
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El problema analizado: la constitucionalidad de la reforma del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y, consecuentemente, la adopción de menores.* III. *La constitución protege la familia, pero no sólo un tipo de familia ideal, sino todos los tipos de familia.* IV. *La constitución no define el matrimonio, por lo que el legislador puede cambiar el concepto de matrimonio.* V. *El matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado conforme al Código Civil del Distrito Federal tendrá validez en los otros estados de la República.* VI. *El derecho de igualdad y no discriminación exigen dar a las uniones homosexuales el mismo tratamiento jurídico y social que tiene el matrimonio.* VII. *El derecho al libre desarrollo de la personalidad justifica que se respeten la preferencia sexual por personas del mismo sexo y las uniones de personas homosexuales, que nada tienen de nocivo que pueda perjudicar la crianza de niños.* VIII. *Conclusión.*

Resumen: Es un análisis de la Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia (dictada en sesión del 5 de octubre de 2010), que declaró que la reforma del Código Civil del Distrito Federal que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es conforme con la constitución mexicana. El análisis pretende destacar las principales argumentos que da la Corte para llegar a sus conclusiones, que en mi opinión pueden reducirse a estas: la constitución protege “la familia”, pero no un solo tipo de familia, sino todos los tipos de familia existentes; el concepto de matrimonio no es inmutable, y por lo tanto el legislador puede cambiarlo; el matrimonio celebrado en el Distrito Federal tendrá que ser respetado en todos los estados de la República; la reforma del matrimonio se justifica por razones de igualdad y no discriminación; el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica respetar la preferencia sexual. De cada uno de estos argumentos se hace una crítica. Concluye dando una opinión general sobre esta sentencia y sus efectos en los demás estados de la República.

Palabras Clave: Matrimonio Homosexual, Acción de Inconstitucionalidad del Matrimonio Homosexual, Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract: It is an analysis of the final judgment of the National (México) Supreme Court of Justice (issued in October 5th, 1010) that declares that the reform on the Federal District's Civil Code which admits the marriage between same sex persons is according with the Mexican constitution. This analysis highlights the main arguments that offers the Supreme Court in order to sustain its decision. This arguments are the following: the constitution protects the “family”, not only one type of family, but any family existing type; the concept of marriage is not an immutable one, so the legislator can change it; the same sex marriage celebrated in the Federal District should be respected in all the Republica's states; the reform on marriage is justified by reasons of equality and non discrimination; the free development of the own personality implies the respect of the sexual preferences. This is a criticism of each of this arguments. The conclusion is a general opinion

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

on the Supreme Court's sentence and its effect in the other states of the Mexican Republic.

Key Words: Gay Marriage, Action of Unconstitutional on Gay Marriage, Sentences of the Supreme Court of Justice.

I. INTRODUCCIÓN

En la sesión pública del Pleno de la Suprema Corte, transmitida por televisión, que tuvo lugar el día 16 de agosto de 2010, la mayoría de los ministros del Pleno (nueve de once) declaró su opinión de reconocer la validez constitucional de las reformas hechas a los artículos 146 y 391 del *Código Civil del Distrito Federal* con el objeto de autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de niños por parte de estos matrimonios. En sesión privada del 5 de octubre del mismo años, los ministros aprobaron la sentencia escrita, cuyo texto ya está disponible al público. El texto de la sentencia comprende (impresa en tipo arial # 12) 111 páginas, divididas en las tres partes ordinarias: «resultandos», «considerandos» y «puntos resolutivos». Se tuvo el cuidado, lo cual facilita y hace más precisa la cita del texto, de numerar los párrafos del texto (salvo los de los *puntos resolutivos*), que resultaron en total 341 párrafos numerados, de los cuales 181 corresponden a la parte de «resultandos» y 140 a la de «considerandos». Contiene además dos votos concurrentes de los ministros Zaldívar (12 pp.) y Aguilar (11 pp.) y tres votos particulares de los ministros Aguilar (9 pp.), Valls (43 pp.) y Aguirre Anguiano (69 pp.).

En otro trabajo analicé con cierto detenimiento los argumentos del actor y los argumentos que tenía el entonces proyecto de sentencia presentado por el ministro Valls, que fue finalmente aprobado como sentencia con algunas modificaciones. Ahí podrán verse, uno por uno, los argumentos que se dan respecto de las distintas objeciones planteadas en la demanda de inconstitucionalidad. En este trabajo haré un análisis diferente orientado a destacar las principales razones que da la Corte para llegar a sus conclusiones, que están en los «considerandos» quinto, sexto y séptimo (§§ 211-341). Iniciaré (§ 1) presentando el problema que se discutió, para luego individualizar las principales razones que da la Corte para justificar su decisión, que en mi opinión pueden reducirse a estas: la constitución protege “la familia”, pero no un solo tipo de familia, sino todos los tipos de familia existentes (§ 2); el concepto de matrimonio no es inmutable pues el legislador puede cambiarlo (§ 3); el matrimonio

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

celebrado en el Distrito Federal tendrá que ser respetado en todos los estados de la República (§ 4); la reforma del matrimonio se justifica por razones de igualdad y no discriminación (§ 5); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (§ 6).

Concluiré (§ 7) dando mi opinión sobre esta sentencia y sus efectos en los demás estados de la República.

II. EL PROBLEMA ANALIZADO: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL QUE ADMITE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y, CONSECUENTEMENTE, LA ADOPCIÓN DE MENORES

El texto anterior del artículo decía que el 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 responsable” El texto reformado dice que el matrimonio es “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.” Se advierte que el texto reformado introduce dos cambios fundamentales: uno es que ya no se requiere la diferencia sexual para contraer matrimonio, y el otro es que se excluye la procreación como elemento constitutivo del matrimonio.

Al admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, lógicamente que el artículo 391 del mismo código, que dice que “los cónyuges o concubinos podrán adoptar”, también se aplica a los cónyuges del mismo sexo que, consecuentemente pueden adoptar hijos con los mismos requisitos que los cónyuges de sexo diferente. El texto de este artículo no se modificó, pero como su sentido sí cambió por la reforma del artículo 146, la Corte afirmó (§ 209) que “el precepto en cuestión <el art. 391> es susceptible de ser impugnado en esta vía <por acción de inconstitucionalidad>, pese a no haber sufrido alteración alguna en su texto”.¹

¹En apoyo cita una tesis de jurisprudencia del Pleno (SJE, 9ª época, tomo XXIX, abril 2009, p. 1105).

La Corte llegó a la conclusión de reconocer “la validez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal”. Hubo nueve ministros que votaron a favor de esta decisión (Juan Silva Mesa –actual Presidente de la Corte–, José Ramón Cosío, Fernando Franco, Jesús Gudiño (q.e.p.d), Olga Sánchez Cordero, Margarita Luna, Sergio Valls –autor del proyecto–, Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar –los dos de recién ingreso–) y solo dos en contra (Sergio Salvador Aguirre y Guillermo Ortiz Mayagoitia).

Me parece que las razones que les llevaron a tal conclusión, extraídas de lo que dicen los considerandos, son las siguientes.

III. LA CONSTITUCIÓN PROTEGE LA FAMILIA, PERO NO SÓLO UN TIPO DE FAMILIA IDEAL, SINO TODOS LOS TIPOS DE FAMILIA

La Corte reconoce (§ 234) que el artículo 4º constitucional establece, en su párrafo primero, que la ley debe proteger “la familia”, en su “organización y desarrollo”, pero se cuestiona (§ 230) “si la Constitución fija una noción determinada de matrimonio y de familia”. Afirma (§ 234) que la constitución no se refiere ni se limita “a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre madre e hijos)”. En el siguiente párrafo (§ 235) prosigue esa afirmación diciendo que la constitución “no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye” mediante el matrimonio, pues como el texto hace referencia simplemente a “la familia”, sin más calificativos, “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 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”. Reitera (§ 237) que no se puede afirmar que la Constitución “proteja solo un único modelo de familia –ideal–” sino que protege a “la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya”.

Siguiendo con la perspectiva de que la familia es una “realidad social”, afirma (§ 238) “que la familia antes de ser un concepto jurídico es un concepto sociológico”, y en apoyo de esta opinión cita “las opiniones técnicas que... elaboraron diversas facultades o escuelas de la Universidad Nacional Autónoma de México”, de las que infiere la Corte (§ 238) que “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 en forma distinta en cada cultura”. Afirma luego que los nuevos fenómenos sociales han hecho que “la organización tradicional de la familia haya cambiado”.

