

IV. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMERO 2/2010*

A) Análisis de los alcances del artículo 121 constitucional.

En relación con el tema de fondo, materia de la acción de inconstitucionalidad citada al rubro, en un aspecto medular, la mayoría sostuvimos que resulta válido el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado el veintinueve de diciembre de dos mil nueve en la Gaceta Oficial de dicha entidad, el cual define al matrimonio como la unión libre de dos personas, sin importar si se trata del mismo género, pues queda a la libre configuración de la Asamblea del Distrito Federal especificar los elementos de ese acto civil. Además, si bien conforme al artículo 121, fracción IV, de la Constitución Federal, ese acto tendrá validez en las demás

* Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1891 Reg. IUS 40696

entidades federativas, a estas últimas corresponde fijar los efectos jurídicos que tendrá en su territorio, en el entendido que los conflictos de leyes que surjan por esta situación se resolverán por los tribunales competentes.

En relación con lo anterior, la ejecutoria aprobada señala:

"292. ... En otras palabras, la Constitución en ningún momento confiere al Congreso de la Unión la libertad para establecer la validez y los efectos de los actos que enuncia el propio numeral 121, párrafo primero.

" ...

"305. En este sentido, respecto de los efectos que de un acto del estado civil deriven, este Pleno considera que, necesariamente, el reconocimiento de validez del acto también los comprende; empero, innegablemente se pueden presentar múltiples efectos que podrían derivar de ese acto, y que pueda no estar previstos en otras legislaciones estatales, por lo que, dichos actos del estado civil no alcanzarían quizás los efectos plenos que sí les otorga la legislación bajo la cual se emitieron, y de ahí presentarse un conflicto."

"306. Ahora bien, aun cuando estos conflictos que eventualmente podrían presentarse deberán resolverse por las vías o medios legales correspondientes, atendiendo a las reglas que las propias legislaciones estatales o el Código Civil Federal establecen, ello de ninguna manera puede llevarse al extremo de que en una entidad, derivado de la diversidad en su regulación, se limite el reconocimiento de validez de un acto del estado civil a una cuestión formal, diluyendo de tal manera la institución de

que se trate –matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, divorcio, etcétera–, que pierda todo sentido el reconocimiento de validez que mandata el artículo 121, párrafo primero y fracción IV, constitucional."

Tienen especial mérito las consideraciones anteriores, pues con base en el sistema federal, se propone que la legislación local no puede anular la previsión de que los actos del estado civil que se ajusten a las formalidades de la entidad federativa en la que se celebraron, tendrán validez en las otras, al disponer que no tendrá efectos jurídicos en su territorio, porque vaciaría de contenido lo dispuesto en el artículo 121, fracción IV, de la CPEUM, si se tiene en consideración que a pesar de ser válido el acto del estado civil, de poco serviría este estatus porque al final carecería de los efectos necesarios para que cobrara eficacia; pero a la par, se estableció que no puede exigirse a las demás entidades que, ante cualquier circunstancia, tenga que darse efectos plenos al acto jurídico, tal como se hace en el territorio donde se celebró.

Aunque comparto esa interpretación, como alcance general del artículo 121 de la CPEUM, estimo que se requiere explicar a detalle cómo se arribó a esa conclusión, partiendo de la premisa de que ese precepto debe entenderse como la participación moderada del *orden federal* en la legislación local, que evite la colisión entre regionalismos y el reconocimiento de que se trata de una norma de cohesión –protección al Pacto Federal– en el sistema mexicano que, por lo mismo, no puede imponer reglas de uniformidad absolutas que eliminen¹ la soberanía de las entidades federativas, reconocida en el artículo 40 y primer párrafo

¹ Peter Haberle utiliza el vocablo *asfixiar* para referirse a que la intervención no implica la anulación de la soberanía de los cantones, comunidades o entidades federativas, tan sólo la colaboración del Estado central.

del 41 del Pacto, ni bajo el ejercicio de aquella facultad, legislar en materia civil en lo que es ámbito competencial estatal.

