

EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN MÉXICO HACIA UN PAULATINO RECONOCIMIENTO EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

HOMOSEXUAL MARRIAGE IN MEXICO TOWARDS GRADUAL RECOGNITION IN FEDERAL STATES

Rogelio López SÁNCHEZ *
Luis Fernando Zepeda GARCÍA**

All are equal, but some are more equal than others
George Orwell, Animal Farm.

SUMARIO: Introducción; I. El libre desarrollo de la persona y el matrimonio homosexual; II. El reconocimiento del matrimonio homosexual en México en el incipiente federalismo mexicano; Conclusiones.

RESUMO: Este artigo analisa um dos desenvolvimentos mais recentes do federalismo em matéria de direitos humanos. Analisaremos uma das decisões sobre direitos homossexuais relacionadas com o matrimônio, como um direito deste grupo minoritário. Por este motivo, propomos uma interpretação *pro homine* baseada no princípio da igualdade e não discriminação dos homossexuais, relacionada com aquelas legislações locais que contêm o matrimônio heterossexual.

ABSTRACT: This paper deals some development in federalism about human rights. We analyze one of the most recent decisions about homosexual rights concerning marriage as a right of this minority group. Therefore, we propose a *pro homine interpretation* based on equal protection clause against discrimination of Homosexuals related those state civil acts expressing heterosexual marriage.

* Máster en Derechos Humanos con Especialidad en Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Profesor Titular de Derechos Fundamentales en la Facultad de Derecho y Criminología en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Becario del CONACyT y Exbecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contacto: rogelio.lopezsn@uanl.edu.mx, lo6sa.derecho@gmail.com

** Abogado Postulante, Egresado de la Maestría en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho Constitucional. Profesor Titular de Derecho Constitucional Local y Presidente de la Línea de Derecho Constitucional del Cuerpo Académico de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Contacto: fernando.zepeda@uabc.edu.mx

Artigo submetido em 15 de maio de 2013. Artigo aprovado em 20 de junho de 2013.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos, federalismo, homosexual, princípio da igualdade, discriminação

INTRODUCCIÓN

Comenzaremos afirmando que el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo deriva de un principio de derecho fundamental que debe ser protegido por el Estado mexicano, consistente en el libre desarrollo y dignidad de la persona humana, valores jurídicos supremos de ordenamiento jurídico. Es decir, el “reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.”¹

El objeto del presente estudio es llevar a cabo un análisis crítico en torno al derecho de contraer matrimonio de las parejas del mismo sexo, así como los consiguientes derechos que conlleva la protección de aquella institución. Centrándonos en el aspecto de fondo de la cuestión planteada, creemos que la problemática que subyace en aquellos Estados Federales donde no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo es una concepción formalista de los derechos y una interpretación legicentrista, letrista, gramatical, anticuada, caduca y trasnochada del concepto de familia, así como su concepción tradicional, y no procurando adecuar las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea y de sus grupos minoritarios.

En este sentido, creemos que la dignidad y el libre desarrollo de la persona humana deben ser los ejes rectores bajo los cuales se articulen estas decisiones fundamentales. Conforme a lo anterior, creemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha dado un paso fundamental al declarar como cláusula sospechosa el artículo del Código Civil del Estado de Oaxaca, por considerar que el matrimonio heterosexual por las autoridades administrativas, en relación con la solicitud de una pareja homosexual, vulneraba el principio de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual.

I. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONA Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

En el mundo jurídico continental europeo, la dignidad humana se ha concebido como una fórmula rígida e inamovible, producto de un conjunto de filosofías valorativas liberales ilustradas, que dotan al ser humano de cualidades intrínsecas naturales o racionales, a partir de las cuales adquieren ciertos derechos inalienables. La doctrina jurisprudencial alemana, fecunda en la creación de

¹ DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. Tesis: P. LXVI/2009; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 7.

precedentes judiciales sobre esa materia ha tenido una evolución asombrosa a los ojos de la justicia constitucional comparada. La creación de fórmulas específicas de no instrumentalización del ser humano en distintos ámbitos, ha permitido un cierto prestigio que ha sido inspirador para otros Tribunales en el mundo, incluso internacionales.