Una vez que plantea que la familia es una realidad social cambiante, hace dos aseveraciones muy importantes para la ciencia jurídica. La primera es que el legislador “se encuentra compelido a atender esa realidad social”, y la segunda es que “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” (§ 240).

Reitera (§ 240) que la constitución “no alude a un modelo de familia ideal”, y que los “datos estadísticos confirman” que los cambios sociales han dado lugar “a diversas formas familiares”.

¿Qué valor demostrativo tienen esas afirmaciones? La cuestión fue planteada correctamente por la Corte: ¿contravienen las reformas el precepto constitucional de proteger la organización y desarrollo de la familia? Pero la Corte no acertó a decir qué es lo que la constitución mexicana entiende por “familia”, simplemente afirma que existen muchos tipos de familia y que la constitución los protege todos. ¿Es posible afirmar que existen tipos o formas de familia sin antes establecer qué es la familia? ¿Cómo se puede afirmar que una cosa es un “tipo” de algo que se ignora?

La constitución mexicana tiene varias disposiciones de las que se puede inferir qué es lo que entiende por familia. En primer lugar cabe destacar que el artículo 4º se refiere, en singular, a “la familia”, no a tipos o formas de familia. Además, para entender el significado de una palabra de la constitución, para entenderlo objetivamente, es necesario conocer el sentido que tenía en la

mente del autor de esa disposición, y esto está perfectamente claro en el proceso de reforma del artículo 4º constitucional que introdujo la obligación del legislador de proteger la organización y desarrollo de la familia. En el dictamen de la comisión de la cámara de diputados que propuso la aprobación de esta reforma se dice textualmente (*Diario de los debates de la Cámara de Diputados, XLIX Legislatura, México, año II, tomo II, noviembre 12 de 1974, p. 9*) que la “entidad familiar, cada vez en mayor medida, se compone por el padre, la madre y pocos hijos”. Este documento deja ver con toda caridad que para los autores del artículo 4º constitucional la familia se compone del padre, la madre y los hijos, de ahí se puede inferir que la constitución entiende por familia la comunidad formada por el padre, la madre y los hijos. La Corte, en su sentencia no cita este documento, lo cual es una omisión grave.

Además del párrafo citado del artículo 4º, la constitución habla de familia en los artículos: 2º-B-VIII que habla de la obligación de apoyar “a niños y jóvenes de familias migrantes”; 3º-II-c, que señala que un objetivo de la educación es fomentar el aprecio por la “integridad de la familia”; 4º párrafo quinto que dice que “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna”; 16 primer párrafo que dice que nadie puede ser molestado en “su familia”; 18 párrafo sexto, que señala que la readaptación de los delincuentes menores de doce años “tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente”; 27-XVII que dispone que “las leyes locales organizarán el patrimonio de familia”; 107-III-a, que exige de ciertos requisitos para pedir amparo contra sentencias “que afecten al orden y a la estabilidad de la familia”, y el artículo 123 en varias fracciones del apartado A y del apartado B: en la fracción A-VI dispone que el salario de los trabajadores debe ser suficiente “para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia” y para proveer “a la educación obligatoria de los hijos”; en la A-XXIV que dice que no se puede exigir el pago de las deudas contraídos por el trabajador a los “miembros de su familia”; la A-XXV que dice que en el servicio de colocación de empleos se dará preferencia al trabajador que sea “la única fuente de ingresos en su familia” y la A-XXVIII que

repite la obligación de legislar sobre el “patrimonio de familia”; en el Apartado B, la fracción B-VIII dice, respecto de los trabajadores del sector público, que en el escalafón “tendrá prioridad quien represente la única fuente de ingreso en su familia”, y la fracción B-XIII que dice que los gobiernos federal y locales procurarán fortalecer los sistemas de seguridad social para los policías, los agentes del ministerio público, los peritos y para “sus familias”.

La sentencia de la Corte tampoco cita ninguno de estos artículos constitucionales de los que se puede inferir qué es lo que la constitución entiende por familia. En todo caso, los artículos ponen de manifiesto que la familia, así en singular, es una realidad importante, que tiene que ver con la política migratoria (art. 2), con la educación pública (art. 3), con la política de vivienda (art. 4), con la garantías de legalidad (art. 16), con la política de readaptación social (art. 18), con la regulación de la propiedad (art. 27), con el juicio de amparo (art. 107) y con la organización del trabajo (art. 123).

En lugar de hacer una afirmación sobre la base de los artículos constitucionales que hablan de la familia, la sentencia de la Corte simplemente afirma (§ 235) que lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es “la familia como *realidad social* y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas”. Decir que la familia es una “realidad social” es decir casi nada: cualquier acto humano referido a otros es una realidad social, las costumbres, las instituciones, la ciencia, la cultura, etcétera también son realidades sociales; la corrupción administrativa, el fraude electoral, el robo y todos los delitos también son realidades sociales; una empresa, un partido político, una universidad, lo mismo que una banda criminal son así mismo realidades sociales. Por eso decir que la familia es una “realidad social” es insuficiente para explicar el contenido que tiene la palabra familia en la constitución.

Más adelante, la Corte parece precisar un poco su concepto de familia, cuando reitera que la constitución protege todo tipo de familias y añade (§ 235) que protege las “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” Aquí afirma que la familia requiere de alguna forma que “denote un vínculo”. ¿Qué es tal vínculo? Regularmente se habla del vínculo matrimonial, que es el conjunto de deberes y derechos que ligan a los esposos (varón y mujer) entre sí, pero en uniones de hecho, no hay tal vínculo y por eso se denominan “de hecho”; además el texto de la sentencia afirma que la familia se constituye con un padre o madre y los hijos (familia monoparental) y cabe preguntar entonces cuál es el “vínculo” que hay en estas comunidades, que no pueden ser otro que la relación de filiación o de paternidad, que es una relación o vínculo con derechos y deberes muy diferentes al vínculo conyugal. De aquí se puede concluir que lo que la Corte entiende por familia es una “realidad social”² en la cual existe un “vínculo”.

Como afirma que la constitución protege todo tipo de familia, y la familia es una “realidad social” con un “vínculo”, se puede concluir que, de acuerdo con esta interpretación de la Corte, la constitución protege otras «realidades sociales con vínculo», como lo sería cualquier relación social de amistad, de negocios, de sociedad, e incluso también podría concluirse que protege la banda criminal autodenominada “la familia” porque es una «realidad social con vínculo», un tipo o forma de «familia», máxime que la Corte dice (§ 312) que la constitución debe proteger “todos los tipos de familia, sin excepción alguna”.

En mi opinión, la deficiencia en el análisis jurídico de la Corte, parte de haber adoptado una postura «sociologista» (no propiamente sociológica, porque la Corte no hace análisis ni crítica de datos estadísticos) que le impidió profundizar sobre la cuestión principal, la de determinar qué es lo que la constitución entiende por familia. Afirma (§ 238) que la familia “antes que ser un concepto jurídico es un concepto sociológico”. ¿Qué es entonces la familia, una realidad social o un concepto sociológico? Luego parece volver al punto de partida cuando dice (mismo

²En el § 311 dice que la constitución protege a “la familia como tal, como realidad social” sin ninguna otra determinación conceptual.

párrafo) que la familia “lejos de ser una creación jurídica nace o se origina con las relaciones humanas”.

Conviene aclarar que todas las realidades físicas o sociales son susceptibles de conceptualizarse. Pero una cosa es la realidad material (aquello que se conoce) y otra el concepto o idea que representa mentalmente lo conocido. No tiene caso preguntarse aquí qué es primero, la realidad o el concepto, lo que es claro es que existen las cosas y existen (mentalmente) los conceptos. Existen relaciones entre los seres humanos, y existe el concepto de lo que es la relación entre humanos (conducta recíprocamente referida), existen grupos de seres humanos relacionados entre sí que se denominan familia y existe el concepto de familia. Negar la posibilidad de conceptualizar la realidad y afirmar que lo único que existe son las realidades fácticas es negar la razón y la ciencia.

Es evidente que hay discrepancias entre los conceptos y las realidades fácticas, porque los conceptos, por ser inmateriales, no tienen las limitaciones y carencias propias de las cosas. El concepto de un juez es el de una persona capacitada para decidir y declarar lo que es justo en los conflictos humanos, aunque de hecho los jueces muchas veces se equivocan o se tuercen y no aprueban lo que es justo; ¿acaso por esta deficiencia podrá decirse que el concepto es erróneo?, ¿no será más bien que el juez injusto se corrompe, es decir que actúa en detrimento de lo que es?, o ¿acaso se podrá decir que ese es un “tipo” de juez que merece el mismo trato que el juez justo?