• El Régimen Federal

A pesar del debate inacabado sobre el régimen federal (*federalismo*), como una aproximación, se puede sostener, en principio, que cuando se habla de régimen federal (*federalismo*),² se quiere significar unión, alianza, pacto o acuerdo para la estructuración y organización de un Estado, en el que las partes (unidades regionales) deciden formar una sola unidad (Federación) a la que aquéllas ceden potestades (facultades) que de otra forma les correspondería ejercer soberanamente,³ a efecto de que esas potestades cedidas se ejerzan de manera exclusiva y excluyente por el orden de cohesión federal,⁴ de manera

² Según la historia, el origen del federalismo se remonta a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, dimanado de la "unión permanente, basada en el libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el total status político de cada uno de los miembros en atención al fin común".

Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, página 348

Por su parte, Sommermann señala que "Por federalismo se entiende, tradicionalmente, un principio organizativo según el cual dos o varios Estados forman una unidad superior. Como postulado político, el federalismo aspira a la creación o a la consolidación de un Estado federal".

El federalismo cooperativo, en Fernández Segado, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context/La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, nota 13, páginas 2280-2282

En ese mismo sentido, Peter Häberle manifiesta que el "federalismo supone el desarrollo de una construcción social total basada en el acuerdo, no en la coacción: varias comunidades políticas dotadas de la propia individualidad, pero con estructura homogénea, se constituyen como unidades autónomas bajo un orden común o con vistas a la consecución de fines conjuntos y se influyen tanto recíprocamente como respecto a la organización federal".

El Federalismo y el Regionalismo como Forma Estructural del Estado Constitucional. México, UNAM, 2006, página 11

³ De manera "real" como sucedió en su proceso de creación en Estados Unidos, o de manera "formal" como sucedió en México, mediante un proceso de asimilación del régimen federal para transformar en Federación una estructura y organización "centralizada" ya existente.

* Por supuesto, debe tenerse presente que el proceso de creación de un Estado federal puede darse por condiciones de ordenes soberanos que así lo deciden mediante su adhesión al Pacto Federal, o mediante una decisión jurídica soberana de transformar una estructura estatal central en una federal, precisamente a través de la creación de un Pacto Federal por el que se distribuyen las potestades entre el orden federal que así se crea y los órdenes parciales que lo conforman.

concurrente o de manera coincidente (e, inclusive, cooperativamente, mediante la asunción por convenios, de derechos y obligaciones entre los distintos órdenes comprendidos en el Pacto Federal)⁵ entre los distintos órdenes creados por el Pacto Federal –con el propósito sustancial de existencia común– y a la vez se reservan el ejercicio exclusivo y excluyente de otras que atañen a su régimen interior. En este contexto conceptual, la descentralización o la centralización extremas de funciones no pueden estimarse formas de un auténtico federalismo, puesto que en estos casos al estar ausente un grado racional de distribución de funciones entre los distintos órdenes que conforman la organización estatal, es irrefutable que con esas formas extremas de distribución de competencias el Estado así organizado se acercaría más a la concepción de un ente centralizado o a una confederación con marcada soberanía de los órdenes parciales, desnaturalizándose, en ambos casos, la esencia del régimen federal.⁶

⁵ Es el caso previsto en el penúltimo párrafo de la fracción III del artículo 115, en la fracción VII del 116, y apartado G del artículo 122, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶ A partir de la teoría clásica del federalismo se han realizado variantes conforme a la configuración adoptada por cada nación o Estado. Así, la doctrina concibe como formas importantes de federalismo, al tipo dual, participativo, cooperativo, competitivo o con efectos asimétricos, sin tomar en cuenta que se complica el tema si la distinción se hace a partir de la forma de Gobierno Federal o Estado federal, sin embargo, existe unanimidad en el sentido que por los plenos poderes políticos soberanos o autónomos de las unidades que integran la Federación, debe haber una coordinación e incluso cooperación entre ellas o con el Estado central o federal, para no generar disfunciones o asimetrías en los fines comunes.