Esta construcción de la doctrina jurisprudencial germana, fue elaborándose a partir de las interpretaciones realizadas en mayor medida, de las ideas ilustradas kantianas sobre no instrumentalización de la persona humana y el carácter universal que tienen los derechos naturales², a través de la formulación de sus imperativos categóricos. De tal forma que para Kant, la racionalidad constituye uno de los fundamentos de los derechos y las instituciones jurídicas, basados en la propia libertad y autonomía de las personas. "... la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. De ahí la dignidad del hombre represente el principio legitimador de los derechos de la personalidad"³. De esta manera, la transformación de la cultura jurídica ocurrida con la Ilustración se dirigió hacia un sistema racional unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo⁴.

Desde su consagración por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn en 1948, la dignidad ha sido interpretada como valor y principio fundamental en el mundo jurídico continental europeo⁵, a partir de concepciones ya sean iusnaturalistas racionales o medievales⁶. Conforme a la tradición jurisprudencial alemana, la dignidad humana tiene dos vertientes: las que sí consideran que puede ser un derecho fundamental y los que piensan que únicamente es un principio del cual derivan el resto de los derechos del ordenamiento jurídico⁷. El *libre desarrollo a la personalidad* guarda íntima relación con la dignidad humana. Este principio ha servido de fundamento y soporte a otros derechos fundamentales⁸. Tal es el

² KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, (trad. de G. Lizárraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873, p. 44. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. de Manuel García Morente), El Cid Editor, Colección de Clásicos en español, Santa Fe, Argentina, 2003, pp. 75 y 79. KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, (trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra), Porrúa, México, 2003, p. 170.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, "El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos", en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo XIII, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 452; PÉREZ SÁNCHEZ, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J.J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Constitucional, Madrid, 2004, 658 pp.; DOTTI, Jorge E., "Observaciones sobre Kant y el liberalismo", en *Araucaria*, Universidad de Sevilla, Primer semestre, año/ vol. 6, número 013, Sevilla, España, 2005, pp. 4-12.

⁴ PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, "Derecho, sociedad y cultura", en Tomo II, Vol. I, *Historia de los Derechos Fundamentales: El contexto social y cultural de los derechos*. (Rasgos generales de evolución), op. cit., p. 117.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La dignidad de la persona como valor supremo" en *Estudios jurídico-constitucionales*, IJ, UNAM, México, 2003, pp. 3-38.

⁶ VON MÜNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional" (trad. de Jaime Nicolás Muñiz) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 5, Madrid, Mayo-Agosto 1982, pp. 9-34.

⁷ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 91.

⁸ DE ASÍS ROIG, Rafael, "El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social" en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.

caso de los difíciles conflictos que se presentan por ejemplo con los derechos a la libertad sexual de la mujer, la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, etc.). Cabe reiterar que este principio nos ayudará a dilucidar con mayor claridad la tesis acerca de que la interpretación y argumentación en materia de derechos fundamentales son necesarias e indispensables en el contexto de la sociedad moderna, ya que existen ciertos derechos que por la naturaleza y dinámica de los cambios sociales y tecnológicos no habían sido estipulados o consagrados por los textos constitucionales de manera expresa, esto sucede con los derechos a la imagen, al honor, a la intimidad y la protección de datos personales.

Tal es el caso del concepto de familia, y su posterior evolución, como lo ha consagrado la SCJN en recientes decisiones, adoptando una postura garantista y acorde a las nuevas realidades sociales que surgen en la nación mexicana. Advirtiendo lo siguiente: “... en respeto a la dignidad humana resulta 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, decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos o matrimonio), razón por la cual, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, lejos de contravenir los postulados fundamentales los refuerza, al igualar las uniones de las parejas, sean heterosexuales u homosexuales.”⁹

En materia de libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado distintas resoluciones relacionadas con los derechos de personas homosexuales y transexuales. En un principio, se había pronunciado sobre el concepto de matrimonio tradicional como fundamento de la familia¹⁰, posteriormente, en el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, el Tribunal reconoció jurídicamente la necesidad de proteger los derechos de los transexuales. En especial resultó de gran relevancia el pronunciamiento relacionado con la noción de autonomía de la persona así como a establecer su identidad como un ser humano¹¹.