Lo mismo hay que decir respecto de la familia. Para saber cuáles son los tipos de familia es necesario tener un concepto de lo que es la familia, y luego podrán conocerse diversos tipos, y distinguir entre los grupos humanos los que son verdaderamente tipos de familia, los que son tipos de otras categorías de grupos sociales, y los que son corrupciones del grupo familiar. No se puede admitir que un grupo de padres e hijos en el que los padres explotan a los hijos es un “tipo de familia” que merece ser protegido, cuando en realidad es una corrupción de la familia.

Es preocupante que la Corte afirme reiteradamente, y como una de sus principales afirmaciones que sostienen sus re-

soluciones, que no hay un “único modelo de familia” (§ 237) ni un “modelo de familia ideal” (§ 240), ni un “tipo de familia ideal” (§§ 309, 311). 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.

Evidentemente que la familia es materialmente un conjunto de personas relacionadas entre sí, pero no todo conjunto de personas relacionadas constituye una familia. Me parece que tampoco se pondría en duda que la familia es un conjunto en el que hay padres e hijos. Con este concepto de familia, todavía impreciso, se podrían excluir todo tipo de grupos humanos en que no se da esta unidad entre generaciones (padres e hijos). Para precisar el concepto sería necesario definir cuál es el fin que constituye la unidad del grupo familiar, de modo que la familia es un grupo de padres e hijos unidos por un fin peculiar.

¿Cuál es el fin propio del grupo familiar? Es el bien o perfeccionamiento integral de todos y cada uno de sus miembros, y especialmente de los hijos menores. Esto es algo que no está definido ni por la constitución ni por las leyes mexicanas, pero que lo saben y experimentan todas las personas que viven en familia. ¿Acaso se unen las personas en familias para perjudicarse unas a otras? Como el bien de las personas es el fin propio de la familia, el vínculo o relación característica de la vida familiar es el amor personal, es decir la disposición constante de procurarse el bien unos a otros, mediante servicios concretos.

Este fin propio de la familia se verá realizado siempre parcialmente, con más o menos perfección, con mayor o menor empeño y acierto de unos y otros, pero mientras se mantenga como intención efectiva de los miembros del grupo se puede decir que existe una familia. Sucede lo mismo con cualquier otro grupo humano: una empresa se constituye para prestar un servicio social, cobrar por ello y repartir utilidades entre sus miembros, pero hay muchas empresas que no tienen utilidades en un año o en varios, pero se mantienen como empresas mientras sigan con

la intención de realizar su objeto social y eventualmente repartir utilidades; ningún grupo humano realiza plenamente el fin u objeto para el cual fue constituido, pero no por eso deja de ser lo que es, partido, universidad, sindicato, mientras efectivamente aspire y actúa en el sentido de su objeto social.

Cuando se dice que la familia tiene como fin el bien integral de sus miembros no se está definiendo un “tipo de familia ideal”, se está afirmando lo que es la familia, aunque se sepa de antemano que, por la debilidad humana, no realizará plenamente su cometido. Cuando se afirma que la finalidad de un sindicato es proteger los intereses de los trabajadores tampoco se está definiendo “un modelo ideal de sindicato” sino afirmando el fin propio del mismo; o cuando se dice que la finalidad del Estado es el bien del pueblo o bien común, tampoco se define un “modelo ideal de Estado”, sino que señala cual es el fin propio de la actividad política y, como consecuencia, se tiene un criterio para distinguir la actividad política de la corrupción política.

La familia, como todo grupo humano, es una realidad social, un conjunto de personas, vinculadas entre sí en relación a un determinado fin, que, como ya se dijo, es el bien o perfeccionamiento integral de todos sus miembros. Para que exista la familia, como cualquier otro grupo humano, se requiere que exista un orden que regule las conductas de sus integrantes en razón del bien propio del grupo. Este orden es un conjunto de reglas éticas, jurídicas y sociales, que suele llamarse el régimen familiar o, como se dice ahora con mayor pretensión, el “derecho familiar”.

Conocer qué es la familia en un determinado tiempo y lugar implica también saber cuál es el régimen familiar vigente. La Corte no hizo ni un intento de analizar el régimen familiar vigente en México, recogido principalmente en los códigos civiles y en las tradiciones familiares mexicanas. Dice (§ 238) que la familia está “lejos de ser una creación jurídica”, y tiene razón, pues no es obra del legislador, sino del impulso natural a la comunicación y unión con otros; pero lo que no se puede negar es que existe un régimen jurídico familiar (que es parte de un régimen más amplio que incluye las tradiciones familiares, como

la hospitalidad) que sí es una creación jurídica, y que la Corte debió analizar, al menos en sus líneas generales, para determinar qué entiende por familia la constitución, el derecho y las tradiciones mexicanas.

Para que la Corte juzgara con fundamento si el matrimonio entre personas del mismo sexo contravenía la obligación del legislador de proteger la familia en su organización y desarrollo debió haber analizado el concepto de familia, el comportamiento actual de las familias y el régimen familiar vigente. En vez de eso, la Corte adoptó una postura «sociologista», no obstante que los ministros son juristas y que se trata del máximo tribunal jurídico del país, por la que sólo quiso considerar, de manera superficial, sin citar datos estadísticos concretos, y sin hacer un análisis verdaderamente sociológico, que los comportamientos familiares han variado;³ de ahí que concluye que hoy existen varios “tipos de familia” y que la constitución no alude a un “modelo de familia ideal” (§§ 237 y 240). Luego 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

³En el § 238 dice que “los cambios y transformaciones sociales” que han impactado la familia “se corroboran, en gran parte, con las estadísticas elaboradas en esa materia por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía”, pero no dice qué cambios en concreto, qué datos estadísticos ni de qué fuente específica provienen; en el § 244 dice que “los datos estadísticos confirman que esa dinámica <de las relaciones sociales> ha dado lugar a diversas formas familiares”, pero no cita ni los números ni la fuente de tales datos estadísticos. La Corte podía haber consultado el amplio estudio, titulado *Diagnóstico de la Familia Mexicana* (5 vols.), elaborado por el DIF Nacional, con la colaboración del INEGI, el Instituto de Investigaciones Sociales y el de Investigaciones Jurídicas, ambos de la UNAM, publicado en 2005, que contiene información estadística sobre los hogares mexicanos, una encuesta sobre la dinámica familiar en México, un análisis comparativo del régimen familiar en los 32 códigos civiles de la República.

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.

La Corte no sólo adoptó en este punto una perspectiva limitada «sociologista», sino que llega a afirmar que esa perspectiva es la adecuada para interpretar la constitución. Así afirma (§ 240) que “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”. Esta es una afirmación grave, que afecta el trabajo principal de la Corte y la seguridad jurídica en general, y que merece comentarse.

Decir que la realidad social “debe guiar la interpretación constitucional” para que la constitución sea “un documento vivo” significa que la constitución no rige la vida nacional, sino que es regida por los cambios sociales. La constitución deja de ser la norma fundamental, que da consistencia y seguridad a toda la estructura jurídica, y se convierte en una norma coyuntural que cambia con los cambios sociales.

La función propia de una constitución, y de ahí su nombre, es estructurar la vida nacional a partir de principios y reglas jurídicas permanentes. Si los cambios sociales hacen necesario modificar la constitución, ella misma dispone de un procedimiento especial para modificarla (que en la constitución mexicana está en el art. 135), en el cual intervienen el poder legislativo federal y los poderes legislativos locales. Si se afirma que la interpretación constitucional hecha por la Suprema Corte puede modificar el contenido de la constitución, se estaría violando la propia constitución que dispone cómo debe modificarse. La función de la interpretación constitucional de la Suprema Corte es explicar el contenido de las disposiciones constitucionales, señalar su alcance, sus implicaciones, aclarar las posibles contradicciones o interferencias entre sus disposiciones, etcétera, pero no modificarla.

