

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE EXCLUYEN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DE PERSONAS DERECHOHABIENTES DEL ISSSTE*

UNCONSTITUTIONALITY OF THE RULES THAT EXCLUDE FROM THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY SAME-SEX COUPLES OF PEOPLE ENTITLED TO ISSSTE

MARIO SANTIAGO JUÁREZ**

RESUMEN: En esta breve reseña se estudia la sentencia recaída al juicio de amparo en revisión 710/2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 30 de noviembre de 2016. En su sentencia, la Corte realiza un estudio de constitucionalidad de diferentes artículos de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) que parecen excluir del derecho a la seguridad social a las parejas del mismo sexo de las personas trabajadoras afiliadas a dicho Instituto.

PALABRAS CLAVE: *Matrimonio; parejas del mismo sexo; derechos sexuales; discriminación por orientación sexual; criterios sospechosos; ISSSTE.*

ABSTRACT: This brief review studies the judgment resolved by the Mexican Supreme Court of Justice in the trial of amparo 710/2016, on November 30, 2016. In its ruling, the Court carries out a study of the constitutionality of different articles of the Law of the Institute of Security and Social Services of State Workers (ISSSTE), which seem to exclude from the right to social security the same-sex couples of the workers affiliated to the ISSSTE.


KEYWORDS: *Marriage; same-sex couples; sexual rights; discrimination based on sexual orientation; suspicious criteria; ISSSTE.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. Análisis del fondo. 1. Principio de igualdad y no discriminación. 2. Derecho a la seguridad social. 3. Derecho a la familia y al matrimonio entre las personas del mismo sexo. IV. Los efectos de la sentencia. V. Conclusiones. VI. Referencias.

* SCJN (Segunda Sala). Amparo en revisión 710/2016. Fallado el 30 de noviembre de 2016.

** Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

I. INTRODUCCIÓN

l reconocimiento en México de los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido paulatino y geográficamente limitado. Este fenómeno no ha sido exclusivo de México, pues en el resto del continente americano la suerte ha sido similar.¹ Incluso en los países de la Unión Europea los cambios han sido graduales y heterogéneos.²

En México, en diciembre de 2009, a través de reformas a la legislación civil del entonces Distrito Federal, se reconoce por primera vez en territorio nacional el matrimonio entre personas del mismo sexo. El matrimonio es desde entonces en la capital del país:

La unión libre entre dos personas, sin distinción de sexo, para realizar la comunidad de vida, 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.³

Se publica también el artículo 391 del Código Civil en el que establece los requisitos que deben cumplir los cónyuges o concubinos para adoptar.⁴ Los cambios,

¹ En Estados Unidos de Norteamérica la transformación ha sido generada por decisiones judiciales. La primera decisión en este sentido fue emitida por la Corte Suprema del Estado de Massachussets el 18 de noviembre de 2003 en la sentencia *Goodridge vs. Department of Public Health*. 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). La Corte declara que la norma que prohibía el matrimonio era inconstitucional. Sobre este caso véase Bonauto, Mary L., “Goodridge in context”, *Harvard Civil-Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 40, pp. 1-70. Para un estudio de la situación comparada de algunos países latinoamericanos véase Gallego Montes, Gabriel y Vasco, José Fernando, “El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, Argentina, Uruguay y el Distrito Federal en México” *Revista Latinoamericana de Estudio de Familia*, vol.2, enero diciembre, 2010, pp. 176-194. Sobre el desarrollo jurisprudencial sobre este tema en Colombia véase Londoño Jaramillo, Mabel, “Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana,” *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 22, pp. 45-64.

² En Europa el derrotero de cada país ha sido *sui generis*. Mientras que en Holanda la legislación reconoce el derecho a contraer matrimonio a partir del año 2000 en el que se aprueba la Ley de Acceso al Matrimonio, la legislación de Croacia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania y Polonia aún no reconocen este derecho. Sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa véase Martín Sánchez, María, “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio Comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, pp. 219-253.

³ Artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.