Surge, entonces, el principio de homogeneidad en donde se trazan ciertos límites a la autonomía o soberanía de las unidades internas, ya que su integración en un Estado federal supone unos mínimos comunes para no afectar el desarrollo de sus funciones, sin que pueda exigirse una uniformidad, pues debe entenderse que la restricción a la soberanía es excepcional, con el único fin de permitir el equilibrio en la comunidad. El grado de cooperación se encuentra dado por la Constitución Central o Ley Fundamental, o bien, permite a las entidades regionales o a la central establecer las bases para lograr la unificación en aspectos importantes.

En este contexto, al haber hoy en día un sinnúmero de países que adoptaron el modelo federal con grandes matices (vgr. Alemania) y otros centralistas que han adoptado muchos rasgos de ese modelo para procesar sus tensiones internas (vgr. España), la doctrina ha explorado lo que Díez de Urdanivia connota como el "principio federativo". Ver Díez de Urdanivia Fernández, Xavier, *El Estado en el Contexto Global*, Ed. Porrúa-Universidad Anahuac, Mexico Norte, México, 2008, páginas 114 a 161.

El federalismo tiene como premisa fundamental la de no anular por completo la "soberanía" de las entidades regionales, menos que el gobierno central ejerza las atribuciones de aquéllas, porque, en su caso, es suficiente que cedan una parte de ella para consolidar el Pacto Federal, mediante la unión material, no sólo formal, de una Federación.⁷

Ahora, si en el Pacto Federal se dota al orden federal de la posibilidad de fijar las reglas para armonizar las potestades de los órdenes parciales (locales), la legislación federal debe tener como propósito fundamental la conservación de la esencia de ese Pacto, sea disminuyendo la soberanía regional solamente en lo necesario para alcanzar el fin común que con el ejercicio de esa facultad se busca; y para garantizar que el orden jurídico local garantice que se respeten los derechos fundamentales de los individuos que habiten permanente o temporalmente dentro de su jurisdicción.⁸

- Federalismo y participación del orden (nacional) federal para evitar posibles colisiones entre regionalismos (análisis del artículo 121 de la CPEUM).⁹

⁷ Como lo han descrito algunos tratadistas, la soberanía puede ser interna o externa. "El primer significado se refiere a la génesis tradicional de los sistemas federales, en particular cuando se juntan varios entes independientes para formar el sistema federal (es decir, un proceso de centralización), mientras que un sistema federal que surge de la descentralización de un antiguo Estado unitario no se basa en la previa autodeterminación de un ente integrante. De nuevo, sin embargo, si un Estado integrante de la Federación retiene completa autodeterminación, ello sería incompatible con la supremacía de la Constitución Federal y en general constituiría un confederalismo. El segundo significado de la soberanía también se basa en un concepto de soberanía limitada, ya que es inherente a la delegación del Poder Estatal por la Constitución Federal que este poder delegado este sujeto a los límites fijados por la propia Constitución Federal." Estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano, en Peter Haberle, *El Federalismo y el Regionalismo como Forma Estructural del Estado Constitucional*, página LIV

⁸ Sobre el particular, el artículo 28 (3) de la Ley Fundamental alemana establece que la "Federación garantizará que el orden constitucional de los Estados regionales esté en correspondencia con los derechos fundamentales y las disposiciones de los apartados 1 y 2"

⁹ Nuestro federalismo nace de un acto formal, no de la realidad como lo he señalado. Sus antecedentes y su regulación actual básicos se pueden sintetizar de la manera siguiente

El artículo 121 constitucional tuvo su origen en el 145 de la Constitución de 1824, que establecía que: "**En cada uno de los Estados de la Federación, se prestará entera fe y crédito**

El movimiento insurgente de Independencia, después de los experimentos del fallido Imperio, desemboca en la institución del régimen federal con la expedición del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, que consta de un discurso preliminar y de 40 artículos, entre ellos los siguientes

"Artículo 5o. La nación adopta para su gobierno la forma de Republica representativa popular federal "

"Artículo 6o. Sus partes integrantes son Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administracion y gobierno interior, según se detalla en esta acta y en la Constitucion General "

