexo pueda considerarse matrimonio...⁵⁶⁹

De lo anterior se desprende que la Sala abordó el tema desde una perspectiva equívoca pues la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* en estricto sentido no es una falta de regulación sino el incumplimiento de un mandato constitucional, explícito o implícito, dirigido al Poder Legislativo. La falta de regulación, en todo caso, es la consecuencia del incumplimiento del mandato.

Sobre este tema es válida la crítica desarrollada en el apartado inmediato anterior en el sentido de que la Corte no tomó en cuenta que el mandato de protección a la familia contenido en el artículo 4 constitucional no impone la obligación de regular el matrimonio sino la de proteger al desarrollo y organización de la familia a través de la Ley.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*, p. 25.

⁵⁶⁸ *Ídem.*

⁵⁶⁹ *Ibíd.*, p. 26.

El siguiente esquema expone el contenido del mandato constitucional, la postura de la propia Corte respecto a las omisiones legislativas, así como la decisión de la Primera sala en los casos que se estudiaron en esta investigación:

Mandato constitucional
(Acción de inconstitucionalidad 2/2010)

... conforme al artículo 4º constitucional, el legislador ordinario, a lo que está obligado, es a proteger la organización y el desarrollo de la familia -en sus múltiples organizaciones y/o manifestaciones-, sin encontrarse sujeto a una concepción predeterminada de la figura del matrimonio...⁵⁷⁰

Controversia Constitucional 80/2004

... la omisión legislativa no existe únicamente cuando el legislador desconoce mandatos concretos de legislar, sino *también cuando se regula una materia de manera incompleta o deficiente desde el punto de vista constitucional*, es decir, la omisión legislativa puede ser absoluta o parcial; la primera, se da ante la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé en el marco constitucional; la segunda, lo hace en forma de deficiente o incompleta.⁵⁷¹

Amparos en revisión 457/2012 [y 567/2012]

... no hay tal omisión legislativa, pues en la expedición de la normatividad atinente al matrimonio no hay una conducta pasiva del Congreso de la entidad para incluir la unión de dos personas de igual género; por el contrario, lo que se advierte es una acción implícita de rechazar o negar la posibilidad de que la unión de dos personas del mismo sexo pueda considerarse matrimonio...⁵⁷²

En este sentido, la obligación es la de brindar protección a la familia y se actualiza la omisión legislativa parcial en el momento en que dicho mandato no es atendido integralmente por el legislador, en términos de lo expuesto en el apartado 1.2.2.1.2.

En esta investigación, la hipótesis parte de la afirmación de que el mandato constitucional de protección a la familia se cumple de manera deficiente en Oaxaca: ante la obligación del Estado proteger a todos los tipos de familia, el esquema jurídico diseñado para cumplir ese objetivo no incluye a las familias homoparentales.

⁵⁷⁰ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 88.

⁵⁷¹ Controversia Constitucional 80/2004, Op. cit., p. 109.

⁵⁷² Amparo en revisión 457/2012, Op. cit., p.26.

Desde esta perspectiva el análisis de la Corte fue equivocado al tomar como premisa un mandato constitucional que no existe: la obligación de regular la figura del matrimonio. El Pleno de la Corte fue enfático en la acción de inconstitucionalidad 2/2010: "... en modo alguno, el artículo 4° de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio... ya que lo que mandata..., es la protección *a la familia* como tal..."⁵⁷³.

Para este análisis es relevante recordar lo expuesto en el apartado 1.2.2.1 dedicado a los tipos de omisiones legislativas. Báez Silva señala que las omisiones legislativas relativas son aquellas en las que habiéndose ejercido la facultad de creación normativa

... en tal ejercicio el legislador viola, por así decirlo, el principio de igualdad, no contemplando en los supuestos de aplicación de la norma a sujetos o casos en los que también podría o debería ser aplicada la ley creada, por lo que los aplicadores e intérpretes la aplican extensivamente utilizando argumentos de *mayoría de razón* o de *analogía*⁵⁷⁴

De esta manera, al emitir sus sentencias, la Primera Sala debió constatar que en el Estado de Oaxaca el mandato de protección a la familia se cumple, pero de una forma deficiente. Las familias homoparentales no tienen resguardo en el marco jurídico.

Ahora bien, una vez que la Corte hubiera aterrizado adecuadamente el estudio de la omisión legislativa denunciada y declarado su actualización en el caso del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, sería necesario estudiar el papel del juicio de amparo como medio de control constitucional ante esta circunstancia; es decir, una vez que la omisión legislativa se hubiera constatado, la pregunta a responder sería ¿cuál es la respuesta del juicio de amparo ante una omisión legislativa comprobada?

Como se analizó en el apartado 1.2.3.3, ante la pregunta sobre la procedencia del amparo contra omisiones legislativas, la respuesta de la jurisprudencia en México ha sido negativa. La base de esta conclusión se encuentra en el principio de relatividad de las sentencias de amparo según la cual la solución para las omisiones legislativas es la intervención del órgano legislativo pero el resultado es la creación de una norma general:

Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente

⁵⁷³ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Op. cit., p. 88.

⁵⁷⁴ BAEZ Silva, Op. cit., p.17.

en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías... en virtud de que, *según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado*⁵⁷⁵.

Uno de los ejemplos más recientes⁵⁷⁶ de una interpretación restrictiva de la procedencia del juicio de amparo es la sentencia dictada por la Segunda Sala de la suprema Corte en el amparo en revisión 750/2012. En este expediente se impugnó la omisión legislativa consistente en la falta de expedición de la ley de amparo ordenada a través de un artículo transitorio mediante reforma constitucional de 2011. En la sentencia se expuso:

... en el juicio de amparo prevalece vigente el principio de relatividad de las sentencias, sin distingo alguno.

Tal principio impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, esto es, a legislar, porque sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley o disposición que, por definición, constituye una regla de carácter general, abstracta e impersonal, la que vincularía no sólo al afectado y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma o disposición creada, apartándose del citado principio de relatividad, razón por la que los argumentos sujetos a estudio deben declararse infundados.

...

En el aspecto de actos de autoridad la doctrina y la jurisprudencia son prolijas al establecer que el concepto de acto autoritario se debe entender de

⁵⁷⁵ LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Tesis P. CLXVIII/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VI, Diciembre de 1997, p. 180.

⁵⁷⁶ Este asunto fue resuelto por la Segunda Sala de la SCJN el 30 de enero de 2013.

modo positivo y también de manera negativa. El primero se caracteriza porque es el despliegue de una conducta de la autoridad, un hacer, en relación con el gobernado; el segundo, por el contrario, es una conducta pasiva, un no hacer, que se proyecta hacia el gobernado como una abstención o una omisión en que incurre la autoridad.

En cambio, la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado la ley o norma jurídica como aquella regla de conducta general, de observancia obligatoria, impersonal y coercible. Esto es, se trata siempre de un acto positivo. Es un acto de la autoridad legislativa que contiene un preciso y determinado referente normativo, por eso las normas jurídicas sólo pueden ser de permisión, de obligación, o de prohibición, o sea, que las leyes permiten, obligan o prohíben.

En el derecho positivo no existen normas jurídicas por omisión o por abstención. Por ende, como el juicio de amparo es el medio idóneo de control constitucional de leyes y éstas siempre son fácticas, es decir, que existen con todas las virtudes, cualidades y defectos en que pudiera haber incurrido su creador, resulta que el planteamiento de inconstitucionalidad de que una norma jurídica porque en opinión del gobernado es omisa en prever a determinado tipo de sujeto como obligado a incumplir su referente normativo, en rigor no se trata de un planteamiento de inconstitucionalidad de ley; en primer lugar, porque la ley no puede ser inconstitucional por lo que deje de prever, pues no se tiene un referente normativo que pueda confrontarse con el orden constitucional, se tiene lo que, según los quejosos, debió decir la norma, pero esa proposición, por más lógica o razonable que parezca, en realidad no es parte de la norma, o sea, no es parte del acto de autoridad legislativa....⁵⁷⁷

Estos razonamientos, tanto el del criterio jurisprudencial citado como el de la sentencia de la Segunda Sala, tienen diversos errores metodológicos en su desarrollo. En principio debe señalarse que

... los efectos particulares de la sentencia de amparo no estaban pensados para funcionar en el caso de la impugnación de la inconstitucionalidad de leyes, esto encuentra su justificación en la naturaleza tan diversa que tiene los actos administrativos de y judiciales, y respecto de los cuáles necesariamente los efectos de las sentencias de amparo son diferentes, de tal suerte que no debería aplicar para los primeros. Esto resulta de fácil comprensión si se toma en cuenta que los actos administrativos y judiciales son particulares, concretos y despliegan sus consecuencias en individuos específicos, en tanto que las normas jurídicas (en amplio sentido) son generales, abstractas,

⁵⁷⁷ Amparo en revisión 750/2012, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, 30 de enero de 2013, sentencia versión pública, pp. 9-11, disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12007500.002-1318.doc>]

impersonales y por tanto tienen efectos sobre un grupo indeterminado y amplio de sujetos⁵⁷⁸.

En este sentido, son dos los principales equívocos del criterio que declara la improcedencia del amparo contra omisiones legislativas. El primero se refiere a la falta de distinción de la Ley de Amparo entre el acto administrativo o judicial y el legislativo como objetos de control a través de este tipo de juicio.

El segundo tiene que ver con la labor interpretativa de la Corte al confundir el objeto del estudio constitucional, el medio de control a través del cual se realiza dicha actividad y, por último, la sentencia y sus efectos en relación al problema de constitucionalidad planteado.

Respecto del primero, el problema reside en que la Ley de Amparo mide con el mismo parámetro a dos tipos de actos que son sustancialmente distintos: a) Actos formal y materialmente administrativos o judiciales que tienen como destinatarios sujetos concretos y en ese sentido el principio de relatividad de las sentencias es congruente y útil, b) Actos materialmente legislativos que tienen una aplicación general y en consecuencia la relatividad de las sentencias debe tener otra connotación o matiz.

Atendiendo a estos razonamientos, la deficiencia de la ley reglamentaria para atender estas diferencias no tendría por qué afectar el derecho de acceso a la justicia para los gobernados.

Una inadecuada diferenciación entre los efectos de actos administrativos y judiciales respecto de los legislativos no debería significar un obstáculo para analizar un problema sometido al conocimiento de la justicia constitucional.

En cuanto al segundo planteamiento, los jueces y tribunales constitucionales deben tener presente que su tarea primordial es la restitución de la fuerza normativa y supremacía constitucional. Para ello deben ser capaces de diferenciar tres elementos: 1) el objeto de estudio que en este caso es la omisión legislativa, 2) el medio de control constitucional que puede ser abstracto o concreto, y 3) los efectos que se deben otorgar a la sentencia.