En contra del Consejo Constitucional Francés existe una resolución reciente, se trató del caso de E.B. contra Francia, resuelto por el TEDH, en donde la solicitante alegó que en cada una de las etapas para la autorización de adoptar, tuvo un trato discriminatorio basado en su orientación sexual y que esto mismo había interferido en su derecho al respeto de su vida privada. De acuerdo con la

⁹ 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; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 877.

¹⁰ *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, párr. 76.

¹¹ *Christine Goodwin c. Reino Unido*, párr. 90.

fase judicial, la decisión fue basada en dos motivos: ausencia de la referencia paternal y la ambivalencia del compromiso de cada uno de los miembros del hogar. Después de examinar la solicitud se demostró que el estilo de vida de la solicitante no proporcionaba las garantías necesarias para adoptar a un menor, pero la negación del presidente del consejo hacia dicha autorización en base a la posición del principio con respecto a su estilo de vida al cual podríamos llamar su homosexualidad. Por este motivo, se determinó finalmente que la demandada había sufrido una diferencia de trato discriminatoria que carecía de una justificación objetiva y razonable.

Siguiendo esta línea argumentativa, el juez mexicano ha decidido darle la importancia debida al derecho de familia. La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos aprobada el 8 de marzo de 2011 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del mismo año, marcó un hito importante en la consagración y reivindicación de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Esta reforma, es quizá una de las más ambiciosas desde la misma Constitución de 1917 y anteriores. En ésta se contempla poner al día a la CPEUM en materia de principios interpretativos de los derechos humanos. Lo cual implicará, sin duda alguna, un reto bastante significativo para todos los jueces, e incluso cualquier autoridad (jurisdiccional). Permite la apertura del derecho internacional a las cuestiones de derecho interno. En esta medida, los Tratados Internacionales que amplíen derechos fundamentales deben formar parte del derecho interno, acorde a una interpretación sistemática de los numerales 1 y 133 de la Constitución Federal.

Así, tenemos que la protección de la familia se encuentra consagrada de manera expresa en la mayor parte de los Tratados Internacionales que ha firmado el Estado Mexicano. Al respecto, el artículo 17, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene lo siguiente.

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.

...”

La Declaración Universal de Derechos Humanos, sostiene en su artículo 16, lo siguiente.

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho,

sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

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 tienen edad para ello.

Acorde con lo anterior, podemos concluir que la protección de la institución de la familia, a través de la garantía de contraer matrimonio constituye un derecho humano, por medio del cual tiene realización en una de sus manifestaciones, la dignidad y el libre desarrollo de la persona humana. Asimismo, forma parte de un consenso regional dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual debe ser respetado y protegido por el Estado mexicano, toda vez que el mismo se ha comprometido a raíz de la reforma constitucional más reciente, al otorgar apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN MÉXICO EN EL INCIPIENTE FEDERALISMO MEXICANO

El máximo reto de la Constitución General dentro del Estado Federal, es aportar las bases para que una serie de pequeñas soberanías logren una verdadera integración. Aunque la naturaleza del Federalismo tiende a la *descentralización progresiva*¹², distribución de competencias y capacidad de autodeterminación de las entidades federativas, siempre debe procurar la integración de sociedades plurales de acuerdo al pacto federal celebrado, es aquí donde radica el éxito o el fracaso de un estado que pregone esta forma de gobierno.

En un federalismo formal y material¹³, las entidades federativas siempre tendrán capacidad de autodeterminación, respecto de las competencias que la

¹²Aguilera Portales, Rafael Enrique. *Teoría política del Estado Constitucional*, Porrúa, S.A. de C.V., México, 2011. p. 245.

¹³Cfr. Pegoraro, Lucio. "Federalismo, Regionalismo, Descentralización: Una Aproximación Semántica a las Definiciones Constitucionales y Doctrinales." En *Ensayos Sobre Justicia Constitucional, La Descentralización y Las Libertades.*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006. p.p. 233-268.