"Artículo 24. Las Constituciones de los Estados no podrán oponerse a esta acta ni a lo que establezca la Constitución General, por tanto, no podrán sancionarse hasta la publicación de esta ultima "

El federalismo del Acta Constitutiva no era desunir lo unido sino mantener ligado lo que estaba unido, ya que en 1822 existían 22 diputaciones provinciales y un año después 23, que exigieron este sistema provincial bajo la amenaza de separarse de México si establecía el régimen central, porque Campeche, Tabasco, Yucatán y Oaxaca se declararon libres de México, mientras que Querétaro y Zacatecas dispusieron que el Congreso Federal sólo tenía carácter convocante, por lo cual se atribuía el derecho de aplicar o no las disposiciones que de él emanaran de acuerdo con sus conveniencias (Ver Vilchis Cuevas, Juan Bruno, *El Federalismo en México y Los Problemas Sociales del País*, en Lex Difusión y Análisis, No. 179, Mexico, Editora Laguna, S.A. de C.V., mayo 2010, página 54)

Por su parte, la Constitución Federal de 1824, promulgada el 4 de octubre de ese año, nuevamente indicaba en su artículo 4o. la adopción del régimen federal. Esta Constitución Federal tuvo vigencia hasta finales de 1835, en que el Congreso Federal se declaró investido de Poderes Constituyentes y cambió la forma de gobierno de federal a unitaria (ver *Op cit*, página 55), sin soslayar que la Constitución centralista conservó ciertos aspectos de descentralización como las juntas departamentales

El 22 de agosto de 1846, los jefes vencedores del Congreso Constituyente decretaron el restablecimiento de la Constitución Federal de 1824, pero fue hasta que Santa Anna fue vencido el 9 de agosto de 1855, cuando se consumó el federalismo en México con el Congreso Constituyente que inició el 18 de febrero de 1856, "*cuando Ignacio Comonfort, depositario del Poder Ejecutivo promulgó el Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana, de cuño centralista, sin embargo, no obstante sus esfuerzos, imperó la idea del régimen federal en el Congreso. Para 1856, el pensamiento que Mexico de conformidad con la estructura federal triunfa, y desde entonces en la Constitución de 1857 vive el espíritu federalista, diseñando un sistema federal inspirada en los Estados Unidos de America "* (ver *Op cit*, página 56. También Marcello Carmagnini acepta que se consolidó en esa época nuestro federalismo, en *Las Formas del Federalismo Mexicano*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas y el Consejo Nacional de la Ciencia y Tecnología, 2005, página 14)

En la actualidad los artículos 40, 41 y 124 de la Constitución Federal disponen.

"Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental."

"Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las Particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal "

"Artículo 124. Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados "

a los actos, registros y procedimientos de los Jueces y demás autoridades de otros Estados. El Congreso General unifor-

Los primeros preceptos transcritos instituyen al federalismo en México como una forma de gobierno en la que, por un lado, las entidades federativas son soberanas en su régimen interior, pero están unidas en un Pacto Federal que deben conservar y respetar, al igual que las previsiones de la Constitución General creada con base en esa Federación, ya que la distribución de competencias se hace mayormente en la Ley Fundamental o se establece el órgano autorizado para tal efecto, con el propósito de evitar la colisión de autonomías o soberanías entre el Estado central o las unidades regionales

Desde del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, se ha concebido a México como una Federación, en la que las entidades federativas que la componen son libres y soberanas en cuanto a su administración y gobierno interior, sin embargo, su diseño se ha venido modificando en función de la distribución de competencias con el gobierno central, incluso, con los gobiernos municipales, ya que ahora para procurar la asignación indebida de competencias entre los entes de la Federación, se tiene una cláusula residual en la que se prevé que aquellas que no estén conferidas al gobierno central se encuentran reservadas a los Estados miembros