⁵⁷⁸ RANGEL Hernández, Op. cit., p. 242.

Objeto de estudio constitucional	Medio de control	Efectos de la sentencia
<p style="text-align: center;">Omisión legislativa, absoluta o parcial.</p>	Amparo	Relativos
	Acción de inconstitucionalidad	Generales si es fundada.
	Controversia Constitucional	Dependiendo del objeto y las partes pueden ser particulares o generales.

Actualmente la justicia constitucional actúa a la inversa al resolver los juicios de amparo contra una omisión legislativa; primero analiza la posibilidad de los efectos y supedita a ello el análisis del problema que se plantea.

En este sentido, el hecho de que en el juicio de amparo los efectos sean relativos por mandato constitucional no debe ser obstáculo alguno para que la omisión legislativa inconstitucional pueda ser constatada, declarada y buscar una forma de repararla en el caso concreto; es decir, pueden buscarse soluciones distintas a una orden de legislar.

Para solucionar esta problemática la justicia constitucional debe replantearse sus criterios. Al respecto son útiles dos observaciones de Taharon Barak. La primera refiere que "la principal función del tribunal constitucional en una democracia no consiste en corregir los errores individuales de los tribunales menores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal función del tribunal constitucional es más amplia: ejercer una acción correctiva de todo el sistema"⁵⁷⁹.

La segunda se refiere a la postura que desconfía del trabajo que hacen los tribunales cuando se considera que éstos han invadido la competencia de los órganos legislativos. Al respecto el autor señala:

Al salvar la brecha entre el derecho y la sociedad, el Juez debe tomar en cuenta las limitaciones institucionales del Poder Judicial. *Hay que reconocer que la elaboración del derecho judicial, en su mayoría a través de la interpretación, es central a*

⁵⁷⁹ BARAK, Taharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Coordinación y Compilación de Tesis, México, 2008, p. VIII.

*la función de un tribunal constitucional. Pero esa función es incidental respecto de la resolución de litigios. Esta es la impactante diferencia entre el derecho hecho por el Juez y la ley promulgada. Sin una disputa, no hay creación judicial. Por naturaleza, entonces, los Jueces crean derecho esporádicamente, no sistemáticamente. Los cambios que le hacen a la ley son parciales, limitados y reactivos. Los problemas que se presentan ante un tribunal son, hasta cierto grado, seleccionados en forma aleatoria. Pueden pasar muchos años antes de que un problema que aqueja al público entre a un foro judicial. El control de un tribunal en torno al asunto que atiende es de naturaleza negativa, y sólo permite la desestimación de lo que el tribunal no quiere conocer. En consecuencia, un Juez no puede planear una estrategia para salvar la brecha entre el derecho y la sociedad. Los cambios que hace a la ley son parciales y limitados. Cuando se necesita un cambio completo e inmediato en toda una rama del derecho, el Legislativo debe hacerlo*⁵⁸⁰.

En este sentido, el amparo no debe ser desechado o sobreseído únicamente porque se denuncia una omisión legislativa. El juez o tribunal constitucional debe proceder al estudio constitucional y de encontrarse demostrada la omisión, el órgano encargado de emitir la sentencia podría señalar: "*Una vez hecho el estudio constitucional respectivo y habiendo quedado demostrada la omisión legislativa, en atención al principio de relatividad de la sentencia se procede a determinar los efectos en el caso concreto ...*"

Esta posibilidad aplicaría para omisiones legislativas inconstitucionales de carácter parcial o absoluto. Para el primero de los casos, de manera general se plantearía una equiparación de beneficios a quienes se haya excluido de la norma⁵⁸¹ mientras que para el segundo caso se requeriría una intervención más creativa por parte de la justicia constitucional para determinar cómo equilibrar el principio de relatividad de la sentencia con el hacer efectivo el derecho para la parte quejosa. En este punto se debe tener claridad que el ejercicio de derechos fundamentales no puede verse obstruida por las acciones u omisiones de las autoridades.

Aunque esta propuesta pudiera considerarse excesiva por el tipo de resolución que tendría que emitirse ante la ausencia absoluta de una norma cuya emisión fue encomendada obligatoriamente al órgano legislativo, el actuar del juez o tribunal constitucional tendría su fundamentación y motivación en el análisis realizado previamente en el que se constató el desacato del órgano legisferante.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*, p.8.

⁵⁸¹ IGUALDAD. LAS VIOLACIONES A LA GARANTÍA RELATIVA SON REPARABLES MEDIANTE LA EQUIPARACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO COMPARADOS. Tesis 2a. LXXXIII/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 442.

De esta manera, la causal de improcedencia estudiada carece de razonabilidad al sustentarse únicamente en los límites de las sentencias de los juicios de amparo.

4.2.3. Estudio de la discriminación

El estudio de la discriminación contenida en el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca fue el más completo. Los argumentos expuestos en los considerandos de las sentencias cumplieron su objetivo, incluyendo la importante exposición sobre *el test de escrutinio estricto* y su aplicación metodológica para el estudio constitucional de normas que se consideran discriminatorias.

Uno de los pronunciamientos más trascendentes de la Primera Sala se encuentra en el amparo en revisión 581/2012:

Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de éstos de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.⁵⁸²

Otro aporte que significó un reconocimiento novedoso de la función performativa del derecho corresponde a la sentencia 152/2013:

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

⁵⁸² Amparo en Revisión 581/2012, Op. Cit., p. 48-49.

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 través del derecho.⁵⁸³

No obstante, el avance que representaron estos pronunciamientos en torno a la discriminación por orientación sexual, hubo dos elementos que quedaron desdibujados: el carácter sistémico de la discriminación y su significación como una forma de violencia.

Lo referente a la discriminación como fenómeno sistémico fue abordado en el apartado 1.3 en donde se dijo que ésta

...no puede ser entendid[a] como la diferenciación excluyente, en un solo momento histórico, de cualquier conjunto de personas. Se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un prejuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho (en muchos casos involuntario) de pertenecer a ella. Es verdad que la discriminación en muchas ocasiones afecta a personas en casos individuales, pero no puede pasarse por alto que so esto ocurre, se debe a que dicha persona pertenece a un grupo determinado que ha sido históricamente estigmatizado de forma injustificada.⁵⁸⁴

En el mismo sentido se expuso que

... la discriminación tiene un carácter sistémico, que implica la reproducción de relaciones de desigualdad que excluyen a amplios sectores de una comunidad. Ello supone repercusiones graves sobre las estructuras sociales, económicas y políticas de esta última. Si bien es cierto que las conductas de desprecio y estigmatización, son en sí mismas degradantes para los individuos (y sólo por ello deberían estar prohibidas), lo más grave es que dichas conductas suelen traducirse, para los grupos discriminados, en una mayor dificultad de acceso a determinados bienes, intereses o libertades que son

⁵⁸³ Amparo en revisión 152/2013, Op. cit., pp. 28-30.

⁵⁸⁴ SALAZAR Ugarte, Op. cit., p. 33.

indispensables para poder tener una vida digna, y para poder participar en la conformación política de la comunidad a la que pertenecen.”⁵⁸⁵

Sobre estos elementos no hubo un pronunciamiento sustancial en las sentencias. Por otro lado, el aspecto de la discriminación como una forma de violencia tampoco fue estudiado.

Esta deficiencia es especialmente relevante porque influye en primer término en la consideración que se tiene del fenómeno de la discriminación cuando está inmersa en normas generales que además de provenir de las instituciones del estado se continuarán aplicando a quienes no la hayan denunciado debido al esquema procesal y los límites constitucionales del juicio de amparo.

Desde esta perspectiva, la sentencia no diferencia entre la discriminación que proviene de un acto judicial y/o administrativo cuya solución jurídica, en sentido amplio, se agota en los efectos del caso concreto, de aquella que emana de una norma de aplicación general que por definición sus alcances trascienden al caso individual.

Una norma que discrimina lo hace para todas las personas a quien se dirige, esta característica debería ser el eje principal en el estudio constitucional de los casos de discriminación normativa a efecto de que las reglas procesales y sustantivas del amparo tengan los alcances necesarios para incidir en el problema de fondo.

Por otro lado, en la resolución se tomó como punto de partida el análisis de si la norma impugnada era discriminatoria o no y qué metodología se debe seguir para ello; sin embargo, no explicó qué es la discriminación y cuál es el impacto de este fenómeno cuando se proyecta desde normas generales.

La discriminación como un problema estructural sólo se menciona, pero no se estudia a fondo; es decir, que no se integraron argumentos que permitieran evidenciar que

La discriminación es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias *formas de dominio* (económica, política y cultural), minusvalora o repele a otro grupo social, colocando a éste último en una situación de desigualdad u *opresión*. Para hacerlo se toma como punto de partida algún rasgo característico del grupo excluido, y con base en él se construyen estereotipos prejuiciados de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad.⁵⁸⁶

Hubiera sido especialmente útil que la sentencia constitucional reconociera que:

⁵⁸⁵ Ídem.

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, p. 32.

Como fenómeno sociológico, la discriminación puede ser entendida como una de las tantas formas de violencia u opresión que existe en las sociedades contemporánea. Se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, quienes, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos.⁵⁸⁷

La referencia a criterios tomados por diversos tribunales del país aparece en la sentencia sólo como un recurso para aumentar la legitimidad de la sentencia en el sentido de mostrar que en otras latitudes se han emitido sentencias constitucionales similares.

En su conjunto, la ausencia de estos elementos resta eficacia a la sentencia constitucional, en primer término, porque evade la discusión directa de la discriminación por orientación sexual como un problema en México, y en segundo desdibuja los efectos de este fenómeno sobre las personas en quienes se proyecta.

Como se dijo, el argumento más relevante sobre el impacto de la discriminación fue el desarrollado en el amparo en revisión 152/2012 relativo al reconocimiento de la función performativa del derecho.

Tomando en consideración lo expuesto es posible formular la siguiente hipótesis: cuando el amparo se proyecta y promueve desde un colectivo existen mayores probabilidades de que el Tribunal Constitucional visibilice el problema estructural que si se plantea un reclamo a partir de un acto de aplicación. A pesar de ello, no existe un criterio unánime sobre la posibilidad de impugnar normas discriminatorias sin un acto de aplicación.

Así las cosas, en los cuatro amparos estudiados se impugnó la misma norma, pero sólo a partir del amparo colectivo se pudo enfocar la discriminación como un problema estructural y se declaró su inconstitucionalidad.

4.2.4. Efectos de las sentencias

Los efectos de las sentencias en los tres casos de las parejas a quienes el Registro Civil les negó su solicitud de matrimonio fueron una orden de interpretación conforme del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca.