Constitución General les ha conferido, en el caso de nuestro país, los estados son libres y soberanos, en todo lo que concierne a su régimen interior,¹⁴ pero también es claro que siempre el límite de la autonomía de los estados básicamente se restringe a no contravenir el pacto federal. Mucho se ha discutido si México es un verdadero federalismo, si nació y opero esta forma de gobierno. En 1830, Alexis Tocqueville, cuestionaba que el estado mexicano funcionara con un verdadero federalismo:

.. los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federal, tomaron por modelo y copiaron casi enteramente la Constitución federal de los angloamericanos, sus vecinos. Pero al trasladar a su patria la letra de la ley, no pudieron transportar al mismo tiempo el espíritu que la vivifica.¹⁵

Sin duda, las peculiaridades del federalismo mexicano, hacen que se tengan que tomar en cuenta las cuestiones político-sociales que le dieron origen como forma de gobierno del estado mexicano, sin embargo *la realidad de cada Estado federal es muy dispar*¹⁶ y se encuentra en permanente evolución. La historia de México es caótica durante el siglo XIX, ésta trajo consigo inestabilidad política y mayor independencia, sin embargo, los autoritarismos fue la característica más común de la forma del gobierno del estado mexicano¹⁷. La característica del Estado mexicano ha sido el acompañamiento de *nuestro federalismo formal*¹⁸ a un *centralismo material*.

La actividad de los entes locales que empezaron a utilizar las facultades de autodeterminación de su régimen interno, tocando inclusive fibras sociales sensibles, ya que se introdujeron al debate jurídico, temas sensibles, como lo son la despenalización del aborto¹⁹ y matrimonios entre personas del mismo sexo. Esto es un ejemplo claro del auténtico federalismo judicial, ejercido a través de las Entidades Federativas. Si bien, se trata de reformas a los ordenamientos jurídicos locales, es importante advertir que nos encontramos ante un fenómeno denominado

¹⁴ Artículo 40 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos aporta las bases para la autodeterminación de las entidades federativas, del 42 al 114, básicamente se establecen las bases de organización, facultades y forma de funcionamiento de los poderes Federales y de los numerales 115 al 122, primeramente se establecen las atribuciones constitucionales a los municipios que se delegan a los municipios y posteriormente las prohibiciones, facultades y forma de organización de las entidades federativas.

¹⁵ Tocqueville, A. En Ballbé, Manuel, and Roser Martínez. *Soberanía Dual y Constitución Integradora, La Reciente Doctrina Federal de La Corte Suprema Norteamericana*. Primera. Ariel Derecho, España, 2003. p. 21.

¹⁶ Segado Fernández, Francisco. Reflexiones Críticas en Torno al Federalismo en América Latina. *op cit.* nota. 4, p. 106.

¹⁷ García Ricci, Diego. "La soberanía estatal, la Constitución local y la justicia constitucional en los estados de la República Mexicana." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Enero-Junio 2006. p.131.

¹⁸ Estrada Michel, Rafael. Orden Constitucional y Sistema Federal. En Cienfuegos Salgado, David, Coordinador, Universidad Autónoma de Coahuila, Comisión de Fiscalización Electoral, México, 2008. p.156.

¹⁹ Pleno: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su Acumulada 147/2007, discutidas el 28 de agosto de 2008, Promoventes: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos y Procuraduría General De La República, Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

constitucionalización del ordenamiento jurídico. Es decir, el anticuado y formal concepto donde las relaciones de derecho constitucional eran dedicadas exclusivamente a los textos formalmente como tales, se encuentra agotada. Hoy en día, la mayor parte de los ordenamientos (Códigos, Leyes, Reglamentos) guardan una relación intrínseca con la Constitución y sus principios fundamentales.

Dentro de un federalismo las entidades federativas vienen siendo laboratorios jurídicos que pueden darse el lujo de innovar, para dar cobertura a las necesidades que la población va generando, esto puesto el ciudadano siempre contara con las protecciones mínimas que le otorga la Constitución general.²⁰ Si contamos con entidades federativas activas constantemente se está revolucionando el ordenamiento jurídico y exportan una producción jurídica, a otras entidades o que incluso en algunos casos termina siendo adoptada por la federación como conjunto.