⁴ En realidad, este artículo no sufrió ninguna modificación, fue publicado de nueva cuenta por una pifia; sin embargo, su publicación posibilitó que fuese impugnado por el Procurador General de la

como era de esperar, no se han dado sin resistencia. La reacción vino del Procurador General de la República, que presenta una acción de inconstitucionalidad,⁵ por considerar que las reformas legales eran contrarias al texto constitucional. La decisión de la Corte implicó el reconocimiento de la constitucionalidad de las normas denunciadas. Esta batalla, finalmente ganada por el legislador local, dejaba claro que el reconocimiento de los derechos a nivel nacional sería sinuoso. No obstante, impugnaciones posteriores a los códigos civiles estatales resueltas por la Corte⁶ fueron allanando el terreno para que finalmente este alto tribunal decidiera que, en términos generales, las normas estatales que excluyen del derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo son inconstitucionales:

El matrimonio comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, las normas civiles que impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no solo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.⁷

República, en el mismo documento a través de una acción de inconstitucionalidad. Acción de inconstitucionalidad 2/2010, del 10 de agosto de 2010, donde denuncia la supuesta inconstitucionalidad de la reforma del artículo 146 ya señalado.

⁵ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, del 10 de agosto de 2010, p. 83.

⁶ Véase por ejemplo el caso de Oaxaca, resuelto por la SCJN (Primera Sala). Amparo en Revisión 581/2012. El caso tiene origen en la negativa a la solicitud para contraer matrimonio a una pareja de mujeres, a través de un oficio firmado por el Primer Oficial del Registro Civil del estado de Oaxaca, con fundamento en el artículo 143 del Código Civil del Estado, que señala: “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.” Se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie”, al considerar que viola el principio de igualdad ya contempla un trato diferenciado para parejas de hombres o de mujeres, respecto de las parejas heterosexuales. Véase Carbonell, Miguel, “Sentencia de la SCJN sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Oaxaca”. Disponible en:

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Sentencia_de_la_SCJN_sobre_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Oaxaca.shtml Se accedió a la página el 4 de octubre de 2017.

⁷ Tesis: 1a./J. 86/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 187. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA

En las siguientes páginas realizaré un estudio del fondo de la sentencia del juicio de amparo en revisión 710/2016 resuelto por la Corte, y posteriormente un análisis de las consecuencias jurídicas del caso y sus efectos, hasta ahora relativos, en el reconocimiento de ciertos derechos relacionados con las uniones de personas del mismo sexo.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

El 9 de agosto de 2012 una servidora pública solicitó al ISSSTE la inscripción de su esposa como derechohabiente. El 17 de agosto del mismo año, el jefe de Servicio de Incorporación y Vigilancia de Derechos de la Subdirección de Afiliación y Vigilancia de Derechos del ISSSTE le comunicó a la solicitante que, en términos de lo previsto en la Ley del Instituto “no era jurídicamente posible atender las solicitudes de incorporación de matrimonios o concubinatos entre personas del mismo sexo, a menos que así lo ordenara una autoridad judicial o se modificara la referida norma; por ende, el registro solicitado fue negado.”⁸

Las afectadas por la decisión promovieron demanda de amparo indirecto ante el Juzgado en Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, por la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley del ISSSTE cuyos términos excluyen de los servicios de salud a las parejas del mismo sexo de las personas trabajadoras derechohabientes del ISSSTE. Los artículos aludidos son: 6, fracción II,⁹ inciso

POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN.

⁸ SCJN (Segunda Sala). Amparo en Revisión 710/2016. Sentencia del 30 de noviembre de 2017, foja 2.

⁹ Artículo 6o. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: a) El cónyuge, o a falta de este, el varón o la mujer con quien, la Trabajadora o la Pensionada con relación al primero, o el Trabajador o el Pensionado, con relación a la segunda, ha vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores o con quien tuviese uno o más hijos(as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el Trabajador o el Pensionado, tiene varias concubinas o concubinarios, según sea el caso, ninguno de estos dos últimos sujetos tendrá derecho a los seguros, prestaciones y servicios previstos en esta Ley.

a), 39,¹⁰ 40,¹¹ 41,¹² fracción I, 131¹³ y 135, fracciones I y II,¹⁴ así como la aplicación de dichas normas. Esto por violación de los derechos constitucionales siguientes: 1. El principio de no discriminación por razón de preferencia sexual, consagrado en el artículo 1o., párrafo quinto. 2. El derecho a la protección de la familia, artículo 4o., párrafo primero, y 3. A la seguridad social previsto en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d). Tras estudiar la inconstitucionalidad de las normas de la ley secundaria el juez otorgó el amparo para que las autoridades responsables:

[D]esincorporen de la esfera jurídica de las quejas, la restricción de género contenida en las normas impugnadas para obtener los servicios y beneficios de la seguridad social que prevén los dispositivos analizados para una pareja heterosexual y, consecuentemente, dejen sin efectos el acto de aplicación de las normas reclamadas.¹⁵

¹⁰ Artículo 39. La mujer Trabajadora, la pensionada, la cónyuge del Trabajador o del Pensionado o, en su caso, la concubina de uno u otro, y la hija del Trabajador o Pensionado, soltera, menor de dieciocho años que dependa económicamente de estos, según las condiciones del artículo siguiente, tendrán derecho a: ...

¹¹ Artículo 40. Para que la Trabajadora, Pensionada, cónyuge o hija menor de dieciocho años y soltera, o en su caso, la concubina, tengan derecho a las prestaciones que establece el artículo previo, será necesario que, durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes sus derechos o los del Trabajador o Pensionado del que se deriven estas prestaciones.

¹² Artículo 41. También tendrán derecho a los servicios del seguro de salud en caso de enfermedad, los Familiares Derechohabientes del Trabajador o del Pensionado que en seguida se enumeran: I. El cónyuge, o a falta de este, el varón o la mujer con quien, la Trabajadora o la Pensionada con relación al primero, o el Trabajador o el Pensionado, con relación a la segunda, ha vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con quien tuviese uno o más hijos(as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el Trabajador o Pensionado tiene varias concubinas o concubinarios, según sea el caso, ninguno de estos dos últimos sujetos tendrá derecho a recibir la prestación.

¹³ Artículo 131. El orden para gozar de las Pensiones a que se refiere este artículo por los Familiares Derechohabientes será el siguiente: I. El cónyuge supérstite solo si no hay hijos o en concurrencia con estos si los hay y son menores de dieciocho años o que no sean menores de dieciocho años pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta veinticinco años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo.

¹⁴ Artículo 135. Los derechos a percibir Pensión se pierden para los Familiares Derechohabientes del Trabajador o Pensionado por alguna de las siguientes causas: I. Llegar a cumplir dieciocho años de edad los hijos e hijas del Trabajador o Pensionado, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, siempre que no estén incapacitados legalmente o imposibilitados físicamente para trabajar; II. Porque la mujer o el varón Pensionado contraigan nupcias o llegasen a vivir en concubinato. Al contraer matrimonio la viuda, viudo, concubina o concubinario, recibirán como única y última prestación el importe de seis meses de la Pensión que venían disfrutando.

¹⁵ SCJN (Segunda Sala). Amparo en revisión 710/2016, párrafo 8.

El 31 de diciembre de dos mil catorce, el presidente de la República, por conducto de su autorizado, interpuso recurso de revisión en contra del fallo, por considerar que:

[L]os preceptos reclamados no son discriminatorios dado que utilizan términos neutrales y genéricos como lo es “cónyuge”, por lo cual no hacen distinción o exclusión alguna, con lo cual se reconocen y respetan las diferentes clases de matrimonio y, por tanto, el principio de no discriminación establecido en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Federal.

Para presidencia, al desincorporar las normas reclamadas de la esfera jurídica, “las quejas no podrán acceder a la seguridad social.” En todo caso, formula en sus alegatos, fue indebido otorgar el amparo porque, en su caso, “los vicios son de legalidad contenidos en el acto concreto por el cual la autoridad administrativa negó a las quejas el registro e inscripción solicitados.”¹⁶ El Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito admitió el recurso de revisión; sin embargo, el 19 de mayo de 2016 concluyó que carecía de competencia para analizar el tema y dejó a salvo la jurisdicción originaria de la SCJN.

III. ANÁLISIS DEL FONDO

Finalmente, tras el estudio de competencia y legitimación, la Segunda Sala de la Corte estudia el fondo de la revisión planteada por el presidente. La Corte divide su estudio en tres apartados, según el derecho supuestamente agraviado: a) principio de igualdad y no discriminación, b) derecho a la seguridad social, y c) derecho a la familia y al matrimonio entre las personas del mismo sexo. Analizaremos cada uno de estos apartados.