IV. LA CONSTITUCIÓN NO DEFINE EL MATRIMONIO, POR LO QUE EL LEGISLADOR PUEDE CAMBIAR EL CONCEPTO DE MATRIMONIO

La Corte (§ 230) afirma que la asamblea legislativa del Distrito Federal tiene la facultad de “regular la materia civil”, entre la que cabe contar el matrimonio; la asamblea decidió “redefinirlo”, y la Corte se propone averiguar si la “constitución fija una noción determinada de matrimonio”. Afirma (§ 237) que no hay tal noción en la constitución, ni puede considerarse implícita en el artículo 4º constitucional que habla de la protección de la “familia” pues, como ya se mencionó arriba, la Corte entiende que el artículo no se refiere a la familia fundada en el matrimonio sino a todos los “tipos de familia”.

Reconoce que el matrimonio (§ 241) “ha sido tradicionalmente reconocido como el celebrado entre un hombre y una mujer”, pero que eso no ha impedido al legislador reconocer efectos a “otro tipo de uniones” como el concubinato y, recientemente, las sociedades de convivencia. De aquí concluye (§ 242) que el matrimonio no es “un concepto inmutable o petrificado” que no pueda cambiar el legislador; más aun, entiende que la “realidad social exige que el legislador responda a ella”, pues es un “hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio” han llevado a nuevas formas de “relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua”, a cambios legales en la institución matrimonial y a la “redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido... y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo” (§ 242). De todas estas afirmaciones dice la Corte que (§ 249) “válidamente se puede concluir” que la definición tradicional del matrimonio no es “un concepto completo” ni “inmodificable por el legislador”, máxime por el “proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio”.

Esa afirmación de que el matrimonio es independiente de la procreación la tiene que reiterar la Corte, porque es el cambio principal en el artículo reformado del Código Civil del Distrito Federal, pues solo concibiendo el matrimonio como independiente de la procreación se puede llamar matrimonio a la unión

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

de personas del mismo sexo. La repite en varios lugares: afirma (§ 243) que existen “matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos”, que (§ 246) los cambios legislativos en el Distrito Federal, incluido y subrayado el que permite el «divorcio exprés», permiten que se celebre el matrimonio “con la libre determinación de tener o no hijos”; que (§ 247) el mismo código del Distrito Federal admite que es posible el matrimonio aunque uno de los contrayentes sea impotente para la cópula, si el otro lo acepta así; que (§ 248) en el mismo código civil del Distrito Federal se permite la “reasignación sexual” por lo que podría suceder que un varón que se opera para parecer mujer y obtiene la “reasignación sexual”, si luego se casa con un varón, habrá matrimonio aunque la unión sea incapaz de procrear, y finalmente declara tajantemente (§ 250) que “la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación” y que ahora el matrimonio se sostiene primordialmente en “lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos < *sic* > de quienes desean tener una vida en común”.

Concluye el análisis sobre el matrimonio diciendo (§ 256) “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” por lo que si el legislador admite el matrimonio entre personas del mismo sexo “no afecta o trastoca dicha institución en su núcleo esencial o naturaleza”.

Me parece que las razones de la Corte en este punto se reducen a dos: la primera es que no hay un concepto de matrimonio establecido en la constitución, y la segunda es que la procreación no es un fin esencial del matrimonio, por lo que el legislador puede aceptar como matrimonio la unión entre personas del mismo sexo que es incapaz de procrear por sí misma.

Respecto de la ausencia de definición expresa de matrimonio en la constitución, cabe considerar que había una mención expresa al matrimonio en el artículo 130 constitucional, que se suprimió en la reforma de 1992, y que hay una mención expresa en el artículo 30-B-II actualmente en vigor. La Corte debió tener

en cuenta estos artículos constitucionales cuando analizaba si existía un concepto de matrimonio en la constitución, pero no lo hizo.

El artículo 130 aprobado en 1917 decía “el matrimonio es un contrato civil”. El origen de este párrafo fueron las adiciones y reformas a la constitución de 1857, que se hicieron el 25 de septiembre de 1873, con el objeto de incorporar al texto constitucional los principios de las leyes de reforma. El artículo 2 de la *Ley de adiciones y reformas constitucionales de 25 de septiembre de 1873*: textualmente decía: “El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y la validez que las mismas les atribuyan”. La ley reglamentaria de esas adiciones constitucionales, la *Ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales*, del 14 de diciembre de 1874, establecía en su artículo 23 algunas bases que todos los estados de la república deberían respetar en su legislación sobre matrimonio, entre las cuales estaba que el matrimonio se celebraba entre un solo hombre con una sola mujer. De modo que era perfectamente claro que el matrimonio del que hablaba la constitución vigente hasta el año 1992 era el matrimonio entre un hombre y una mujer. Esto debió considerarlo la Corte, porque es parte de la historia constitucional; cuando el año 1992 se suprimió del artículo 130 la referencia al matrimonio, no porque se quisiera admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino simplemente porque pareció innecesario conservar esa mención en el nuevo régimen de relaciones entre el Estado y las iglesias que era el objetivo de esa reforma.

El actual artículo 30-B-II textualmente dice: “La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos...” podrán adquirir la nacionalidad mexicana si cumplen con ciertos requisitos. Es indudable que el texto constitucional se refiere al matrimonio entre mujer extranjera y varón mexicano o varón extranjero y mujer mexicana, pues así lo indica la literalidad misma del texto si se pone atención al orden de las palabras, pues dice “mujer o varón... que contrai-

gan matrimonio con varón o con mujer”. La historia del texto corrobora esto: en el artículo original de 1917 no había esta disposición; fue en la reforma publicada el 18 de enero de 1934 que se favoreció a “la mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano”, de modo que no había duda que la constitución consideraba el matrimonio entre varón y mujer; cuarenta años después (reforma publicada en 31 de diciembre de 1974) se modificó esta fracción del artículo para otorgarle el mismo beneficio al varón extranjero que contrajera matrimonio con mujer mexicana y quedó la redacción que actualmente sigue en vigor.

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 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. Es una regla común de interpretación jurídica que las palabras técnicas deben entenderse en el sentido técnico que les es propio y las palabras comunes en su acepción común. La palabra matrimonio que aparecía en el texto del artículo 130 hasta la reforma de 1992, y la que aparece en el artículo 30 se refieren sin duda al matrimonio entre varón y mujer, porque ese es el sentido técnico de la palabra matrimonio, como lo comprueban todos los códigos civiles de los estados de la República vigentes al momento de redactarse esos preceptos constitucionales, y además porque ese es también el sentido que tiene la palabra matrimonio en su acepción común.

Hay muchos otros conceptos jurídicos empleados en el texto constitucional y que no están definidos ahí. Por ejemplo, el concepto de «propiedad», el concepto de «libertad», o el de «deuda», por sólo mencionar unos cuantos. Con la lógica de la Corte en la sentencia sobre matrimonio homosexual, cabría

afirmar que si un código civil local da una definición de propiedad que no incluye el poder de disposición del propietario, tal definición no contradiría el texto constitucional porque ahí no está definida la propiedad, o que si una ley penal entendiera la libertad como ausencia de coacción interior, podría afirmarse que la coacción exterior, por ejemplo la prisión, no sería un acto contrario a la libertad protegida por la constitución porque ésta no define qué es la libertad. Con esa misma lógica también podría concluirse que el artículo 17 constitucional que prohíbe que se encarcele a una persona por “deudas civiles”, no se aplicaría si una ley local prescribe que las deudas civiles son exclusivamente las contraídas por actos civiles, y que sí podría encarcelarse al deudor de deudas mercantiles, laborales, fiscales o administrativas ya que la constitución no definió qué eran las deudas civiles.

Es curioso que cuando la sentencia de la Corte analiza la palabra “familia” en el artículo 4º constitucional dice que la familia es una “realidad social” y no un concepto jurídico. En cambio, cuando analiza el matrimonio, no dice que sea una realidad social, sino que es un concepto que el legislador puede cambiar cuando quiera, pues no es un “concepto petrificado” “inmutable” o “indisponible”. Lo mismo se puede decir de la propiedad y la libertad: como no están definidos por la constitución, el legislador local les puede dar el contenido que quiera. Con sus razonamientos, la Corte llega a diluir el contenido de la constitución al considerar que se compone de palabras que no tienen un significado propio y originario, sino sólo el significado que los legisladores les lleguen a dar. ¿Para qué sirve entonces la constitución?