Como parte de este reclamo de autonomía, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal empieza a intentar regular la situación de las parejas del mismo sexo, con la creación de las Sociedades de Convivencia²¹ y posteriormente, en el año dos mil nueve, se incorpora la figura del matrimonio de personas entre el mismo sexo, situación sumamente cuestionada, llegando a nuestro máximo tribunal en el que se declaró la constitucionalidad de la figura²², primeramente por que la asamblea legislativa tenía facultades para realizar las modificaciones denunciadas, argumentando fundamentalmente, la potencialización y maximización del derecho a formar una familia, así como la evolución de esta institución a lo largo de décadas.

Ahora bien, desde el momento que son reconocidos como matrimonio, institución que por siglos se ha plasmado como la institución rectora de la familia por excelencia, de ahí que las personas del mismo sexo puedan acceder de manera natural a conformar una familia, teniendo opciones, como la inseminación artificial, in vitro o cualquier otra tecnología reproductiva en el supuesto de las personas del sexo femenino que les permita salir embarazadas, el caso del sexo masculino es un poco más complejo, ya que por obvias razones nunca podrán procrear un bebe de manera directa, así estas personas básicamente pueden aspirar a la adopción. Tema que ha traído bastante polémica dentro de la sociedad general mexicana.

Analicemos el comportamiento de los ordenamientos locales dentro de un federalismo, como se mencionó la capacidad de autodeterminación solamente tiene como restricción el no contravenir el pacto federal, por lo que; de manera genérica, una entidad federativa no puede obligar a otra a modificar su legislación

²⁰Althouse, Ann. "Howtobuil a separatesphere: Federal Courts and Statepower." *HarvardLawReview* 100, No. 4 (1987): 1485–1538.

²¹Publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

²²Pleno: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, discutida el 5 de Agosto de 2008, Promoviente: Procurador General de la República contra actos de la Asamblea Legislativa y del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, demandando la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 29 de diciembre de 2009, Ponente: Sergio A. Valls Hernández.

con el objeto de que se incluyan actividades no deseadas, por la sociedad de la entidad federativa que se trate, pero ¿Que ocurre con las figuras jurídicas creadas en una entidad federativa y que se tengan que exportar al resto de las entidades federativas ?, entendiendo por exportación y situándonos específicamente al matrimonio de personas del mismo sexo, a aquellas parejas de esa condición que contraen el vínculo nupcial en el Distrito Federal y emigran a otra parte del país.

Es decir, si es jurídicamente correcto obligar a implementar dicha figura, a las entidades federativas que no reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo como mínimo, con el objeto de honrar el pacto federal se deben de respetar los efectos de ese matrimonio, en el resto de las entidades federativas. De esta manera, la SCJN ha señalado que a pesar de la existencia del federalismo y de que las Entidades Federativas son libres y soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior, al tener la capacidad de gozar de legislar sobre la institución civil del matrimonio, también lo es, que el numeral 121, fracción IV, de la Carta Magna contiene una regla: la obligación para los Estados de reconocer los actos civiles celebrados en otros, aun cuando no guarde correspondencia con su propia legislación. Concluyendo lo siguiente: “es el propio artículo que “[...] en aras de salvaguardar el federalismo y la seguridad jurídica de los gobernados, prevé el deber constitucional para los demás Estados de otorgar dicho reconocimiento.”²³

Ahora bien, tratándose de Derechos Fundamentales y la importancia e irrenunciabilidad de los mismos, analizaremos si deben de romper las reglas del pacto federal de respeto a la autodeterminación en su régimen interior, y si se puede obligar judicialmente a una entidad federativa, a que admita la celebración de un matrimonio de personas del mismo sexo, no obstante que en su Código no lo tenga contemplado. En tal sentido, la cuestión fundamental a dilucidar es si, los Códigos Civiles que contienen la institución del matrimonio heterosexual, contienen una medida potencialmente discriminatoria para aquellas parejas homosexuales que desean contraer matrimonio y los derechos inherentes a esta institución.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN ha analizado la concesión del matrimonio homosexual por un Juez Segundo de Distrito en el Estado de Oaxaca, llevando a cabo un análisis, en base a metodología comparada del derecho norteamericano, con fundamento en el análisis de la figura normativa del matrimonio heterosexual contenido en el Código Civil de aquella Entidad en razón de la violación del principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo primero, último párrafo. La razón es bastante sencilla, aunque con efectos bastante complejos para los amantes del legalismo a ultranza de la correcta técnica del juicio de amparo, ya