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la sentencia se realiza una interpretación del artículo primero constitucional para concluir que el principio de igualdad “permea a todo el ordenamiento jurídico, de tal suerte que cualquier trato discriminatorio hecho con base en una alguna ‘categoría sospechosa’ es incompatible con ese principio.”¹⁷ La igualdad, como principio

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 9.

¹⁷ Las denominadas “categorías sospechosas” han sido definidas como los factores constitucionalmente prohibidos de discriminación, como lo son las motivadas 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

constitucional, continúa la Corte, “constituye un límite a los poderes del Estado.” Este principio está vinculado con la prohibición de discriminación, exclusión o preferencia de una persona sobre otra, con base en elementos subjetivos cuyo uso resulte “discrecional e injustificado.”¹⁸

El legislador, recuerda la Corte, tiene “libertad configurativa” para crear el sistema jurídico.¹⁹ Sin embargo, esa potestad no es ilimitada, dado que el legislador debe atender a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos y, particularmente, al principio de igualdad y no discriminación.²⁰ Es por ello que los órganos que ejercen una función materialmente legislativa:

[E]stán obligados no solo a usar términos o fórmulas que aparenten neutralidad, sino que deben llevar a cabo un ejercicio reflexivo, consciente, informado y prudente que tenga como resultado la redacción de un texto normativo que, sin lugar a dudas o a interpretaciones, sea incluyente en su manifestación y proscriba cualquiera asomo de discriminación en su lectura y aplicación.²¹

La sentencia hace referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que obliga a México a respetar el derecho a la igualdad, así como a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que considera al principio de igualdad como *ius cogens*.²² Finalmente, la Corte concluye que “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 o preferencias sexuales.”²³

por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. jurisprudencia de rubro: Tesis: P./J.10/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 8. CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.

¹⁸ SCJN. Amparo en revisión 710/2016, párrafo 24.

¹⁹ Para la Corte, la libertad legislativa o libertad configurativa del legislador está siempre delimitada por los derechos humanos. Véase la tesis de jurisprudencia Tesis: 1a./J. 45/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 533. LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL.

²⁰ SCJN. (Segunda Sala). Amparo en revisión 710/2016. p. 17.

²¹ *Ibidem*, párrafo 29.

²² En este sentido cita la sentencia de la Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, párrafo 82.

²³ SCJN (Segunda Sala). Amparo en Revisión 710/2016, Sentencia del 30 de noviembre de 2017, párrafo 36.

2. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia reconoce, citando para ello el dictamen final de la solicitud de ejercicio de la facultad de investigación número 1/2009, que el derecho a la seguridad social es un derecho de tipo prestacional “que exige al Estado la realización de acciones positivas y progresivas hasta el máximo de los recursos posibles, por lo cual el legislador tiene amplia facultad para configurar los sistemas que estime adecuados para cumplir con ese derecho.”²⁴

El acceso a la seguridad social corresponde a los trabajadores de forma primigenia, y a sus familiares con las limitaciones y modalidades creadas por el legislador. En opinión de los ministros el texto constitucional reconoce el derecho a que los familiares de los trabajadores accedan a la asistencia médica, a medicamentos y demás servicios y prestaciones, en la forma y proporción que determine la ley, “por ende, la realización de actos jurídicos (como el matrimonio) o de hechos (como el concubinato) de los cuales deriva algún parentesco (reconocido normativamente), permiten acceder a ciertas personas distintas del trabajador a derechos de seguridad social.”²⁵ Y añade que:

como el derecho a la seguridad social busca fortalecer el derecho a la dignidad humana y debe garantizarse sin discriminación jurídica o de hecho, entonces la prestación de los servicios derivados de la seguridad social no debe condicionarse... [usando los criterios prohibidos por la Constitución], pues no solo se limitaría injustificadamente el acceso a esos derechos, sino que además se afecta el derecho a la dignidad humana, a causa de la interdependencia existente en los derechos humanos.²⁶

²⁴ *Ibidem*, párrafo 39. La Corte ha tenido la oportunidad de interpretar algunas de las obligaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social en el Amparo Directo en Revisión 2690/2014: “Según se puede apreciar, la protección del derecho a la seguridad social implica la adopción de un sistema con diferentes planes, en cuyo diseño los Estados gozan de un margen de configuración, para lograr que todos tengan acceso a las prestaciones de seguridad social en un nivel suficiente, mediante planes que deben ser sostenibles, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho”. SCJN (Segunda Sala). Amparo Directo en Revisión 2690/2014, del 17 de septiembre de 2014, p. 33.