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 unan 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; esto sucede con cualquier asociación cuando los integrantes buscan en lo personal un fin distinto del que es propio de la asociación, por ejemplo quienes se unen en una sociedad anónima, no para generar utilidades y repartirlas, sino para usarla como un medio de beneficio fiscal, o quienes se unen en una asociación civil, no para hacer un servicio social desinteresado, sino para poder pagar sueldos altos a los funcionarios y empleados de la asociación. Si la intención subjetiva de los integrantes de una asociación fuera a determinar el fin objetivo de la asociación, no sería posible que la legislación, como de hecho lo hace, definiera diversas clases de asociaciones por razón de su fin objetivo y estableciera regulaciones propias para cada una por razón de ese fin.

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.

En cuanto a los cambios de la legislación sobre matrimonio, es sintomático que la Corte únicamente cite los cambios habidos en el código del Distrito Federal, como si eso bastara para indicar cuál es el rumbo de los cambios en la legislación matrimonial de todos los Estados de la República. Ha sido únicamente en el código civil del Distrito Federal donde se ha eliminado la procreación como fin del matrimonio, y sólo ha suce-

dido completamente con esta última reforma, así que no puede considerarse que eso sea un cambio indicativo de lo que sucede en todo el país.

Hay 19 códigos locales⁴ que reconocen que la procreación es un fin esencial del matrimonio al prescribir que es nulo cualquier pacto entre los cónyuges que vaya en contra de “la perpetuación de la especie”; hay además 13 códigos civiles que establecen expresamente que el fin del matrimonio es crear o fundar una familia⁵ y la procreación de hijos o “perpetuación de la especie”, y hay tres códigos⁶ que, sin hablar de la fundación de una familia, dicen que el fin del matrimonio es la procreación de los hijos. Ante la evidencia de la abrumadora mayoría de las legislaciones locales que mantienen la procreación como fin propio del matrimonio, resulta del todo inundada la afirmación que hace la Corte (§ 250) de que “la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación”.

En todos esos códigos locales arriba citados que reconocen la procreación como fin propio del matrimonio, lógicamente que el matrimonio se entiende como unión entre varón y mujer y así lo dicen expresamente, por lo que no se puede admitir esa otra afirmación tajante de la Corte (§ 256) “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”.

Sobre el tema de si hay o no un concepto de matrimonio implícito en la constitución mexicana recae la cuestión de si el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el Dis-

⁴Códigos Civiles de Aguascalientes (art. 144), Baja California (art. 144), Campeche (art. 158), Chiapas (art. 144), Chihuahua (art. 135), Coahuila (art. 254), Colima (art. 147), Durango (art. 142), Guanajuato (art. 144), Michoacán (art. 137), Morelia (art. 122), Nayarit (art. 143), Nuevo León (art. 147), Oaxaca (art. 146), Sinaloa (art. 147), Sonora (art. 240), Tamaulipas (art. 131), Veracruz (art. 77).

⁵Códigos Civiles de Baja California (art. 143), Baja California Sur (art. 150), Estado de México (art. 4.1) Hidalgo (Código de Familia art. 11), Jalisco (art. 258), Querétaro (art. 137), San Luis Potosí (art. 130), Veracruz (art. 75), Yucatán (art. 54).

⁶Códigos de Morelia (art. 122), Puebla (art. 294), Zacatecas (art. 100).

trito Federal tiene que ser reconocido en los demás Estados de la República, por lo que se analizará en el siguiente apartado.

V. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADO
CONFORME AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL TENDRÁ
VALIDEZ EN LOS OTROS ESTADOS DE LA REPÚBLICA

En la demanda de acción de inconstitucionalidad se planteó a la Corte que, de aceptarse como válida la reforma del código civil del Distrito Federal, se provocaría un conflicto constitucional por razón de la aplicación del artículo 121 constitucional. Este artículo, en su fracción I dice que las leyes de cada Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y en su fracción IV dice que los actos del estado civil (entre ellos el matrimonio) ajustados a las leyes de un estado “tendrán validez en los otros”. El conflicto que se planteaba era el siguiente: ¿cómo podrán tener “validez” el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el Distrito Federal en los demás Estados cuya legislación dice que el matrimonio es unión entre varón y mujer? Si se afirma que debe tener validez ese matrimonio, no obstante la legislación local, el efecto es que la legislación del Distrito Federal tiene efectos fuera de su territorio, lo cual va en contra de la fracción primera de este artículo; si, en cambio, se afirmara que en esos estados no se le reconocerá validez al matrimonio entre personas del mismo sexo, se desobedecería la prescripción de la fracción IV del mismo artículo. ¿Qué opinó la Corte?

La Corte, por una parte afirma reiteradamente (§§ 296, 300 y 302) que el artículo 121-IV ordena a los Estados reconocer la validez de los actos del estado civil celebrados conforme a la legislación del Estado donde se celebraron; incluso afirma (§ 301) que el acto del estado civil celebrado en una entidad federativa “será válido en las demás <entidades federativas>, aun cuando no se corresponda con su propia legislación”. Por otra parte, reconoce que los Estados no tienen ninguna obligación de legislar como lo hizo el Distrito Federal (§§ 295 y 301). Añade (§§ 305 y 306) que si bien los Estados deben reconocer la validez de un

acto del estado civil celebrado en otro, puede ser que algunos de los efectos de ese acto no estén “previstos en las legislaciones estatales, por lo que dichos actos del estado civil no alcanzarán quizás los efectos plenos que sí les otorga la legislación bajo la cual se emitieron...” Reconoce la Corte que de esta disparidad de las leyes locales en cuanto a los actos del estado civil puede generar conflictos, “que deberán resolverse por las vías o medios legales correspondientes, atendiendo a las reglas que las propias legislaciones estatales o el Código Civil federal establecen”.

Y finalmente concluye el punto afirmando que la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal no vulnera el artículo 121 de la Constitución Federal.

El análisis de la Corte partió de una insuficiente comprensión del texto constitucional. Afirma (§ 293) que las reglas establecidas en el artículo 121 constitucional “no estaban comprendidas en el texto de las constituciones de 1824 y 1857”. Esto es parcialmente erróneo porque el párrafo inicial del actual artículo 121, que establece que los actos públicos, registros y procedimientos judiciales celebrados en un Estado se les dará entera fe y crédito en los demás, coincide, casi palabra por palabra, con el artículo 115 de la constitución de 1857. Lo que tiene de novedad el texto actual son las cinco fracciones donde se precisan reglas para que tenga efecto la disposición contenida en el párrafo inicial, pero no son del todo novedosas. La fracción IV, que se refiere al reconocimiento de la validez de los actos del estado civil celebrados en un Estado, no es una disposición original del constituyente de 1917, sino que fue tomada de una ley constitucional anterior.

En el año de 1873, como ya se mencionó arriba, se hicieron a la constitución de 1857 varias adiciones con el contenido de las llamadas *Leyes de Reforma*, entre ellas las relativas al estado civil y al matrimonio civil. Al año siguiente (1874) se expidió la *Ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales*, cuyo artículo 24 decía: “El estado civil que una persona tenga conforme a las leyes de un Estado o distrito, será reconocido en todos los demás de la República.” El artículo 23 de la misma ley iniciaba con un párrafo que decía: “Corresponde a los Estados legislar sobre el

estado civil de las personas y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse; pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases:...” Señalaba a continuación diversas bases de organización del registro civil, requisitos de las actas, y en las fracciones VII a XI mencionaba las relativas al matrimonio: que el consentimiento de los cónyuges es la parte esencial del matrimonio; que el parentesco cercano es impedimento para el matrimonio, que los contrayentes deben ser aptos para realizar los fines del matrimonio, y en la fracción VII se mencionaba expresamente: “El matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre con una sola mujer...”.

Es verdad que esa ley orgánica dejó de estar en vigor hace mucho tiempo, pero hacer referencia a ella ayuda a explicar el alcance de la fracción IV del artículo constitucional actual. Prescribe que los actos del estado civil celebrados en un Estado deben tener validez en los demás, porque esto era razonable en un contexto en el que había bases comunes sobre los actos del estado civil, y especialmente sobre el matrimonio, que todos Estados debían respetar. La fracción IV del artículo 121 actual sólo es realmente operativa en ese contexto, de que hay un acuerdo implícito sobre cuáles son los actos del estado civil y en qué consisten en sus líneas esenciales.