En concreto, la Primera Sala otorgó el amparo en contra del citado artículo declarando la inconstitucionalidad de la porción normativa que contempla que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y ordenó realizar la

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ Zepeda, Op. cit., 26.

interpretación conforme de la expresión “un solo hombre y una sola mujer” para que al momento de aplicarse la norma se entendiera que se refiere a *la unión de dos personas*.

Para los fines de esta investigación se retoma como objeto de análisis el resolutivo de la Corte que ordena la interpretación conforme. La pregunta es si dicha técnica de interpretación es idóneo para incidir en la solución del problema de discriminación que se había planteado.

Por otro lado, al integrar el amparo colectivo surge la interrogante sobre la idoneidad de la distinción entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas en los casos en que se impugna una norma discriminatoria; es decir, si desde una perspectiva de derechos humanos es exigible un acto de aplicación como condición para el análisis de una norma que se estima violatoria del principio de no discriminación.

Finalmente es necesario plantearse cómo el efecto de la interpretación conforme o posterior declaratoria de inconstitucionalidad se enmarca en la obligación a cargo del Estado de reparar toda violación a derechos humanos en términos del artículo 1 constitucional.

4.2.4.1. Implicaciones del control de convencionalidad

El Pleno de la Suprema Corte al referirse al Control de Convencionalidad en el expediente *Varios 912/2010* sostuvo:

30. De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

32. Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país *en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.*⁵⁸⁸

33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.⁵⁸⁹

De este criterio se desprende que el control de convencionalidad "en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes", justamente porque dicho control no significa un ejercicio de contraste entre la norma y el marco constitucional.

En este sentido, el control de convencionalidad es insuficiente para resolver un problema de discriminación normativa; en casos como los abordados en esta investigación se requiere algo más que interpretar o inaplicar una norma en casos concretos para resolver la omisión legislativa y la discriminación. Era necesario que la Primera Sala emitiera una declaración de inconstitucionalidad en las sentencias de los amparos en revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012.

⁵⁸⁸ Las cursivas aparecen sin resaltar en el texto del engrose.

⁵⁸⁹ Varios 912/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Ministra Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, resuelto en sesión pública de 14 de julio de 2011; versión pública electrónica de la sentencia, pp. 32-34, disponible en: [http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2010/8/2_121589_0.doc]

Ahora bien, aunque tanto la declaración de inconstitucionalidad como el control de convencionalidad buscan darle mayor efectividad a las normas relativas a derechos humanos y por ende se encuentra íntimamente relacionadas entre sí, es preciso dejar claro la diferencia en cuanto a sus efectos. Al respecto la Corte ha dicho:

... una vez que el juzgador realice el control de convencionalidad y determine que una norma interna es contraria a determinado derecho humano contenido en un tratado internacional e, incluso, a la interpretación efectuada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe analizar el acto reclamado prescindiendo del precepto de derecho interno y aplicando el instrumento internacional en materia de derechos humanos. En ese sentido, *es innecesario reflejar la inconvencionalidad de una norma de derecho interno en los puntos resolutive de la sentencia en la que se hace dicho pronunciamiento, pues éste sólo trasciende al acto de aplicación, en tanto que el control de convencionalidad no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico*; esto es, la inaplicación de la norma cuya inconvencionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado, por lo que es innecesario llamar a juicio a las autoridades emisoras de la norma cuya inconvencionalidad se demanda, pues *no habrá una declaratoria de inconstitucionalidad de ésta*, sino sólo su inaplicación respecto del acto reclamado.⁵⁹⁰

De lo anterior se desprende que el control de convencionalidad se agota en un análisis comparativo entre dos normas: la nacional y la internacional o regional, pero concluye sólo con tres posibilidades: a) aplicar la norma más benéfica, b) ordenar una interpretación conforme, o c) inaplicar determinada norma. En ninguno de los tres casos hay un pronunciamiento sobre la violación a la Constitución.

Ante estos escenarios debe resaltarse que la finalidad del *control de convencionalidad* no es pronunciarse formalmente sobre la relación existente entre una norma o acto y un tratado internacional, su objetivo es que la norma aplicable sea siempre aquella que resulte ser más benéfica a la persona en el caso en concreto, ya sea a través de la *interpretación conforme* de una norma o incluso su *inaplicación*.

En este sentido, el ejercicio de este control no significa necesariamente una contradicción entre una norma y el tratado internacional, puede suceder incluso

⁵⁹⁰ CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA. Tesis P. V/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, p. 363.

que ambas sean normas protectoras pero que uno lo sea en forma más amplia que la otra.

A diferencia de lo anterior, un estudio de constitucionalidad trae consigo una necesaria confrontación entre una norma y el marco constitucional para determinar si aquella es acorde con éste. El resultado indefectiblemente tendrá que ser un pronunciamiento sobre la validez o invalidez de la norma.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que el control de convencionalidad únicamente se realiza respecto de normas generales y no de actos administrativos o judiciales. Este punto recubre especial importancia en el tema de matrimonio entre personas del mismo sexo cuyo análisis constitucional puede abordarse desde dos perspectivas: a) como un acto concreto de aplicación de una norma, como lo es una negativa de matrimonio expedida por el Registro Civil, y b) como el ejemplo de una violación al marco constitucional proveniente de una norma de aplicación general, en los casos estudiados se trata de la exclusión del acceso al matrimonio para todas las parejas del mismo sexo

En cambio, si el estudio del caso se aborda desde el punto de vista de una violación constitucional que, por provenir de una ley, afecta a una generalidad, los efectos de la sentencia deben centrarse en restaurar el sistema jurídico y no únicamente en resolver el problema particular. Esto significa abordar como tema central la responsabilidad del legislador y buscar la manera de vincularlo, con mayor o menor fuerza, para que cumpla sus las obligaciones: respetar la Constitución. En el caso concreto se trata de vincularlo con el mandato de protección a la familia y el principio de no discriminación.

Por este motivo es preciso que el resultado trascienda con la declaración de inconstitucionalidad de las porciones normativas que establecen la diferenciación de sexos entre los contrayentes como requisito para la celebración del matrimonio.

Si bien la declaración de inconstitucionalidad en un juicio de amparo no tiene efectos generales, sí permitiría preparar poco a poco el escenario para que, a través de la integración de una jurisprudencia y posterior tramitación de una declaratoria general de inconstitucionalidad, se vinculara al órgano legislativo en la reparación de esa violación de derechos humanos para que en última instancia se pudiera expulsar del sistema jurídico a la norma discriminatoria⁵⁹¹.

De esta manera el legislador, de una forma u otra, tendrá que afrontar su responsabilidad en este tema; algo que el control de convencionalidad, al referirse

⁵⁹¹ Ver supra 4.1.8.

a casos concretos sin vincular al creador de la norma, no está en condiciones de hacer posible.

El Ministro Arturo Zaldívar explicó detalladamente la diferencia entre la interpretación conforme y la declaración de inconstitucionalidad en los casos en que se involucren normas discriminatorias en los votos particulares emitidos en las tres primeras sentencias estudiadas en esta investigación:

... propuse originalmente declarar la inconstitucionalidad de ambas porciones normativas, tanto la que hace referencia al sexo de los contrayentes como a la que establece la función procreativa de la institución matrimonial, por considerarlas violatorias del principio de igualdad previsto en el artículo 1º constitucional.

Aunque reconozco que la interpretación conforme puede ser un recurso adecuado para reparar una discriminación normativa y que en este caso concreto era factible practicarla, la razón fundamental para preferir la inconstitucionalidad de la norma tiene que ver con la posibilidad de lograr en el futuro una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, contemplada actualmente en el artículo 107 constitucional. El problema es que este efecto no puede conseguirse con la interpretación conforme de la porción normativa del precepto impugnado, puesto que lo que se logra con esa solución es evitar la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Es importante explicar por qué en este caso concreto la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto impugnado puede conseguir reparar la discriminación. En el derecho comparado, la doctrina constitucional ha abordado el problema que plantea el binomio “inconstitucionalidad/nulidad” como mecanismo para hacer frente a la discriminación normativa.¹ En este sentido, se ha sostenido que en muchas ocasiones la nulidad de un precepto legal es un mecanismo inadecuado para reparar una discriminación normativa. Esto es precisamente lo que ocurre en los supuestos de discriminación por *exclusión tácita*, que tienen lugar cuando “un régimen jurídico excluye de su ámbito de aplicación a un determinado colectivo”.¹ En este caso concreto, la definición de matrimonio que contiene el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca constituye un caso claro de este tipo de discriminación normativa, toda vez que al establecer que el matrimonio es el contrato civil celebrado “entre un solo hombre y una sola mujer”, se está excluyendo tácitamente a las parejas homosexuales del acceso a esta institución.

El problema con el binomio “nulidad-inconstitucionalidad” se debe a que, por un lado, la invalidez de las porciones normativas tácitamente excluyentes dejaría sin sentido los preceptos en cuestión porque los haría inaplicables a cualquier supuesto; y por otro lado, se estaría yendo más allá de los motivos que dieron lugar a la inconstitucionalidad al poner fin a regímenes jurídicos que por sí mismos no son contrarios a la igualdad, toda vez que la

inconstitucionalidad se presenta en función de que se ha excluido un determinado grupo.¹ Dicho de otra forma, si una norma es inconstitucional por excluir de los beneficios que contempla o del acceso a la institución que regula a un grupo de personas, en muchos casos la invalidez de esa norma no repara la discriminación porque lo que buscan las personas que se duelen del trato diferenciado es su inclusión en el régimen jurídico en cuestión y no la desaparición de éste.

Ahora bien, aunque en el amparo indirecto el efecto de una declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto no es la nulidad de éste, sino la obligación de desaplicarlo al quejoso en el caso concreto y en casos futuros, los argumentos antes expuestos resultan igualmente aplicables al binomio “inconstitucionalidad/desaplicación” que tiene lugar en nuestro juicio de amparo.

En este sentido, la declaratoria de inconstitucionalidad es un mecanismo adecuado para reparar la discriminación normativa en este caso porque la institución del matrimonio no se encuentra regulada exclusivamente en el precepto impugnado, sino en todo un apartado dentro de la legislación civil del Estado de Oaxaca, específicamente en el Título Quinto del Código Civil de dicha entidad. Así, el precepto impugnado únicamente establece la definición que restringe el acceso a las parejas heterosexuales al matrimonio, pero no agota toda la regulación jurídica de la institución. Dicho de otra forma, al declarar la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio, y desaplicarla a los quejosos, no se corría el riesgo desaparecer la institución. Esto se corrobora con el hecho de que una gran cantidad de las legislaciones civiles locales no contienen una definición de matrimonio, sin que esa situación condicione la existencia de la institución matrimonial.