²³ 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; [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 875. Criterio reiterado en las Controversias Constitucionales 13/2010 y 14/2010, resueltas por la SCJN.

que implica un ejercicio de interpretación conforme de la norma en cuestión y una ampliación del concepto de “mujer y hombre”, por el de “persona”.

En esencia, se trata que la figura del matrimonio contenida en el artículo 143 del Estado de Oaxaca que señala que el matrimonio “es un contrato celebrado entre un solo hombre y una sola mujer” resulta excluyente de las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio. Es decir, acorde a la teoría y dogmática de los derechos fundamentales moderna, nos encontramos ante una exclusión tácita de una categoría de personas de un determinado régimen jurídico, como lo son las personas del mismo sexo, toda vez que esta exclusión se basa en una distinción realizada en sus preferencias sexuales.²⁴ Es decir, una violación al principio de igualdad, lo que amerita llevar a cabo un test de escrutinio estricto o de mayor intensidad, toda vez que se trata de una norma que contiene una cláusula sospechosa y discriminatoria por razón de preferencia sexual.²⁵

Al respecto, es importante mencionar la aplicación del test de proporcionalidad y razonabilidad de la medida impugnada. En primer término, determinar si la norma del Código Civil del Estado de Oaxaca, persigue una

²⁴ Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día cinco de diciembre de dos mil doce, p. 41.

²⁵ IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 440 Tesis: 2a. LXXXIV/2008 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Página: 439, Tesis: 2a. LXXXV/2008, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.” [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009 Página: 1255, Tesis: P./J. 120/2009 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXII, Septiembre de 2010 Página: 185, Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS.” [Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXII, Septiembre de 2010, Página: 183, Tesis: 1a. CIV/2010 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.” [Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 427, Tesis: 2a./J. 42/2010 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional]; “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)”. [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 873, Tesis: P. XXIV/2011. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional] “CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO.” [Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Agosto de 2011 Página: 24, Tesis: P. VII/2011. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional]; “ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.” [Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIV, Agosto de 2011 Página: 5, Tesis: P./J. 28/2011, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional].

finalidad u objetivo constitucionalmente admisible. Y buscar, en la medida de lo posible, la medida menos gravosa en razón del principio o derecho fundamental que se pretende proteger. En tal sentido, la protección de la familia, está incluida en el artículo 4 de la Carta Federal mexicana, así como en los diversos instrumentos de derecho internacional, tales como el numeral 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora bien, para llevar a cabo una correcta ponderación de la medida enjuiciada y tildada de sospechosa (artículo 143 del Código Civil de Oaxaca), debe procederse a determinar en concreto quienes son las personas que se encuentran comprendidas en la categoría utilizada, así como el mandato de la protección de la familia.

La SCJN ha reconocido en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la existencia de diversos tipos de familia, cuya finalidad principal no significa necesariamente la procreación, incluso en matrimonios heterosexuales.²⁶ En este sentido, el artículo 143 del citado ordenamiento, resulta no idóneo para cumplir con la finalidad de la protección de la familia como realidad social, debido a que la norma impugnada “pretende vincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial de procreación”²⁷ Al respecto, la SCJN determinó que, en la actualidad “la institución matrimonial se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.” Cabe señalar que esta interpretación retoma aspectos sociológicos y evolutivos de una institución y actualiza la protección de la familia, consagrada en distintos instrumentos internacionales como en la propia Constitución Federal. Es decir, toma en cuenta las desventajas históricas que ha sufrido este grupo minoritario en la vida pública, así como los perjuicios materiales que podrían sufrir como consecuencia de un no reconocimiento de su unión, tales como los beneficios fiscales, de solidaridad, por causa de muerte de uno de los cónyuges, de propiedad, de la toma subrogada de decisiones médicas, así como migratorios, laborales, los gastos médicos, así como de seguridad social. Cabe advertir que, la SCJN sostuvo en esta decisión que consagrar una figura similar a la del matrimonio, pero dirigida exclusivamente a las parejas homosexuales, sería tanto como defender la doctrina de la Corte Suprema Norteamericana de “separados pero iguales”, que sostuvo durante el periodo de la segregación racial, durante los años cincuenta. Ahora bien, el hecho de que los Congresos Locales se encuentren en absoluta libertad de configuración legal para consagrar de manera expresa las figuras jurídicas, también lo es que estas libertades encuentran sus límites en los derechos fundamentales, concernientes al principio de igualdad y no discriminación por razón de preferencia sexual. Motivo por el cual, la máxima institución judicial del país decidió ordenar