Si se saca esa fracción de su contexto, y se dice que cada entidad federativa puede definir qué actos constituyen el “estado civil” y cuáles son sus requisitos esenciales se admiten consecuencias absurdas. Siguiendo la lógica de la Corte de que los términos no definidos por la constitución los pueden definir las leyes, como la constitución no dice cuáles son los actos del estado civil, podría un Estado señalar que son actos del estado civil el contrato de trabajo, la condición de divorciado, el concubinato, la incapacidad permanente, o cualquier otro que quiera considerar así. Como la constitución no define que el matrimonio es entre varón y mujer, puede el Distrito Federal decir que esa unión es matrimonio, pero también podría un estado decir que el matrimonio se realiza por decisión de los padres de los novios, sin que el consentimiento de éstos sea necesario, o señalar que es válido el matrimonio entre ascendientes y descendientes o

entre hermanos, o la unión poligámica o poliándrica, o asentar que la adopción surte efectos respecto de menores o también de mayores de edad, o incluso respecto de animales, de modo que una persona pudiera adoptar a su perro o a su gato, y su adopción, como acto del estado civil, tendría que ser reconocido en los demás estados de la República. Interpretar el contenido de las leyes aislándolas de su contexto es un grave error.

La Corte reconoce (§ 305) que puede haber conflictos cuando las leyes de un Estado contradicen o no reconocen los efectos de un acto del estado civil celebrado en otro Estado, lo que en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo significa que si una pareja del mismo sexo casada en el Distrito Federal se va a vivir a cualquier otro estado de la República, donde su legislación civil establece que el matrimonio es entre varón y mujer, se va a generar un “conflicto”. La Corte sostiene (§ 306) que ese conflicto deberá resolverse atendiendo a las reglas que establecen las leyes locales o el *Código Civil Federal*; tales reglas son las llamadas “reglas de conflicto” que señalan los criterios para determinar qué ley debe prevalecer cuando hay dos o más aplicables a un mismo caso.

Por lo general, los conflictos entre leyes de varias entidades federativas, como serían los que se presentaran entre la legislación matrimonial del Distrito Federal y la de los otros Estados, se resuelven conforme a las disposiciones del *Código Civil Federal* (arts. 12 a 15). El artículo 13 tiene una disposición expresa sobre los actos del estado civil, dice en su fracción II: “el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”. De acuerdo con esto, la legislación matrimonial que se aplica a una pareja que se casó en Yucatán y ahora vive en Tlaxcala, es la del lugar de su domicilio, es decir Tlaxcala; la legislación matrimonial que se aplicaría a una pareja del mismo sexo que se casó en el Distrito Federal y ahora vive en Nuevo León, sería la de Nuevo León, pero como esta legislación establece el matrimonio sólo entre varón y mujer no podrá ser reconocida la unión de personas del mismo sexo como matrimonio en el Estado de Nuevo León, ni en cualquier otro que defina el matrimonio como unión entre varón y mujer. De modo que

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

la solución que da la Corte al conflicto, que es la de aplicar las reglas pertinentes del *Código Civil Federal*, lleva a la conclusión de que no se reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados cuya legislación establece que el matrimonio es entre varón y mujer.

Esa solución del conflicto significaría que no se aplica en estos casos la fracción IV del artículo 121 constitucional, lo cual no lo puede admitir la Corte. Por eso la Corte dice (mismo § 306) que se debe atender a las reglas de conflicto del código federal o de las legislaciones locales, pero sin llevarlas al “extremo de que en una entidad, derivado de la diversidad en su regulación, se limite el reconocimiento de validez” de modo que se le prive de efectos al grado que “pierda todo sentido el reconocimiento de validez que mandata⁷ el artículo 121, párrafo primero y fracción IV, constitucional”. Resulta entonces una contradicción: la Corte dice que se apliquen las reglas de conflicto, y éstas llevan a la conclusión de que no puede reconocerse el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados cuya legislación contempla exclusivamente el matrimonio entre varón y mujer, y luego la Corte dice que sí se tiene que reconocer en todos los Estados la validez de esos matrimonios.

La Corte finalmente optó por mantener la aplicación de la fracción IV, pero omitió considerar la fracción I del mismo artículo que dice que las leyes de un estado sólo tendrán validez en su propio territorio. Si los Estados están obligados a reconocer la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el Distrito Federal, aunque su legislación diga que el matrimonio es entre varón y mujer, se les está imponiendo la legislación del Distrito Federal y forzándolos a no aplicar su propia legislación. Por eso resulta desconcertante que la Corte afirme (§ 307) que “no advierte de qué manera” la reforma del Distrito Federal “vulnere el artículo 121 constitucional”. Como la Corte no quiso reconocer que en la constitución mexicana está implícito

⁷Es curioso el uso de la palabra “mandata”, que parecería ser una conjugación del verbo “mandatar”, que en Español no existe, ni es necesario inventarlo porque existen los verbos mandar, ordenar, prescribir, imperar.

el concepto de matrimonio como unión entre varón y mujer, llega a admitir que cualquier legislador local puede definir lo que es el matrimonio, en los términos que quiera y que luego todos los estados de la República, no obstante lo que diga su legislación propia, tendrán que reconocer la validez de aquello que el primero consideró como matrimonio. ¿Es eso seguridad jurídica, es eso respeto a la soberanía de las entidades federativas?

Conviene notar que 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.

La Corte reconoció que el artículo 391 del *Código Civil del Distrito Federal* relativo a la adopción, aunque su texto no se había modificado con la reforma, sí podía ser impugnado porque con la reforma del artículo sobre matrimonio había cambiado su sentido, y para apoyar esta conclusión citó una tesis jurisprudencial en ese mismo sentido. Con el mismo argumento se le podrá decir que la reforma de la ley matrimonial del Distrito Federal, aunque no cambia ni podía cambiar el texto de la fracción IV del artículo 121 constitucional relativo a la validez de los actos del estado civil, sí cambió su sentido al establecer como acto de estado civil (es decir como «matrimonio») una unión que ningún estado ni ley federal había reconocido como tal. ¿Se puede aceptar que las definiciones de las leyes locales prevalezcan sobre los textos constitucionales?

La Corte conoció la ley que al respecto aprobó el Congreso de los Estados Unidos. La llamada «DOMA», *Defense of marriage act*, que soluciona estos problemas al decir que cada estado de la Federación podrá decidir si reconoce o no la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en los estados que admiten este tipo de unión; de este modo se respeta la so-

beranía legislativa de los estados y se evitan conflictos de poderes entre ellos. La Corte no quiso aprovecharse de esta solución equilibrada y prefirió dejar el asunto sin solución.

VI. EL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EXIGEN
DAR A LAS UNIONES HOMOSEXUALES EL MISMO TRATAMIENTO
JURÍDICO Y SOCIAL QUE TIENE EL MATRIMONIO

La Corte reconoce (§ 222) que el objetivo de la reforma del código civil del Distrito Federal era ampliar o extender “un derecho civil, a fin de equiparar plenamente la protección jurídica entre parejas homosexuales y heterosexuales” respetando así el “principio de igualdad y la prohibición de no discriminación, concretamente en su vertiente de orientación sexual”. Al respecto, sigue (§§ 259 y 260) los razonamientos que hizo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para justificar su reforma, aduciendo principalmente el artículo 1º constitucional que dice “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad,... las preferencias... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Como la Corte ha interpretado ese artículo primero en el sentido de que no se viola la igualdad cuando se trata de modo desigual a lo que es desigual, en esta sentencia la Corte afirma (§ 270) que no hay una “diferencia o desigualdad” entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales, que impida que el legislador extienda el matrimonio a las relaciones homosexuales, máxime porque, según ella, la “reproducción no es una finalidad esencial” del matrimonio. Así concluye (§ 271): “Este Tribunal considera, entonces, que no existe impedimento para que el legislador del Distrito Federal amplíe el acceso a esa relación jurídica en condiciones de plena igualdad para todos los individuos, esto es, para las parejas heterosexuales, o bien del mismo sexo”.

Y finalmente considera (§ 268), que si bien pudiera darse reconocimiento jurídico a la unión de personas homosexuales con alguna figura distinta del matrimonio, como las “sociedades de

convivencia”, sin embargo tales figuras “no alcanzan a tener el mismo reconocimiento y protección jurídica” que el matrimonio. Por ello concluye (§ 275) que es un acierto la reforma de la Asamblea Legislativa de “ampliar la institución del matrimonio” y así “igualar las uniones de las personas, sean heterosexuales u homosexuales”, ya que ambas uniones se hacen por las mismas razones, que “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”.