²⁵ SCJN. (Segunda Sala). Amparo en Revisión 710/2016, párrafo 45.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 46.

3. DERECHO A LA FAMILIA Y AL MATRIMONIO ENTRE LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO

El derecho a la familia, recuerda la Corte, se encuentra protegido a través del artículo 4o. de la Constitución y por el artículo 17 de la Convención. Esta protección, señala la Corte:

[N]o protege únicamente a las familias formadas por la unión de un hombre y una mujer, sino también otras formas de familia, como lo son las formadas por personas del mismo sexo, o bien, las familias monoparentales o por cualquier otra forma que denote un vínculo similar, en aras de un reconocimiento de la vida actual y de la pluralidad existente.²⁷

La Constitución no protege a un tipo específico de familia, sino que “protege a la familia como realidad social y la forma en la que esta se integra.”²⁸ Con base en la interpretación de los derechos anteriores la Corte concluye que:

[L]os derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la no discriminación imponen al Estado y a sus autoridades el deber de realizar actos positivos que busquen el acceso a los derechos de la seguridad sin condicionar o restringir ese acceso a requisitos que impliquen alguna forma de discriminación.²⁹

La Corte emprende un estudio de las normas señaladas como inconstitucionales en el que advierte el uso de criterios neutrales como cónyuge. Sin embargo, el legislador usó también palabras integradas por una raíz (la cual es neutra) y un morfema flexivo (que incorpora género y el sexo a la palabra), pues utilizó vocablos (con excepción del relativo a “cónyuge”). Y concluye que “la utilización de morfemas reflexivos que incorporan el sexo a la raíz de las palabras usadas en la norma, conduce a concluir que la intención del legislador fue distinguir entre el sexo de los sujetos a quienes resulta aplicable la norma.”³⁰

Fue con base en el contenido de las normas que las autoridades del ISSSTE negaron a la quejosa la inscripción y registro de su cónyuge, al estimar que por tratarse de un matrimonio entre personas del mismo sexo, no se está en el supuesto previsto por el legislador (cónyuges de distinto sexo). Por lo tanto, “habiendo establecido que las normas impugnadas son discriminatorias, no es posible realizar una inter-

²⁷ *Ibidem*, párrafo 55.

²⁸ *Ibidem*, párrafo 59.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 74.

³⁰ *Ibidem*, párrafos 82 y ss.

pretación conforme de estas, pues dichas normas continuarían existiendo.”³¹ La discriminación no proviene de la interpretación de la norma, sino del contenido de la ley. Finalmente, la sentencia se pronuncia sobre los efectos de la desincorporación de la norma inconstitucional señalando que lejos de impedir “el acceso y disfrute de los derechos y beneficios de la seguridad social, permitirá a las quejas que, en lo sucesivo, no les sean negados.”³²

Tras concluir que los artículos de la ley del ISSSTE en efecto limitan derechos constitucionales (igualdad, seguridad social, y derecho a la familia y al matrimonio), no cabe otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad de dichos artículos. Esto resulta evidente si pensamos que la ley del ISSSTE se redactó antes de que la Corte considerara válidos los matrimonios entre personas del mismo sexo y declarara que los efectos jurídicos son los mismos que los de un matrimonio tradicional.³³

IV. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

La protección legal de las uniones entre personas del mismo sexo en determinadas entidades federativas y el papel protector de la Corte respecto a la discriminación legislativa motivada por la orientación sexual han permitido la paulatina, aunque inacabada, igualdad de los derechos de las personas del mismo sexo. Sin embargo, no todos los temas quedan saldados tras el reconocimiento de los derechos de las personas unidas en matrimonio. El problema de fondo es la falta de reformas legislativas destinadas a cumplir con el mandato de la Corte de respetar (en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales) los derechos de las parejas del mismo sexo. Esto se debe en parte a que el sistema *sui generis* de precedentes jurisprudenciales mexicano no obliga al legislador de forma inmediata a reformar la legislación ya declarada inconstitucional.³⁴ Es por ello que, pese a que las normas que excluyen a las parejas de personas trabajadoras derechohabientes del ISSSTE son inconstitucionales según la sentencia estudiada, estas siguen vigentes.