²⁶ MATRIMONIO. LA “POTENCIALIDAD” DE LA REPRODUCCIÓN NO ES UNA FINALIDAD ESENCIAL DE AQUELLA INSTITUCIÓN. Tesis: P. XXII/2011; [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 879

²⁷ Amparo en revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012). Cit., p. 53.

a las autoridades administrativas una interpretación conforme de las normas impugnadas, para entender sobre la expresión “un solo hombre y una sola mujer”, que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”.

CONCLUSIONES

La resolución aquí analizada permite y da protección a la institución de la familia, a través de la institución del matrimonio a las parejas homosexuales. La resolución nos parece acorde a las nuevas necesidades y realidades sociales, ya que no se agota en el simple análisis legalista y formalista, donde la mera letra de la ley dejaría sin materia el asunto en cuestión, sino que acude a distintos planos de análisis, sociológicos, filosóficos, políticos y jurídicos, para integrar una visión real de la gran problemática que representa el no tutelar la unión familiar. Es precisamente ese estatus jurídico, es decir, ese reconocimiento social lo que brinda a una persona el pleno reconocimiento de su dignidad como persona y de su libre desarrollo a la personalidad.

Defensores a ultranza de la institución clásica del matrimonio reducida a aspectos netamente reproductivos, han afirmado que esta decisión debe dejarse al ámbito de las mayorías. Pero quizá la pregunta más controversial de todas sería: ¿deberíamos de someter este tipo de decisiones a las mayorías? ¿y si las mayorías en un intento frenético por conservar el status quo de las parejas heterosexuales se negaran (incluso a través de un referéndum) a reconocer la calidad de matrimonio a las uniones homosexuales? ¿obligaríamos a las minorías a respetar dicha decisión “democrática” y a conservar sus uniones a través de figuras similares que no protegen a su familia de la misma forma que las uniones heterosexuales? ¿podría un juez en un intento por proteger eficientemente la dignidad humana, el libre desarrollo de la persona, y la igualdad, reconocer un derecho que no se encuentra a primera vista consagrado? ¿sería legítima dicha decisión en contravención al principio democrático? La SCJN en su calidad de Tribunal Constitucional ha contestado afirmativamente a dicha cuestión, resta a los demás Estados Federales seguir este camino de efectiva y plena consagración de derechos fundamentales.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en VV. AA. Manual de Derecho Constitucional (Presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio López Piña), Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 2006.

DE ASÍS ROIG, Rafael, “El artículo 10.1 de la Constitución Española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social” en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. et. al. (coords.), Comentario a la Constitución socio-económica española, Comares, Granada, 2002, pp. 153-175.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo” en Estudios jurídico-constitucionales, IIJ, UNAM, México, 2003, pp. 3-38.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, Dignidad de la persona y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid, 2005.

VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional” (trad. de Jaime Nicolás Muñiz) en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2. Núm. 5, Madrid, Mayo-Agosto 1982, pp. 9-34.

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sheffield y Horsham c. Reino Unido.
- Christine Goodwin c. Reino Unido.
- Schalk and Kopf c. Austria, 24 de junio de 2010.

Sentencia del Consejo Constitucional Francés

- No. 2010-92 Cuestión Prioritaria de Inconstitucionalidad, 28 de enero de 2011.