Este argumento de la igualdad y la no discriminación se basa en tres supuestos: uno, que las uniones homosexuales son iguales a las uniones heterosexuales; el segundo, que la no admisión al matrimonio de las uniones homosexuales constituye un acto de discriminación contrario al artículo primero constitucional, y el tercero, que el reconocimiento social debe ser el mismo para todo tipo de uniones afectivas.

Cabe primero considerar si existe realmente esa igualdad. Al analizar cualquier relación entre personas, deben considerarse los sujetos relacionados y la causa o finalidad de la relación. Una relación es diferente de otra por razón de los sujetos o por razón de la causa o fin: por ejemplo, la relación de paternidad es diferente de la relación conyugal, aunque ambas tiendan al bien de las personas, por razón de los sujetos: la relación de paternidad se da entre padres e hijos que tienen obligaciones y derechos diferentes, con mayores obligaciones los padres que los hijos mientras estos son menores de edad; en cambio la relación conyugal implica básicamente los mismos derechos y deberes para ambos cónyuges; por lo tanto sería absurdo dar el mismo tratamiento jurídico a la relación de paternidad y a la relación conyugal aduciendo el argumento de la igualdad o la no discriminación. Igualmente, la relación de fraternidad, que se da entre iguales, se distingue de la relación de compraventa, que también se da entre iguales, por razón del fin de la relación, que en el primer caso es el bien de las personas y en el segundo el intercambio de bienes; sería también absurdo dar el mismo trato jurídico a las relaciones de fraternidad que a las de compraventa aduciendo la igualdad y la no discriminación.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL 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 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 contraerlo. No hay ninguna discriminación. No se discrimina en muchas otras disposiciones del mismo Código Civil del Distrito Federal que fijan determinados requisitos para acceder a ciertas actuaciones jurídicas, por ejemplo, no se discrimina a los jóvenes que no tienen la edad necesaria para contraer matrimonio (art. 148), ni a las personas que no pueden ser tutores (art. 503), ni a las que no tienen capacidad para hacer testamento (arts. 1305 y ss.) o no tienen capacidad para heredar (arts. 1313 y ss), y muchas otras disposiciones más del mismo código y de otras leyes.

Mientras la Suprema Corte mexicana estudiaba este asunto, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió, 30 de junio de 2010, en un caso en que se cuestionaba si la negativa del gobierno austríaco y sus jueces a aceptar que dos homosexuales contrajeran matrimonio civil era o no una violación a los derechos humanos, la Corte Europea resolvió que esa negativa no implicaba discriminación ni violación a los derechos humanos.⁸

⁸Un resumen de la sentencia puede verse en el boletín que emite la misma

La Corte mexicana pudo haber tenido en cuenta este antecedente que seguramente conoció.

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. Además, la generación de hijos, provenientes de padre y madre que son originarios de diferentes familias, genera un parentesco nuevo (la ley mexicana lo llama parentesco por “afinidad”), puesto que los hijos comunes se convierten en nietos o descendientes de los padres de ambos cónyuges y en sobrinos de los hermanos de los esposos. 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. Sucede lo mismo en otros campos asociativos: una asociación civil, de derecho privado, con fines políticos, no tiene razón para pretender los derechos que corresponden a un partido político, que es una asociación de derecho público; ni una asociación civil de trabajadores, que es una asociación de derecho privado, puede pretender los derechos de un sindicato, que es una asociación de derecho público. ¿Puede considerarse un progreso jurídico que una asociación privada tenga los beneficios de una asociación pública? Me parece evidente que no. La pretensión de igualar lo privado

Corte: *Information Note on the Court's case law*, no 131, p. 15, junio 2010, que puede consultarse en la página Web de la Corte: www.echr.coe.int.

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.

VII. EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD JUSTIFICA QUE SE RESPETEN LA PREFERENCIA SEXUAL POR PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LAS UNIONES DE PERSONAS HOMOSEXUALES, QUE NADA TIENEN DE NOCIVO QUE PUEDA PERJUDICAR LA CRIANZA DE NIÑOS

La Corte sostiene (§ 263) que de la dignidad de la persona, “deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende... la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual” Agrega (§ 266) que “tratándose de personas homosexuales... es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas con personas del mismo sexo”, y que estas relaciones “como informan los diferentes datos sociológicos”, que no cita, “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”. Más adelante (§ 269) enfatiza que “en pleno respeto a la dignidad humana es exigible el reconocimiento por parte del Estado no solo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones”.

Este argumento del libre desarrollo de la personalidad fue el que principalmente usó la Corte para aceptar la adopción de menores por parejas del mismo sexo. Dice (§ 314) que “la orientación sexual de una persona o una pareja” de ningún modo “le resta valor como ser humano o pareja” ni puede considerarse que esa orientación “lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como

nocivo para el desarrollo de un menor”. Como base de esta afirmación cita la “opinión técnica rendida por especialistas” de la UNAM, sin mencionar sus nombres, en la que se dice: “No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados”.

Partiendo de que la preferencia sexual por personas del mismo sexo es un derecho que debe ser reconocido y respetado, la Corte concluye (§§ 315 y 316) que no se puede impedir la adopción de menores por parejas homosexuales porque “excluir del régimen legal que discipline del régimen de adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento⁹ prohibido constitucionalmente”.

La Corte concluye su análisis sobre la adopción afirmando (§ 340) que “no solamente no existen datos duros, sino que ni siquiera existen elementos que sustenten una duda razonable” de que la adopción de menores por parejas de homosexuales “ponga en riesgo al interés superior del niño, sino, por el contrario, todo apunta a que se protege, de mejor manera, este interés...”

El fondo de todo este argumento es la afirmación implícita de que toda decisión que tome una persona en uso de su capacidad de autodeterminación es una decisión correcta, que debe ser respetada y apoyada por el ordenamiento jurídico y por el Estado. Eso es lo que implica afirmar que la orientación o preferencia sexual, y las uniones que de ello resulten, deben ser respetadas.

Es cierto que la persona tiene una capacidad de autodeterminación o libertad de desarrollarse a sí misma. Es cierto que esta capacidad es una manifestación de su dignidad o superioridad que tiene respecto de los demás seres (cosas, plantas y animales)

⁹Esto de un “razonamiento” prohibido por la constitución es evidentemente una ligereza, debería haber dicho que es una conclusión cuyo contenido sería contrario a la constitución. Pero no deja de ser preocupante que se afirme que hay “razonamientos” prohibidos.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

que carecen de ella. Pero no es cierto que todas las decisiones que tome una persona en uso de su capacidad sean decisiones acertadas desde el punto de vista de su desarrollo personal y de su impacto en la vida social. Si bien puede aceptarse que toda persona tiene derecho a decidir acerca de su propia vida, no se puede aceptar que todas las decisiones que tome constituyan un «derecho» o la manifestación de una «preferencia» que es necesario respetar.

Hay decisiones y actos equivocados desde el punto de vista personal y desde el punto de vista comunitario, y no hay ser humano que esté libre de equivocarse. El mismo orden jurídico tiene como finalidad evitar que se cometan actos antisociales, como son los delitos, y asegurar que se practiquen los actos mínimos necesarios para la convivencia social. Por eso, no se puede admitir que el robo debe respetarse porque es una «preferencia» laboral, o el engaño, porque es una «preferencia» de comunicación, o el desvío de fondos públicos, porque es una «preferencia» financiera, ni el abuso de menores por ser una «preferencia» sexual.

El tema de fondo, al que no entró la Corte, es 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. Esta es la cuestión principal, que debe resolverse, no conforme a razonamientos jurídicos o datos sociológicos, sino de conformidad con razonamientos éticos. Hizo bien la Corte en no entrar en este análisis, pues lo ético no es su campo, pero el hecho de que admita la preferencia sexual homosexual como una preferencia respetable o derecho implica una toma de postura al respecto sin un análisis que la sustente. Si la Corte hubiera querido fundar su toma de posición al respecto, como no es competente en materia ética, debería haber citado autores reconocidos y especialmente las tradiciones éticas mexicanas, pero no lo hizo. Por el contrario, la Corte se apoyó en una “opinión técnica” de “especialistas”, sin decir cuál es su especialidad ni cuáles son sus nombres. Y en esta «autoidad» anónima se fundamenta para decir que no “existen elementos que sustenten una duda razonable” de que la adopción

por parejas homosexuales “ponga en riesgo el interés superior del niño” y que, por el contrario, con lo adopción por parejas homosexuales “todo apunta a que se protege de mejor manera” el interés del menor ¿Será verdad que los ministros que aprobaron la reforma piensan que es mejor que un niño se críe con dos papás o con dos mamás que con un papá y una mamá? ¿Será verdad que no tienen dudas al respecto?