³¹ *Ibidem*, párrafos 103 y ss.

³² *Ibidem*, párrafos 121 y ss.

³³ Tesis: 1a./J. 46/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2015, p. 253. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO. 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.

³⁴ Para un estudio de la llamada cláusula Otero véase Elias Mussi, Edmundo y Silva Ramírez, Luciano, “La fórmula Otero y la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, UNAM, México, 2011, t. II.

Habrà que esperar a que la Corte establezca jurisprudencia por reiteraci3n (cinco sentencias en el mismo sentido) para que esta notifique al legislador con el objetivo de que reforme la ley. Si el Congreso de la Uni3n no resolviere el problema de inconstitucionalidad, la Corte, ejerciendo sus facultades constitucionales, està facultada para emitir “declaratoria general de inconstitucionalidad”, en la cual se fijaràn sus alcances y condiciones.

V. CONCLUSIONES

Desde el 2015, fecha en que la Corte declar3 que las normas que no reconocen los derechos de las parejas del mismo sexo son inconstitucionales, el Congreso debi3 haber emprendido reformas a la legislaci3n para hacerla coincidir con la decisi3n del alto tribunal.³⁵ En este tenor, es importante que se agilicen los mecanismos para que se reformen las normas de fuente nacional que se encuentren en contradicci3n con la Constituci3n federal y con los tratados de derechos humanos reconocidos por M3xico.

En atenci3n al principio de igualdad a todas las personas que est3n en el mismo supuesto que la persona que promovió el juicio de amparo aquÍ analizado, se les debe respetar el derecho a la seguridad social. Hacer extensivos los derechos reconocidos en la sentencia de la Corte es una obligaci3n del Estado mexicano.

VI. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Bonauto, Mary L., “Goodridge in context”, *Harvard Civil-Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 40.
- Elias Mussi, Edmundo y Silva Ram3rez, Luciano, “La f3rmula Otero y la declaraci3n general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo contra normas”, en Gonz3lez Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 a3os de la primera sentencia*, UNAM, M3xico, 2011, t. II.

³⁵ El 26 de junio de 2016 el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminaci3n emiti3 un comunicado en el que conmina al Congreso a armonizar la legislaci3n con los tratados internacionales de derechos humanos. Pronunciamiento 01/2016. Disponible en http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=boletin&id=887&id_opcion=&op=213

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE EXCLUYEN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD...
MARIO SANTIAGO JUÁREZ

Gallego Montes, Gabriel y Vasco, José Fernando, “El reconocimiento al derecho de unión entre personas del mismo sexo: el caso de Colombia, Argentina, Uruguay y el Distrito Federal en México”, *Revista Latinoamericana de Estudio de Familia*, vol. 2, enero-diciembre, 2010.

Londoño Jaramillo, Mabel, “Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 22.

Martín Sánchez, María, “Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio Comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.107.

ELECTRÓNICAS

Carbonell, Miguel, “Sentencia de la SCJN sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Oaxaca”. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Sentencia_de_la_SCJN_sobre_matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Oaxaca.shtml Se accedió a la página el 4 de octubre de 2017.

NORMATIVAS

Código Civil del Distrito Federal.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

JURISPRUDENCIALES

Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016.

Goodridge vs. Department of Public Health. 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

SCJN (Pleno). Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, del 10 de agosto de 2010.

SCJN (Primera Sala). Amparo en Revisión 581/2012.

SCJN (Segunda Sala). Amparo Directo en Revisión 2690/2014, del 17 de septiembre de 2014.

_____, Amparo en Revisión 710/2016. Sentencia del 30 de noviembre de 2017.

Tesis: 1a./J. 45/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2015, p. 533. LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR. ESTÁ LIMITADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN QUE OPERAN DE MANERA TRANSVERSAL.

_____, 1a./J. 46/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2015, p. 253. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO.

_____, 1a./J. 86/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 187. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN.

_____, P. /J. 10/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 8. CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.