Por lo demás, optar por la declaratoria de inconstitucionalidad de la definición legal del matrimonio o de una parte de ésta no es una solución inédita en el ámbito de la jurisprudencia constitucional comparada. En el caso *Varnum v. Brien*, por ejemplo, la Corte Suprema del Estado de Iowa consideró inconstitucional la porción normativa de la ley que sólo permitía el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales y, en consecuencia, sostuvo que ésta debía ser anulada y las secciones restantes de la ley interpretadas en el sentido de permitir el acceso a la institución matrimonial a las parejas homosexuales.⁵⁹²

Como se expuso en el apartado 3.4.2.4, estos razonamientos se retomaron en el amparo en revisión 152/2013 para pasar del control de convencionalidad a la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada:

⁵⁹² Amparo en revisión 581/2012, Op. cit, voto concurrente el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 2-5, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/Engroses/Cerrados/VotoPar/12005810.002-2749.doc>

La Suprema Corte, a través del amparo colectivo descrito en este trabajo, dio un paso más dejando de lado el criterio de interpretación conforme y declarando la inconstitucionalidad de la porción normativa "un solo hombre y una sola mujer" contenida en la definición de matrimonio del Código Civil del Estado de Oaxaca.

A partir de esa decisión la Corte construyó un criterio en el que señala expresamente que las normas discriminatorias no admiten interpretación conforme:

NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR.

Cuando 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 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas. 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 dichas personas. 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 y ciudadanas. 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. Así pues, 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.⁵⁹³

⁵⁹³ Tesis 1a./J. 47/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I, p. 394. Los precedentes que integraron esta jurisprudencia son: *Amparo en revisión 152/2013*. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. *Amparo en revisión 122/2014*. 25 de junio de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. *Amparo en revisión 263/2014*. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente:

Este criterio es útil no sólo para el estudio de casos de discriminación por orientación sexual o identidad de género.

4.2.4.2. Más allá de los efectos materiales⁵⁹⁴

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 sociales, políticos y religiosos son especialmente discriminatorios.

A pesar de lo anterior, la sentencia del amparo en revisión 152/2013 ha sido duramente criticada por quienes sostienen una visión decimonónica de los alcances del juicio de amparo. Se ha dicho 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 y/o expresión de género, consideramos importante que el análisis de la resolución se haga desde una perspectiva distinta. Se propone 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 queda 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

Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. *Amparo en revisión 591/2014*. 25 de febrero de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto aclaratorio, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez. *Amparo en revisión 735/2014*. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

⁵⁹⁴ Un resumen de lo planteado en este apartado, con un corte a mayo de 2017, fue publicado en MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, Op. Cit., pp. 37-40.

sentencia que reconoce la discriminación que existe en la ley da cuenta de los efectos de la norma, aunque éstos sean indirectos o imperceptibles a simple vista.

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. Esta reparación es precisamente el efecto de la sentencia, no importa que se traduzca únicamente en una declaración de inconstitucionalidad de la ley.

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

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

La sentencia constitucional también tiene *efectos* en la reconstitución del *yo* del sujeto. Lo ayuda a transitar de un estadio en el 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 contra normas discriminatorias sólo a los casos en que exista un acto de aplicación de la ley, legitima la continuidad de esa percepción de inferioridad. Además, crea un requisito procesal de hecho exigiendo que la persona que se siente discriminada por una ley provoque la violación de sus derechos para poder plantear su reclamo en sede constitucional.

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 en el que el tribunal constitucional cumple con hacer efectivos los derechos más allá de los obstáculos procesales. Sentencias como las analizadas permiten recordar que el juicio de amparo es un medio para la eficacia de los derechos, no un fin en sí mismo.

Por ello la Suprema Corte debe modificar su jurisprudencia para adecuar las reglas de interpretación de los criterios de procedencia del juicio de amparo a efecto de que los casos de denuncia de discriminación normativa sean estudiados

bajo una metodología que no exija a la persona acudir a provocar la violación de sus derechos para cumplir con una regla procesal.

4.2.4.3. Medidas de reparación

En ninguna de las cuatro sentencias se dictaron medidas para combatir el problema estructural de discriminación. En los tres primeros casos se limitó a ordenar una interpretación conforme para que los oficiales del Registro Civil atendieran la solicitud de matrimonio sin que el hecho de ser parejas del mismo sexo fuera un obstáculo para declararlas procedentes.

En el amparo colectivo se avanzó en el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la norma impugnada pero no se ordenó ninguna medida que buscara incidir directa y materialmente en el problema de discriminación.

Aunque las sentencias posteriores de la Corte a cerca de la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio en otras entidades del país no son objeto de esta investigación es importante resaltar las limitaciones que el propio Tribunal Constitucional ha puesto al alcance de sus resoluciones en este tipo de casos.

En el amparo en revisión 48/2016⁵⁹⁵ se impugnó la constitucionalidad de los artículos 294 y 297 del Código Civil del Estado de Puebla⁵⁹⁶; al hacerlo se solicitaron expresamente diversas medidas de reparación en términos de la doctrina de *reparación integral* elaborada desde el sistema interamericano. El proyecto elaborado por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo proponía:

Segundo efecto. Teniendo en cuenta que las normas invalidadas se sustentan en estereotipos sociales y culturales, que han afectado a un grupo social históricamente discriminado por sus preferencias sexuales, la sentencia de amparo, no sólo debe proteger y amparar a los quejosos, garantizándoles que las normas combatidas y las que de ellas deriven no serán aplicadas en su perjuicio; sino que, está llamada a superar esos estereotipos e impulsar un cambio social y cultural, lo que sólo se puede lograr promoviendo la importancia que tiene el respeto del derecho humano violado.

⁵⁹⁵ Amparo en revisión 48/2016, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 1 de junio de 2016, versión pública de la sentencia disponible en: [<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/16000480.002-3193.doc>]

⁵⁹⁶ *Código Civil del Estado de Puebla.*

Artículo 294.- El matrimonio es un contrato civil, por el cual un sólo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia.

Artículo 297.- El concubinato es la unión de hecho entre un solo hombre y una sola mujer, que estando en aptitud de contraer matrimonio entre sí, no lo han celebrado en los términos que la Ley señala y hacen vida en común de manera notoria y permanente, situación que sólo podrá demostrarse si han procreado hijos o han vivido públicamente como marido y mujer durante más de dos años continuos.

Atendiendo a lo anterior, esta Primera Sala considera que el Gobernador del Estado de Puebla, como autoridad responsable y como representante de esa Entidad Federativa, debe promover la importancia que tiene el respeto del derecho a la igualdad y a la no discriminación, fomentando una cultura de respeto a la diversidad, para lo cual deberá:

- a. Organizar conferencias o alguna otra actividad que considere oportuna a fin de promover el respeto a la igualdad y a la no discriminación sustentada en estereotipos sociales y culturales.
- b. Girar oficio a las autoridades judiciales y del Registro Civil del Estado de Puebla, por ser las que más vinculación tienen con los temas referentes al matrimonio y el concubinato, haciéndoles de su conocimiento que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia 1a./J. 43/2015 (10a.), señaló que la ley de cualquier Entidad Federativa que, por un lado, considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional⁵⁴; y que además, a través de la tesis aislada (pendiente de trámite)⁵⁵, señaló que si la definición del concubinato, al igual que la del matrimonio, condiciona su existencia a la unión de un hombre y una mujer, entonces cobran aplicación los criterios emitidos por la Primera Sala, vinculados a la inconstitucionalidad de esa definición; y que en esa lógica, a través del amparo en revisión 48/2016, se determinó la inconstitucionalidad de los artículos 294 y 297 del Código Civil del Estado de Puebla en las porciones normativas que hacen referencia a un “*un solo hombre y una sola mujer*”, puesto que esa enunciación es clara en excluir a las parejas del mismo sexo; y por ende, resulta claramente discriminatoria, al igual que lo es la porción normativa que indica “*para perpetuar la especie*”, ya que al vincular la finalidad del matrimonio a la perpetuación de la especie, es claramente sobre inclusiva; inconstitucionalidad que además se extiende a que las normas cuya validez dependa de las antes invalidadas.

Lo anterior, a fin de que tomen conciencia de la importancia que reviste el hecho de que en el ámbito de sus respectivas competencias, promuevan el respeto del derecho a la igualdad y a la no discriminación, pues si al ejercer sus funciones no lo toman en cuenta, implícitamente fomentan los estereotipos sociales y culturales que han impactado de manera negativa en un grupo social que históricamente ha sido discriminado por sus preferencias sexuales, lo cual es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos.⁵⁹⁷

⁵⁹⁷ Proyecto de resolución del Amparo en revisión 48/2016, Op. cit. La resolución de este expediente eliminó de los resolutivos la parte que se cita. En el proyecto la cita se encontraba en las páginas 62 a 65.

El proyecto fue aprobado por mayoría de votos, pero este segundo resolutivo no fue incluido.

El criterio que la Sala asumió en relación a los efectos del juicio de amparo fue expuesto en el amparo en revisión 706/2015⁵⁹⁸, resuelto en la misma sesión que el expediente 48/2016, en el que la Corte dio un retroceso en el paradigma de la décimo época en materia de protección a derechos humanos al considerar que la *teoría de las reparaciones* del sistema interamericano no es aplicable al juicio de amparo; es decir, que a través de este medio de control constitucional no pueden ordenarse medidas de reparación integral como son las de satisfacción, rehabilitación, compensación, etc.

De acuerdo con la Primera Sala, la limitación de los alcances del juicio de amparo a la mera restitución se justifica porque, a diferencia del ejercicio jurisdiccional que realiza la Suprema Corte

... los procesos que se llevan a cabo ante la Corte Interamericana tienen como objetivo primordial dilucidar si los Estados de la región que han reconocido su jurisdicción contenciosa han incurrido en *responsabilidad internacional* por incumplir las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁹⁹

Desde esta postura la Sala desconoce que el marco constitucional incluye, a partir de la reforma de 2011, los tratados internacionales firmados y ratificados por México, entre ellos la Convención Americana, y por ende los jueces constitucionales están facultados para pronunciarse sobre su violación.

En el precedente en cuestión la Sala justificó la limitación de los alcances del juicio de amparo señalando que:

La particularidad de esta responsabilidad de los Estados estriba precisamente en que el incumplimiento que se les atribuye tiene que ver con violaciones a los derechos humanos reconocidos en el citado tratado internacional...