El párrafo que cita (§ 314 nota 3) de dicha “opinión técnica” no parece muy fiable: afirma contundentemente “No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias monoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario está obligado a mostrar evidencias de ello” Llama la atención que los autores de esta opinión no se esfuerzan en demostrar la veracidad de su afirmación, pues simplemente afirman de modo categórico que “no existe ninguna base” para afirmar que las parejas del mismo sexo no puedan criar bien a los menores, y en vez de probar su afirmación, se contentan con afirmar categóricamente que “quien crea lo contrario está obligado a mostrar evidencias de ello”; es tanto como decir, yo afirmo lo que quiero, pero tú tienes que demostrar tus afirmaciones si me contradices. ¿Puede considerarse ese modo de argumentar propio de una opinión científica? Luego agrega, con no menos contundencia, “nadie en el mundo” ha presentado pruebas empíricas “con estudios serios y metodológicamente bien fundados” de que los hogares homosexuales afecten la crianza de los niños. Para hacer una afirmación de ese tipo con fundamento, los autores deberían haber revisado la extensa literatura científica al respecto,¹⁰ o al

¹⁰Por ejemplo, podía haber analizado el conocido estudio de Dean Byrd *Homosexualidad: lo que la ciencia puede y no decir* (publicado en internet: www.scribd.com/doc/21448197/Homosexualidad-Lo-Que-La-Ciencia-Puede-y-No-Decir), en el que analiza el comportamiento de parejas heterosexuales, parejas de homosexuales y de lesbianas, en varios aspectos, como la educación de los niños, la fidelidad y promiscuidad, la estabilidad de las relaciones, la violencia en ellas, la transmisión de enfermedades como el VIH y otras, la violencia y el uso de las drogas, la estabilidad emocional, el suicidio y otros aspectos; el autor toma en consideración los resultados de otros 54 estudios y concluye que haya una gran diversidad, de hecho, de comportamientos en-

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE QUE VALIDA EL MATRIMONIO

menos las obras principales o de síntesis, analizarlas y luego enjuiciarlas, señalando sus defectos metodológicos o contradicciones, pero evidentemente eso no podía hacerse en un documento elaborado rápidamente y por encargo de la propia Corte; hacer sin ningún análisis la afirmación de que “nadie en el mundo” ha hecho estudios serios es un signo de que en los autores predomina la voluntad de afirmar la propia opinión que la disposición a discutirla, que es más un documento político que científico.

En todo caso, el objeto de este comentario no es juzgar la citada opinión técnica, sino más bien juzgar el hecho de que la Corte se apoye en una sola opinión de “especialistas” que no parece bien fundada, y en un asunto tan importante como lo es la educación de los niños. ¿No podía haber tenido en cuenta la opinión de otros especialistas en psicología, en sociología, en pedagogía, en ética? Por supuesto que sí. Es más, es una costumbre judicial que en un litigio, cuando se necesita acudir al consejo de especialistas, se soliciten al menos dos peritajes, uno por cada una de las partes, y en caso de desacuerdo se procure un tercero. Pero a la Corte no le pareció necesario hacerlo en este caso, no obstante que el artículo 4º constitucional, párrafo séptimo, señala la obligación del Estado de “propiciar el respecto a la dignidad de la niñez” ¿Por qué no quiso la Corte hacer un análisis serio cuando está de por medio el bien de los niño y niñas?

En cuanto al argumento de que excluir a las parejas homosexuales de la adopción sería un “razonamiento prohibido” porque implicaría una discriminación en contra de lo prescrito en el artículo primero de la constitución, cabe observar que lo que prohíbe el precepto constitucional es cualquier discriminación que “tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. La adopción no es realmente un derecho o libertad de las personas, sino un medio para remediar la situación vulnerable de un menor; por eso el régimen de la adopción establece una serie de requisitos que deben cumplir las personas que quieren adoptar; tales requisitos no son restricciones a su libertad o derecho de adoptar, sino reglas por las

tre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo (de varones o de mujeres).

que se pretende asegurar que la adopción sea realmente benéfica para el menor. Es absurdo decir que se discrimina a las mayores de 40 años cuando algunas legislaciones ponen esa edad como límite máximo para poder adoptar, o que se discrimina a las personas que no pueden demostrar solvencia económica o moral suficiente para ser aprobadas como adoptantes. Es igualmente absurdo decir que se discrimina a los homosexuales si, por razón de su libre preferencia sexual, no se les permite adoptar.

En este tema de la adopción, la cuestión es saber si la adopción por parejas homosexuales resulta benéfica para el menor, y en este punto, como ya se vio arriba, la Corte procedió con suma ligereza.

VIII. CONCLUSIÓN

En mi opinión se trata de una sentencia que erróneamente afirma que el matrimonio entre personas del mismo sexo es conforme con la constitución mexicana. Para llegar a esta conclusión pasa por alto el mismo texto constitucional:

Ignora el concepto de familia implícito en el texto constitucional del artículo 4º y afirma que la constitución protege “todos los tipos de familia” sin haber atendido que en el origen de ese precepto se habla de la familia constituida por el padre, la madre y los hijos, y que ese es el concepto común que tiene el pueblo mexicano de lo que es familia. Con esa conclusión de que la constitución “protege todos los tipos de familia”, la sentencia pretende, sin tener facultad para ello, modificar la constitución, cuando su papel es el de interpretarla.

Niega que exista en la constitución un concepto de matrimonio, cuando en el texto hubo y hay actualmente referencias al mismo que no analizó, y admite que el matrimonio es lo que digan los legisladores locales, con lo cual subordina la constitución al poder legislativo local, y especialmente al legislativo del Distrito Federal, ya que considera que los cambios en la legislación matrimonial de la capital son indicativos de los cambios de

la legislación matrimonial en todos los estados de la República.

No supo discernir el origen y el significado de la fracción IV del artículo 121 constitucional, que proviene de un contexto en el que había bases comunes para toda la República acerca de los actos del estado civil, y especialmente del matrimonio que se contemplaba como unión de un solo hombre con una sola mujer. Cuando hay bases comunes para el matrimonio, es lógico que el matrimonio celebrado en un estado tenga validez en los otros. Como la Corte dice que no hay un concepto de matrimonio en la constitución, y que éste depende de lo que los legisladores locales definan como matrimonio, afirma que los demás estados de la República deberán reconocer la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el Distrito Federal, lo cual implica hacer que la ley del Distrito Federal se aplique extraterritorialmente en los otros estados, contraviniendo lo que dispone la fracción I del artículo 121 constitucional. Es de prever que este problema genere nuevas controversias constitucionales.

Para afirmar que la reforma de la ley matrimonial del Distrito Federal cumple con el objetivo de igualdad y no discriminación previsto en el artículo primero constitucional, dice que las uniones homosexuales son iguales a las uniones heterosexuales, sin considerar las diferencias naturales que tienen esas uniones por razón del tipo de sujetos relacionados y el fin que procuran dichas uniones: la ayuda mutua (uniones homosexuales) o la complementariedad y como fruto la procreación (uniones heterosexuales), y sin reparar en que las uniones entre personas del mismo sexo son de interés exclusivamente privado, mientras que las uniones matrimoniales (no todas las uniones heterosexuales) son de interés público.

En vez de tomarse en serio la obligación constitucional del Estado, prevista en el artículo 4º párrafo séptimo, de proveer “lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de su derecho”, para tomar la decisión sobre la adopción de menores por parejas de homosexuales, la Corte se limita a dar por buenas afirmaciones superficiales sin analizarlas ni confrontarlas con otras.

Es en resumen una sentencia errónea, mal fundada, que trastorna el régimen constitucional actual y las tradiciones éticas mexicanas. El efecto de esta sentencia es simplemente declarar válida la reforma hecha al *Código Civil del Distrito Federal*. No establece un deber de los legislativos locales de legislar en el mismo sentido, ni tampoco un deber a cargo de los estados de la República de reconocer la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el Distrito Federal. Es cierto que la sentencia dice en sus “considerandos” que los estados deberán reconocer la validez de tales uniones, pero eso es una mera afirmación que no tiene valor imperativo puesto que no consta en los puntos resolutivos de la sentencia, ni ha sido aprobada por el Pleno como tesis de jurisprudencia obligatoria.

Recibido: 28-01-2011

Aprobado: 25-05-2011