Como señala la doctrina especializada, la reparación de violaciones a derechos humanos que se realiza en el derecho internacional cumple funciones similares a las que realizan en el ámbito interno de los Estados los procesos en los que se determina la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones a derechos humanos (*constitutional*

⁵⁹⁸ Amparo en revisión 706/2015, Op. cit. En este expediente se solicitaba que además de la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio en el Código Civil de Chihuahua, en la sentencia de amparo se otorgaran medidas de reparación integral para incidir en el combate al problema estructural de discriminación.

⁵⁹⁹ *Ibíd.*, p. 36-37.

torts), con independencia de los procedimientos sancionadores que suelen llevarse de manera autónoma...

En segundo lugar, en conexión con lo anterior, cabe precisar que lo que determina la Corte Interamericana es la responsabilidad del Estado *en su conjunto*. Esta particularidad tiene varias implicaciones. Por un lado, permite adoptar un *enfoque holístico* en relación con las vulneraciones de derechos humanos. Al no centrarse exclusivamente en la actuación de una autoridad en específico sino en la de todas las autoridades implicadas en los hechos del caso, pueden analizarse vulneraciones de derechos humanos que surgen de fenómenos mucho más complejos, aunque con el inconveniente de que no se deslinda claramente el ámbito de responsabilidad de cada una de las autoridades involucradas en función de las competencias de éstas. Así, los pronunciamientos de la Corte Interamericana no reparan en distribución de poderes o facultades, ni en la diferenciación de órdenes de gobierno.

Finalmente, otro aspecto que debe destacarse es que el tipo de *medidas de reparación no pecuniaria* (satisfacción y no repetición) que ha desarrollado la Corte Interamericana constituyen medidas *excepcionales* que pretenden responder en su gran mayoría a *graves y sistemáticas* violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en los países de la región, tales como delitos intencionales cometidos por agentes estatales en contra de miembros de la sociedad civil o delitos cometidos por otros particulares, que contaban con la complicidad de las autoridades estatales o se valieron de la inexcusable negligencia con la que las éstas desempeñaron sus funciones más elementales. A este tipo de situaciones ha querido responder la Corte Interamericana con el desarrollo de su doctrina sobre la “reparación integral” a las violaciones de derechos humanos.⁶⁰⁰

En la explicación de este razonamiento son relevantes las consideraciones de la Sala en relación a las limitaciones legales de la Ley de Amparo para que a través de las sentencias de estos juicios se puedan emitir medidas adicionales de reparación:

.... las medidas de reparación no pecuniarias desarrolladas por la Corte Interamericana constituyen el aspecto más innovador de su doctrina sobre reparaciones, las cuales han sido dictadas en la gran mayoría de los casos que involucran graves y/o sistemáticas violaciones a derechos humanos cometidas en los países de la región. Partiendo de esta premisa, esta Suprema Corte entiende que las violaciones a derechos humanos que conocen los tribunales del Poder Judicial de la Federación con motivo de juicios de amparo en términos generales no guardan ninguna similitud con los casos analizados por la Corte Interamericana que dieron lugar a medidas de reparación excepcionales.

De acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala considera que ese tipo de medidas de reparación no pueden ser dictadas en el juicio de amparo, no sólo

⁶⁰⁰ *Ibíd.*, pp. 36-39

por las diferencias ya señaladas entre el tipo de violaciones que se analizan en sede internacional e interna, sino también porque no existe fundamento legal para decretarlas. Al respecto, cabe recordar que las “medidas” que pueden dictar los jueces de amparo, de conformidad el artículo 77 de la vigente de Ley de Amparo, sólo pueden tener como finalidad la *restitución* del quejoso en el goce del derecho violado.

Así, no existe ninguna disposición en la Ley de Amparo que permita a los jueces de amparo decretar medidas de *satisfacción* como disculpas públicas a cargo de las autoridades responsables, la publicación de las sentencias de amparo, la celebración de actos públicos en los que se reconozca la responsabilidad de las autoridades, la realización de medidas o actos en conmemoración de las víctimas, la realización de obras de infraestructura con efecto comunitario o monumentos, etc.

En la misma línea, tampoco existe ningún fundamento legal para que los jueces de amparo pueden decretar *garantías de no repetición* similares a las que se encuentran en la doctrina interamericana, tales la orden de realizar reformas legislativas o constitucionales, tipificar de delitos o su adecuación a estándares internacionales, adoptar medidas administrativas como el establecimiento de programas de formación y/o capacitación de funcionarios, campañas de concientización y sensibilización dirigidas al público en general, elaboración de políticas públicas, etc.

Ahora bien, partiendo de los objetivos que buscan conseguirse con las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, esta Primera Sala entiende que existen algunas medidas que pueden *reinterpretarse* para darle cabida a las medidas no pecuniarias de reparación en el marco de la vigente la Ley de Amparo, lo cual contribuye a consolidar la concepción del juicio de amparo como un auténtico mecanismo de protección de los derechos humanos, aunque sin dejar de lado la necesidad de considerarlo en conjunto con medios regulados con ese fin.⁶⁰¹

La sentencia de la Sala señala que algunas medidas pueden *reinterpretarse* aludiendo a diversos criterios de la Corte Interamericana; en este sentido no queda claro cómo por un lado se señala que la *teoría de reparaciones* del sistema interamericano no es aplicable a la reparación en el juicio de amparo, pero al mismo tiempo se sostiene que algunas medidas de reparación en el amparo pueden reinterpretarse y para ello se invocan precedentes del sistema interamericano.

Con este criterio la Primera Sala termina por convertir al juicio de amparo en un medio de control obsoleto al dar efectos meramente declarativos a sus sentencias dejando que la *reparación integral* se busque en otras instancias incluso a nivel regional o internacional.

⁶⁰¹ *Ibíd.*, pp. 60-62.

El análisis de estas resoluciones podrá realizarse en investigaciones posteriores; sin embargo, es importante cerrar este debate en este apartado haciendo la siguiente comparación del marco normativo en materia de reparaciones:

Ley de Amparo	Constitución Federal	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<p>Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán:</p> <p>I. Cuando el acto reclamado sea de carácter positivo se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación; y</p> <p>II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 1. ...</p> <p>...</p> <p>... el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y <i>reparar</i> las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 63</p> <p>1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se <i>reparen</i> las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.</p> <p>...</p>

De este cuadro se desprenden una observación importante: El texto de la Convención, al igual que el de la Constitución Federal, no desarrollan los alcances de la obligación de reparar las violaciones a derechos humanos; sin embargo, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que desde la Corte Interamericana se haya dotado de un amplio contenido a la obligación de reparar a que se refiere el artículo 63.1 de la Convención.

En este sentido, no hay motivo para que la Suprema Corte al interpretar la obligación de reparar contenida en el artículo 1 constitucional restrinja los alcances

de ese deber en perjuicio de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Se debe abandonar la práctica actual de dotar de contenido al artículo 1 constitucional a partir del texto de una norma infra constitucional como es la Ley de Amparo, el ejercicio de interpretación constitucional debe funcionar a la inversa, evaluar la constitucionalidad o interpretación de la Ley de Amparo a la luz de las obligaciones nacionales e internacionales en materia de reparación.

Por otro lado, debe compararse también el texto constitucional con la argumentación de la Corte:

Constitución Federal	Amparo en revisión 706/2015
Artículo 1. el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. las “medidas” que pueden dictar los jueces de amparo, de conformidad el artículo 77 de la vigente de Ley de Amparo, sólo pueden tener como finalidad la <i>restitución</i> del quejoso en el goce del derecho violado.

De la comparación del marco normativo de reparaciones que integran el marco constitucional se concluye que ni la Constitución ni la Convención Americana limitan el alcance de la reparación únicamente a medidas de *restitución*. Esta limitación está en la Ley reglamentaria que por sí misma no podría restringir el alcance de un precepto constitucional.

Esta línea argumentativa fue expuesta por el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en su voto concurrente en el amparo en revisión 706/2012 en el que se apartó de las consideraciones referentes a la limitación de los alcances de las sentencias de amparo:

6. De manera preliminar, considero importante destacar que muchos de los asuntos conocidos por la Suprema Corte respecto de violaciones de derechos humanos, contrario a lo establecido por la mayoría de la Primera Sala, guardan mucha similitud con los del tribunal interamericano –como por ejemplo, casos de negligencia médica⁶⁰², acceso a derecho a servicios de

⁶⁰² Cfr. 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

salud⁶⁰³, custodia de niños, niñas y adolescentes⁶⁰⁴, uso de fuerza pública⁶⁰⁵, tortura⁶⁰⁶, discriminación por orientación sexual⁶⁰⁷, acceso a recursos efectivos⁶⁰⁸, pensiones laborales⁶⁰⁹, destitución de jueces⁶¹⁰, consulta previa de los pueblos indígenas⁶¹¹, derecho de libertad de expresión y acceso a la información⁶¹²—, con la única diferencia de sumar al caso violaciones por falta de acceso a la justicia a nivel nacional; es decir, si bien existen casos de masacres o de desapariciones forzadas en contextos de conflictos armados o dictaduras, los asuntos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se limitan a violaciones calificadas como graves, sistemáticas o contextuales, a diferencia de lo que sostiene la mayoría. Aunado a ello, la decisión parecería desconocer que aún en estos últimos casos —como masacres, ejecuciones masivas, desapariciones forzadas— también son conocidos por tribunales constitucionales independientemente que los califiquen como tales. Lo anterior es importante, pues la decisión de la mayoría insiste en diferenciar el tipo de casos que conoce el tribunal

⁶⁰³ Ibidem.

⁶⁰⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

⁶⁰⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 249.

⁶⁰⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

⁶⁰⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

⁶⁰⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.

⁶⁰⁹ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁶¹⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

⁶¹¹ Cfr. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Corte IDH. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Corte IDH. Caso Pueblos Kaliaña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

⁶¹² Cfr. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111;

interamericano, de los conocidos por esta Suprema Corte de Justicia, lo cual es impreciso.

7. Ahora bien, entrando en materia, es importante destacar que las reparaciones a través del juicio de amparo son un tema que se debe enmarcar necesariamente en el artículo 1º constitucional, que establece la obligación de reparar violaciones de derechos humanos y en el reconocimiento que, en nuestro país, el juicio de amparo es el recurso por excelencia para combatir alegadas violaciones de derechos humanos⁶¹³. En ese sentido, surgen cuestionamientos sobre cómo el amparo puede reparar una violación de derechos humanos, cuál es el alcance de dicha reparación y cómo el amparo responde —o puede responder—, como un recurso efectivo —lo cual incluye necesariamente una reparación—, a las obligaciones de garantía de los derechos humanos y a la reparación de las violaciones a éstos⁶¹⁴.

8. Estas temáticas, si bien no se habían hecho expresas, ya se habían abordado por la Primera Sala, la cual tiene diversos precedentes en los que ha decidido ampliar los efectos o las reparaciones otorgadas en casos concretos.

9. En primer lugar, considero que limitar en abstracto, como lo hace la decisión, las diversas formas de reparación, en vez de tomar la decisión caso por caso, no sólo incumple con la obligación de garantía del artículo 1º constitucional, con el deber de reparar, sino que también constituye una negación de acceso a la justicia. Al respecto, esta Primera Sala destacó, en el amparo directo en revisión 2488/2015⁶¹⁵ lo siguiente:

Respecto del derecho de acceso a la justicia para la protección judicial de los derechos fundamentales, esta Sala estima que su alcance se concreta en la posibilidad real de acceder a un mecanismo judicial [juicio de amparo u otros medios judiciales que puedan ser efectivos] para que la autoridad competente emita una decisión vinculante que determine si ha habido o no una violación a algún derecho humano y que, en caso de ser encontrada una violación, el mecanismo judicial sirva para restituir a la persona quejosa en el goce de su derecho *y para reparar integralmente las violaciones*⁶¹⁶.

⁶¹³ El artículo 1º de la Ley de Amparo establece que el amparo tiene por objeto “resolver toda controversia que se suscite: por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...)”.

⁶¹⁴ Parte del presente voto es retomado del artículo de Karla I. Quintana Osuna, “La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano”, en proceso de publicación en la obra colectiva ¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día? Estudios sobre el desarrollo interpretativo de los derechos.

⁶¹⁵ Amparo Directo en Revisión 2488/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el diez de febrero de dos mil dieciséis. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretario: Zamir Andrés Fajardo Morales.

⁶¹⁶ En idéntico sentido ver, Corte IDH, *caso Castañeda Gutman, op. cit.*, párr. 100 y *caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C No. 245, párr. 261.

Así las cosas, la obligación del Estado mexicano de proporcionar un medio judicial de protección de los derechos fundamentales, no se agota con la mera existencia de tribunales y procedimientos formales, ni con la posibilidad de acudir ante éstos [acceso a la justicia formal], sino que además se debe garantizar que los medios para la protección judicial de los derechos fundamentales den resultados o *respuestas efectivas frente a las violaciones a los derechos humanos* [acceso a la justicia material]⁶¹⁷.

10. En segundo lugar, la Sala ha retomado la clasificación conceptual de las distintas formas de reparación. Al respecto, estableció en el amparo en revisión 476/2014⁶¹⁸, por unanimidad, que:

(...) la obligación de reparar a las víctimas cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de aquéllas (es parte del deber de garantía y) es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. Así pues, cuando existe una violación de derechos humanos, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades, e incluso –dependiendo del tipo de violación– de impulsar un cambio cultural⁶¹⁹.

La reparación ideal luego de una violación de derechos humanos es la entera restitución a la víctima (*restitutio in integrum*), la cual consiste en restablecer la situación antes de la violación. No obstante, *ante la limitada posibilidad de que todas las violaciones de derechos humanos sean reparadas en su totalidad, la doctrina ha desarrollado una amplia gama de reparaciones que intentan compensar a la víctima de violaciones de derechos humanos mediante reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.* (resaltado fuera del original).

Las medidas no pecuniarias –también conocidas como reparaciones morales– se clasifican en: a) restitución y rehabilitación; b) satisfacción, y c) garantías de no repetición. La restitución busca, como su nombre lo indica, restablecer la situación que existía antes de la violación, mientras que la rehabilitación propone garantizar la salud de la víctima. La satisfacción tiene por objeto reparar a la víctima con medidas tendentes a la memoria, verdad y justicia. Las garantías de no repetición tienen la finalidad de asegurar la no repetición de una práctica violatoria, incluyendo ordenar acciones que afectan las instituciones sociales, legales y políticas, así como las políticas públicas⁶²⁰.

⁶¹⁷ En idéntico sentido ver, Corte IDH, caso *García y Familiares vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre de 2012, Serie C No. 258, párrafo 142.

⁶¹⁸ Amparo en revisión 476/2014, resuelto en sesión de 22 de abril de 2015, bajo la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, por unanimidad de cinco votos. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

⁶¹⁹ Cfr. Amparo en revisión 152/2013, 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.

⁶²⁰ Cfr. Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2006; Quintana Osuna, Karla, ¿Superposición de las reparaciones otorgadas por Comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos humanos? Una aproximación a la realidad

11. En tercer lugar, la limitación que hace la decisión para entender de manera amplia la reparación que se puede otorgar a través del amparo no coincide con la doctrina constitucional desarrollada por la Suprema Corte de Justicia, la cual, en una lectura integral con sus obligaciones de garantía del artículo 1º constitucional, ha hecho del amparo un recurso en el que se pueden ordenar las medidas que sean necesarias y adecuadas para asegurar que las violaciones a los derechos humanos sean efectivamente reparadas.⁶²¹

Si bien el juicio de amparo es sólo uno de los mecanismos para acceder a la reparación, no hay un argumento razonable que justifique que la orden de reparar contenida en el artículo 1 constitucional no impacte en la Ley de Amparo para interpretar que la restitución a la que ésta se refiere pueda incluir diversas medidas de reparación integral más allá de una interpretación restrictiva de la *restitución*.

En casos como este el principio de fuerza normativa de la Constitución y el *control de convencionalidad* permiten apelar a la aplicación directa de la Constitución, del tratado internacional o incluso una interpretación del artículo 77 de la Ley de Amparo conforme al contenido de la Constitución o de la Convención Americana. En último caso queda la opción de la inaplicación de la Ley de Amparo para garantizar que la protección constitucional que se otorgue sea la más amplia posible.

Esto no significa que se deban otorgar todas las medidas que se soliciten; lo que se sostiene es que la simple limitación legal contenida en la Ley de Amparo no es suficiente para restringir los alcances del texto constitucional y convencional. La labor exigida al Tribunal Constitucional es determinar qué medidas son adecuadas o eficaces en cada caso, pero no establecer una limitación *a priori* para que en el juicio de amparo únicamente se puedan ordenar medidas de *restitución* en sentido estricto.

Llegar a la conclusión contraria implica validar que la Constitución y la Convención Americana se interpreten a la luz de la Ley de Amparo y no al revés.

interamericana, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, CNDH, 2013. Ver, además, por ejemplo, Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 136; Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 142, Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006, párr. 176. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 201, 219 y 275, Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116

⁶²¹ Amparo en revisión 706/2015, Op. cit., Voto concurrente del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, pp. 2-5, disponible en: [http://www2.scjn.gob.mx/juridica/Engroses/Cerrados/VotoPar/15007060.002-6322.doc].

Conclusiones

A partir del estudio de las decisiones de la Corte es posible llegar a un pronunciamiento sobre la validez de las hipótesis planteadas en la investigación:

Hipótesis general:

El sistema jurídico local que no contemple una figura para brindar protección a las familias homoparentales, en igualdad de condiciones que la familia heteroparental es inconstitucional en una doble vía: a) Incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio, y b) La falta de protección viola el principio de igualdad y no discriminación.

La hipótesis se comprobó parcialmente:

La Corte emitió jurisprudencia temática en la que señala que toda norma que defina al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer viola el principio de no discriminación. Por otro lado, no es posible confirmar que todo sistema jurídico local que no contemple una figura para brindar protección a las familias homoparentales, en igualdad de condiciones con la familia heteroparental, incurre en una omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio ya que la Corte se limitó a afirmar que no hay omisión legislativa sin estudiar el mandato constitucional de protección a la familia.



Hipótesis específica:

El artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer es inconstitucional en una doble vía: a) Incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las parejas mismo sexo, y b) La referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación.

**La hipótesis se comprobó parcialmente:**

La Corte ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca en la porción que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer por violar el principio de no discriminación.

Por otro lado, no es posible confirmar la omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio ya que la Corte limitó a afirmar que no hay omisión legislativa sin estudiar el mandato constitucional de protección a la familia.

Además de las conclusiones relacionadas con las hipótesis planteadas al inicio de este trabajo se han obtenido otras relacionadas con el contenido de los capítulos desarrollados en la investigación:

A. Del marco conceptual.

- El artículo 4o constitucional establece un mandato de protección a *la familia* que incluye a la familia homoparental.
- La obligación constitucional contenida en el artículo 4 es la de brindar protección al desarrollo y organización de *la familia* a través de la ley.
- La inconstitucionalidad por omisión legislativa se refiere a las violaciones a la Constitución derivadas de una omisión del legislador en su función primordial

de expedir leyes. En otras palabras, es el incumplimiento de un mandato para legislar establecido en la Constitución.

- En México no hay certeza a cerca de la procedencia de los medios de control constitucional de las omisiones legislativas.
- Desde la jurisprudencia se ha planteado la improcedencia de juicios de amparo contra omisiones legislativas.
- El artículo primero constitucional prohíbe la discriminación por preferencias sexuales.
- La discriminación por preferencia sexual es toda distinción, exclusión o restricción basada en las preferencias sexuales que tenga por efecto impedir el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

B. Del planteamiento del problema.

- Existe una ruptura en la coherencia del sistema jurídico en materia de protección a la familia: Por un lado la Corte estableció, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, que la protección constitucional en materia de familia incluye a las homoparentales y por el otro, los marcos legislativos de las entidades federativas, salvo el la Ciudad de México en el momento de iniciados los juicios descritos en este trabajo, continuaban en la tradición heteronormativa que excluye a las familias homoparentales.
- La definición jurídica de matrimonio que, expresa o tácitamente, lo considera únicamente como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las parejas mismo sexo, y b) la referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación
- El artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca que define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer vulnera el marco constitucional en una doble vía: a) incumple el mandato constitucional de protección a la familia, configurándose una inconstitucionalidad por omisión legislativa parcial en competencias de ejercicio obligatorio al excluir del acceso al matrimonio a las

parejas mismo sexo, y b) la referida exclusión viola el principio de igualdad y no discriminación.

C. De las decisiones de la Corte.

- El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca no contiene una omisión legislativa sino una exclusión implícita; por lo tanto, el juicio de amparo es procedente para estudiar la constitucionalidad de su contenido normativo que define al matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer.
- El artículo 143 del Código Civil de Oaxaca es inconstitucional porque discrimina con base en la orientación sexual de las personas.
- Las normas estigmatizantes puede impugnarse sin necesidad de un acto de aplicación.
- La interpretación conforme es insuficiente para resolver problemas de discriminación normativa, se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma.

D. Del impacto de la investigación:

- Esta investigación ha servido para integrar una estrategia de incidencia a escala nacional.
- Los amparos interpuestos a partir del planteamiento de las hipótesis expuestas en esta investigación fueron los puntos de partida para la integración de la jurisprudencia 43/2015 que declara inconstitucional cualquier definición de matrimonio que lo imite a la unión de un solo hombre y una sola mujer.
- Los criterios de la Corte surgidos a partir de la tramitación de los juicios de amparo analizados en esta investigación sirvieron como motivación para:
 - La emisión de la Recomendación General 23/2015 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
 - Las iniciativas que culminaron con la reforma a las legislaciones de los Estados de Campeche, Coahuila, Colima, Michoacán, Morelos y Nayarit.
 - Las sentencias en las acciones de inconstitucionalidad 28/2015, 29/2016 y 32/2016.
 - La apertura de los expedientes de Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2013, 1/2016, 1/2017 y 3/2017.

- Los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivados de los litigios estudiados en esta investigación, fueron retomados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 24/2017 para ejemplificar los avances regionales en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

E. Análisis crítico de las sentencias.

- La Primera Sala no estudió el incumplimiento del mandato constitucional de proteger el desarrollo y organización de la familia.
- La Primera Sala no atendió los argumentos sobre la omisión legislativa.
- La Suprema Corte debe revisar sus criterios sobre la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas. Se debe diferenciar entre el medio de control, el objeto de estudio constitucional y los efectos de la sentencia de tal manera que la omisión legislativa pueda ser objeto de estudio en cualquiera de los medios de control constitucional.
- La causal de improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas carece de razonabilidad porque impone límites al control constitucional privilegiando los posibles efectos de la sentencia por encima de la restauración del orden constitucional.
- La Primera Sala no estudió de forma integral el fenómeno de la discriminación y con ello se limitó el alcance de los efectos de las sentencias de amparo.
- La Suprema Corte debe modificar su jurisprudencia para adecuar las reglas de interpretación de los criterios de procedencia a efecto de que los casos de denuncia de discriminación normativa sean estudiados bajo una metodología que no exija a la persona acudir a provocar la violación de sus derechos para cumplir con una regla procesal.
- La Primera Sala debe reevaluar su criterio que señala que la doctrina de reparación integral desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al juicio de amparo.
- El contenido del artículo 77 de la Ley de Amparo no es suficiente para restringir la interpretación y aplicación del texto constitucional y convencional en materia de reparaciones.

Anexos



Gobierno del Estado de Oaxaca
 Secretaría General de Gobierno
 Dirección del Registro Civil



"2011, AÑO DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA, LAICA Y GRATUITA, A 150 AÑOS DE SU DECRETO"

Oficio Número: [REDACTED]

Asunto: El que se Indica.

Villa de ETLA, ETLA, Oaxaca a [REDACTED] de 2011.

CC. [REDACTED] Y [REDACTED]

PRESENTE.

El que suscribe Oficial del Registro Civil de la Villa de ETLA, por este medio me dirijo a Ustedes, con la finalidad de hacer de su conocimiento lo siguiente:

Derivado del escrito de **Solicitud de Matrimonio** presentado por los ciudadanos al rubro indicado, el día [REDACTED] del 2011, en la cual solicitan se señale día y hora para la celebración de su Matrimonio, esta oficialía da contestación en los siguientes términos:

Con fundamento en lo dispuesto por los dos últimos párrafos del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 125 Bis, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, y con las facultades que me otorga el artículo 16, fracción II, del Reglamento del Registro Civil del Estado, en relación con el "Título Quinto, Del Matrimonio, Capítulo I. Requisitos Necesarios para Contraerlos, Artículo 143 primer párrafo, del Código Civil Vigente en el Estado, mismo que a la letra dice:

"Artículo 143.- El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida."

En virtud de los preceptos legales antes mencionados, la Oficialía del Registro Civil de la Villa de ETLA, declara **IMPROCEDENTE** la solicitud de matrimonio presentada por los interesados, por contravenir notoriamente los fines del matrimonio, dentro del marco normativo de nuestro Estado.

Lo anterior para los fines legales a que haya lugar.

**RESPETUOSAMENTE:
 SUFRAGIO EFECTIVO NO REELECCION
 "EL RESPETO AL DERECHO AJENO ES LA PAZ"**

LIC. ULISES GÓMEZ BLAS.
 OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL DE LA VILLA DE ETLA.





2010 - 2016
Secretaría General de Gobierno
Dirección del Registro Civil
Gobierno del Estado de Oaxaca

DEPENDENCIA:	DIRECCION DEL REGISTRO CIVIL
OFICIALIA:	PRIMERA
NUMERO:	[REDACTED]
EXPEDIENTE:	[REDACTED]



Oaxaca de todos
un gobierno para todos

A S U N T O : El que se indica.

“2011, AÑO DE LA EDUCACION PÚBLICA, LAICA Y GRATUITA, A 150 AÑOS DE SU DECRETO”.

Oaxaca de Juárez, Oax., a [REDACTED] de 2011.

CIUDADANAS.

[REDACTED] y
[REDACTED]



En atención a la solicitud para contraer matrimonio civil, presentada por escrito fechado el 3 de agosto pasado, recibida en esta oficialía al día siguiente, al que acompañan la documentación que en el mismo se detalla, se les dice:

Que atento al principio de legalidad conforme al cual ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos y autorizados por la ley contenido en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y con apoyo en el artículo 143 del Código Civil para el Estado que establece: El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

La suscrita Oficial del Registro Civil, esta en la imposibilidad legal de obsequiar favorablemente su petición porque y en el caso las pretensas son personas del mismo sexo.

No obsta para lo anterior el contenido de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre la jurisprudencia que invocan las solicitantes, porque esta autoridad no esta facultada expresamente para no aplicar la ley.


Quedan a su disposición los documentos originales que anexaron a su escrito de solicitud.

ATENTAMENTE
SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION
“EL RESPETO AL DERECHO AJENO ES LA PAZ”
EL PRIMER OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL
[Signature]
LIC. MARIA DE JESUS VICTORIA SIBAJA ILESCAS.

C.c.p.:

- C. Lic. Haydee I. Reyes Soto.- Directora del Registro Civil.- Para su conocimiento.
- C. Profra. Catalina Pérez Sánchez.- Jefa de la Unidad de Oficialías, mismo fin.
- Expediente
- Minutario
- MDJVSI/clag

2010 - 2016



Oaxaca de todos
un gobierno para todos

Ocotlán de Morelos, Ocotlán, Oax., [REDACTED] del 2011.

CC. [REDACTED] Y
[REDACTED]

PRESENTE.

Por este medio les comunico lo siguiente: Que no es posible atender su petición de Solicitud de Matrimonio, ello en virtud de que nuestra legislación no contempla la unión de matrimonio entre personas del mismo sexo, así lo menciona el Código Civil del Estado de Oaxaca en su:

TITULO QUINTO

Del matrimonio

CAPITULO I

Requisitos necesarios para contraerlo

ART. 143.- EL MATRIMONIO ES UN CONTRATO CIVIL CELEBRADO ENTRE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, QUE SE UNEN PARA PERPETUAR LA ESPECIE Y PROPORCIONARSE AYUDA MUTUA EN LA VIDA...

...EL ESTADO PROCURARÁ, POR TODOS LOS MEDIOS QUE ESTÉN A SU ALCANCE QUE LAS PERSONAS QUE VIVAN EN CONCUBINATO CONTRAIGAN MATRIMONIO...

... HAY CONCUBINATO CUANDO UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER SOLTEROS SE UNEN, COMO SI ESTUVIERAN CASADOS....

Sin más por el momento les saludo cordialmente.

ATENTAMENTE.

**SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCIÓN
"EL RESPETO AL DERECHO AJENO ES LA PAZ"**

MARIA SOLEDAD FIGUEROA MARTINEZ
OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL

C.e.p.- Lic. Haydeé Reyes Soto.- Directora del Registro Civil.- Para su conocimiento.
Profra.- Catalina Pérez Sanchez.- Jefe de la Unidad de Oficiales.- Mismo fin

OFICIALIA DEL REGISTRO CIVIL
OCOTLAN DE MORELOS,
OAXACA

Fuentes de consulta

Bibliografía

- ADAME Goddard, Jorge, *Análisis de la sentencia de la Suprema Corte que valida el matrimonio entre personas del mismo sexo*, en *Ars Iuris*, No. 45, Universidad Panamericana, México, 2011, 334 pp.
- ADAME Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, 120 pp.
- ASTUDILLO, Cesar, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, 482 pp.
- AYALA Salazar, José Melchor y González Torres, Martha Gabriela, *El matrimonio y sus costumbres*; Ed. Trillas, México, 2001, 196 pp.
- BAEZ Silva, Carlos, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2009, 161 pp.
- BIDART Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. UNAM, México, 2003, 529 pp.
- BRITO, Alejandro, *Del derecho de convivencia a la conveniencia de no reconocerlo. La izquierda y el movimiento por las Sociedades de Convivencia en México*, en *Debate Feminista. Matrimonio Homosexual, Familia Homoparental*, Año 16, Vol. 32, Octubre 2005, Ed. Publidisa mexicana S.A. de C.V., México, 2005, 342 pp.

- CLÉRICO, Laura, *El matrimonio igualitario: Igualdad y/o autonomía*; en ALEGRE, Marcelo, et. Al., *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicaciones. Efectos*, Ed. La Ley, Argentina, 2011, 416 pp.
- COURTIS, Christian; *Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: El inicio de un largo camino*; en DE LA TORRE Martínez, Carlos (Coord.), *Derecho a la no discriminación*, UNAM, CONAPRED, CDHDF, México 2006, 436 pp.
- DE LA TORRE Martínez, Carlos; *El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*; en DE LA TORRE Martínez, Carlos (Coord.), *Derecho a la no discriminación*, UNAM, CONAPRED, CDHDF, México 2006, 436 pp.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Colofón S.A., México, 207 pp.
- FERNÁNDEZ Rodríguez, José Julio, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, 482 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 6a ed., España, 2004, 1005 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 4a ed., España, 2009, 389 pp.
- GARGARELA, Roberto; *Razones para el matrimonio igualitario: El argumento de la igualdad*, en ALEGRE, Marcelo, et. Al., *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26.618. Antecedentes. Implicaciones. Efectos*, Ed. La Ley, Argentina, 2011, 416 pp.
- HUERTA Ochoa, Carla; *La estructura jurídica del derecho a la no discriminación*; en DE LA TORRE Martínez, Carlos (Coord.), *Derecho a la no discriminación*, UNAM, CONAPRED, CDHDF, México 2006, 436 pp.
- MANCILLA Castro, Roberto Gustavo, *Derecho adjetivo constitucional*, Ed. Novum, México 2012, 284 pp.

- MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Discriminación institucionalizada*, en Unión de Revistas de Estudiantes de Derecho (Ured), *Anuario 2013*, México, 2013, 366 pp.
- MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *El interés legítimo en la estrategia de litigio estructural por el matrimonio igualitario*, en SOTELO Gutiérrez, Arturo, (Coord.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, México 2017, 207 pp.
- MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio entre personas del mismo sexo en México. Historia de una inconstitucionalidad*, en MEDINA TREJO, José Antonio, (Coomp.), *Familia Homoparentales en México*, Letra S, México, 2015, 238 pp.
- MÉNDEZ Díaz, Alex Alí, *Matrimonio Igualitario. La visión desde el litigio*, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO Ortega, Roberto, (Coord.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, 307 pp.
- RANGEL Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría General y su control jurisdiccional en México*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Ed. Porrúa, México 2009, 429 pp.
- RODRÍGUEZ Zepeda, Jesús, *Un marco teórico para la discriminación*, Colección Estudios, No. 2, CONAPRED, México, 2008, 138 pp.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ Barroso, José Antonio, *El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal de 2009*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 61, No. 256, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, 416 pp.
- SANTOS Flores, Israel, *La Omisión legislativa en materia tributaria*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, 262 pp.
- SILVA Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas de personas del mismo sexo*, Ed. Porrúa, México, 2011, 381 pp.

- SALAZAR Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, CONAPRED. México 2008, 149 pp.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las Controversias Constitucionales y las Acciones de Inconstitucionalidad. Análisis de las fracciones I y II del artículo 105c Constitucional a partir de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Color México, 2010, 127 pp.
- TAJADURA Tejada, Javier, *La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, 482 pp.
- TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Fontamara, México 2006, 304 pp.
- TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, núm. 283, México, 2005, 238 pp.
- TAPIA Ramírez, Javier; *Introducción al Derecho Civil*, Ed. McGraw-Hill, México, 2002, 448 pp.
- VÁZQUEZ-GÓMEZ Bisogno, *El matrimonio en la Constitución Mexicana. Apuntes para demostrar la inconstitucionalidad del matrimonio homosexual*, en *Ars Iuris*, No. 43, Universidad Panamericana, México, 2010, 407 pp.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1993, 233 pp.
- VILLAVERDE, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional*, CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, 482 pp.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Ed. Trotta, España, 2008, 349 pp.

ZALDIVAR Lelo de Larrea, Arturo, *Juicio de amparo*, en *Diccionario de Derecho Procesal y Convencional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 1241 pp.

Hemerografía

- Crónica, 11 de abril de 2016, *Espurio y legítimo* por Juan Manuel Asai, disponible en <http://www.cronica.com.mx/notas/2009/461605.html>
- Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana; 5 de febrero de 1917, Tomo V, 4a Época, Número 30; Disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales y Estatales: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf
- Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1974, p.2; disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_079_31dic74_ima.pdf
- El Economista, 22 de diciembre de 2009, disponible en: <http://eleconomista.com.mx/distrito-federal/2009/12/22/pan-pide-no-publicar-matrimonios-gay-adopcion>
- El Piñero de la Cuenca, 18 de julio de 2010, disponible en: <http://www.elpineroelacuenca.com.mx/epc/index.php/politica/23134-cue-no-compro-el-pleito-entre-amlo-y-calderon>
- El Universal, 17 de diciembre de 2009, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/646606.html>
- Periódico Oficial del Estado de Morelos, "Tierra y Libertad", 6a Época, número 5408, 04 de julio de 2016, pp. 33-34, disponible en: <http://periodico.morelos.gob.mx/periodicos/2016/5408.pdf>

- Publímetro 28 de diciembre de 2009, disponible en:
<http://www.publimetro.com.mx/noticias/matrimonio-gay-agrede-a-la-familia-rivera-pan-busca-vetar-adopcion/milB!92dlhIGnIqw/>
- WRadio, 23 de diciembre de 2009, disponible en:
<http://www.wradio.com.mx/noticias/actualidad/matrimonios-gay-ley-mala-y-perversa-norberto-rivera/20091223/nota/928677.aspx>
- Zócalo Saltillo, 6 de enero de 2010, Los desafíos de 2010, por Carlos Ramírez, disponible en: <http://www.zocalo.com.mx/seccion/opinion-articulo/los-desafios-del-2010-31>

Artículos

- *La mujer y el cambio constitucional de México. El decreto de 31 de diciembre de 1974*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/477/17.pdf>
- VELA Barba, Estefanía, *Matrimonio y adopción gay: análisis de la sentencia*, 3 de noviembre de 2010, Nexos, disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=830>
- GONZÁLEZ de la Vega, Geraldina, *Karen Atala, hora cumplida*, Animal Político; 28 de marzo de 2012, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-gradados/2012/03/28/karen-atala-hora-cumplida/>
- GONZÁLEZ de la Vega, Geraldina, *Las Audiencias de Karen Atala e Hijas v. Chile*, Animal Político; 27 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-gradados/2011/08/27/las-audiencias-de-karen-atala-e-hijas-v-chile/>

Documentos electrónicos.

- *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/3/pr/pr16.pdf>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura; Estenografía parlamentaria, Primer Periodo de Sesiones Ordinarias, Primer año de ejercicio; Versión estenográfica de la sesión celebrada el 21 de diciembre de 2009, p. 12. Intervención de David Razú, negritas añadidas. Disponible en:
<http://www.aldf.gob.mx/archivo-446e2bf46972fb4f031fdc32b42bab60.pdf>
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura; Dictamen que emiten las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Derechos Humanos y Equidad de Género por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pp. 5-6, publicado el 11 de octubre de 2010; negritas añadidas. Disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-32f3f12321e15c49b0c9f286cef68e0b.pdf>
- *Código Civil del Imperio Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/932/32.pdf>
- *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, disponible en Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Leyes Federales y Estatales, disponible en:
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf
- Controversia Constitucional 14/2005, Versión taquigráfica de 29 de septiembre de 2005. Intervención del Ministro Genaro Góngora Pimentel, pp. 58-59, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/PL050929_0.pdf

- Controversia Constitucional 14/2005, Versión taquigráfica de 3 de octubre de 2005, intervención del Ministro José Ramón Cossío Díaz, p. 13, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2016-10-28/PL051003_1.pdf
- Comisiones de Puntos Constitucionales y Control Interno de Convencionalidad, de Procuración e Impartición de Justicia y, de Derechos Humanos, dictamen del expediente legislativo número 149/LXII/04/16 y sus acumulados 005-I/LXII/10/15 y 050/LXII/11/15, relativo a tres Iniciativas para reformar y derogar diversas disposiciones del Código Civil y reformar un numeral del Código Penal, ambos del Estado de Campeche, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo y prohibición de matrimonio de menores de edad, promovidas por el Ejecutivo Estatal y legisladores de los Partidos de la Revolución Democrática, Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México, pp. 4-6, disponible en: http://congresocam.gob.mx/consultas/dictamenes_LXII/149LXII0416.pdf
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General No. 23, pp. 7-9, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGra1_023.pdf
- DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf, visible a página 211.
- DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf, visible a página 212.

- 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, p. 4, disponible en:
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Colima/wo116117.pdf>
- 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, p. 9, disponible en:
<http://www.congresocoahuila.gob.mx/portal/wpcontent/uploads/2014/11/20140901.pdf>
- 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, pp.2-5, disponible en:
<http://189.194.63.106/sisparlamentario/iniciativas/1450716290.pdf>
- *Ley del Matrimonio Civil*. Artículo 1º.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícitamente y válidamente ante la autoridad civil. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/999/36.pdf>
- *Ley Orgánica del Registro Civil* de 28 de julio de 1859; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, disponible en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/999/37.pdf>

- *Ley sobre Relaciones Familiares*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Legislación impulsada por Venustiano Carranza, disponible en:
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>
- *Medición de la pobreza en los Municipios de México, 2010*, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, disponible en:
http://www.coneval.org.mx/informes/Pobreza/Pobreza_municipal/Presentacion/Pobreza_municipios.pdf
- Presidencia de la República, Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, p. 5, disponible en:
[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/92616/Sharp_reforma_cjef.gob.mx_20160517_164352.compressed.pdf]
- Proyecto de Decreto 185 por el que se reforman diversos ordenamientos del Código Familiar de Michoacán de Ocampo, elabora por las comisiones de Justicia, Derechos Humanos y Puntos Constitucionales, de fecha 3 de marzo de 2016, pp. 3-4, disponible en:
http://transparencia.congresomich.gob.mx/media/documentos/trabajo_legislativo/dictamen_185_18-05-16.pdf
- Secretaría de Gobernación, Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pp. 3-4, disponible en:
http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-05-18-1/assets/documentos/Ini_Art4_Cons_Ejecutivo_Fed.pdf

Diccionario

Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*.

Sentencias y resoluciones

- **Suprema Corte**

Pleno

Acción de Inconstitucionalidad 11/2009.
Acción de inconstitucionalidad 2/2010
Acción de inconstitucionalidad 28/2015

Amparo Directo Civil 6/2008.

Controversia Constitucional 80/2004
Controversia Constitucional 14/2005
Controversia Constitucional 13/2010

Contradicción de Tesis 293/2011

Primera Sala

Amparo en revisión 457/2012
Amparo en revisión 567/2012
Amparo en revisión 581/2012
Amparo en revisión 152/2013
Amparo en revisión 823/2014
Amparo en revisión 706/2015
Amparo en revisión 48/2016

Proyecto de resolución del Amparo en revisión 48/2016

Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 125/2012,
Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 201/2012
Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 202/2012
Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción 387/2012

Segunda Sala

Amparo en revisión 750/2012

- **Juzgados de Distrito**

Amparo indirecto 1072/2011, Decimotercer circuito, Juzgado Cuarto de Distrito.

Amparo indirecto 1143/2011, Decimotercer circuito, Juzgado Segundo de Distrito.

Amparo indirecto 24/2012, Decimotercer circuito, Juzgado Primero de Distrito.

Amparo indirecto 738/2012, Decimotercer circuito, Juzgado Tercero de Distrito.

- **Tribunales internacionales**

Caso *Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Opinión Consultiva 24/2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017.

Expedientes judiciales

- Amparo indirecto 1072/2011, Decimotercer circuito, Juzgado Cuarto de Distrito.
- Amparo indirecto 1143/2011, Decimotercer circuito, Juzgado Segundo de Distrito.
- Amparo indirecto 24/2012, Decimotercer circuito, Juzgado Primero de Distrito.
- Amparo indirecto 738/2012, Decimotercer circuito, Juzgado Tercero de Distrito.