En general, estos poderes residuales se atribuyen a los Estados miembros, como residuo o remanencia (simbólica, más que nada) de su soberanía histórica que supuestamente permanecería vigente, aunque limitada por los Poderes Federales. Hasta qué punto ello es algo simbólico se demuestra con la existencia de una cláusula similar en países sin estructura federal, como España (artículo 149, 3 CE). También se vincula en ocasiones al principio de subsidiariedad, pues dicho principio lo que exige es que todos los asuntos que sean del interés del nivel inferior y se administren más adecuadamente por dicho nivel sean de su competencia, mientras que la competencia residual no está necesariamente ligada a esos criterios sustantivos de subsidiariedad, salvo que se establezca así expresamente o se coincida en mayor o menor medida, pero la comparación muestra cómo no es infrecuente que competencias que, conforme al principio de subsidiariedad, deberían estar atribuidas al nivel inferior, sean de la Federación y a la inversa (Gamper, Ana, *Global Theory of Federalism: The Nature and Challenges of a Federal State*, german law journal, nota 9)

Ha sido criticado nuestro modelo federal por el aumento de la lista única de competencias exclusivas federales (de manera muy importante, pero no exclusiva, en el artículo 73), aun cuando se trate de la expedición de leyes marco tratándose del Congreso de la Unión, debido a que se considera en la doctrina que no se logra alcanzar una descentralización que fortalezca la soberanía de las entidades federativas, la cual se estima que nació limitada con la implementación de una estructura rígida para todas ellas en el artículo 116 de la CPEUM, puesto que ***“va más allá de la homogeneidad razonablemente exigible en cuanto a los límites que pone a la capacidad de autoorganización (sí sería razonable, en cambio, la homogeneidad que se deriva de los artículos 115 y 177 de la Constitución o de algunos aspectos previstos por el propio artículo 116, como la división del poder público según el triptico tradicional), y permite afirmar que la autonomía estatal se halla bien alejada de las exigencias y presupuestos de un modelo realmente federal, pues la garantía de la unidad en la diversidad que todo Estado federal presupone y el subsiguiente principio de homogeneidad que de ello deriva no pueden confundirse con la imposición de una uniformidad asfixiante que alcance incluso a los aspectos estructurales de los entes territoriales”*** (ver Fernández Segado, Francisco, *El Federalismo en América Latina*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, Núm. 41, UNAM, 2003, con prólogo de Jorge Carpizo)

Más allá de esto acometido contra nuestro modelo de Estado federal, en la parte en que constitucionalmente están distribuidas las competencias, quiero poner especial énfasis en las normas de la Constitución Federal que dan intervención al gobierno central para armonizar ciertos aspectos que son propios de la soberanía de las entidades federativas, esto es, no se trata de la asignación de nuevas competencias —puesto que ya están dadas—, sino de concordar las que corresponden a las unidades regionales, por ello, la importancia de esa facultad es mayúscula, porque puede afectar el Pacto Federal al limitarse desmedidamente la libertad de las entidades locales o sobretutelarse evitando la consecución de los fines comunes de la Federación

mará las leyes según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos.¹⁰

Es importante tener en cuenta que la Constitución de 1824 tenía un sesgo intervencionista a la soberanía local más marcado, porque no se constreñía a señalar la eficacia de los actos realizados en otra de las entidades federativas, sino que permitía que el Congreso de la Unión *unificara las leyes* de aquéllas, limitando en los aspectos específicos materia de competencia del órgano federal la libertad estatal para legislar.

En la Constitución de 1857 se cambió la redacción, según se aprecia de su artículo 115, el cual decía: **"En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de los otros. El Congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos públicos, registros, procedimiento y el efecto de ellos."**

La anterior disposición no alude a uniformar las leyes de las entidades federativas, sino que les reconoce mayor libertad de configuración legislativa si se tiene en consideración que el Congreso únicamente prescribirá la manera de probar los actos públicos, registros y procedimientos realizados en otra entidad federativa, y no les otorga un efecto jurídico inmediato por el hecho de haberse celebrado, de ahí que algunos autores de esa

¹⁰ Cuyo origen se encuentra en el texto del artículo IV, sección 1, de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, que dice *"Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceeding of every other State and the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records and proceeding shall be proved and the effect thereof"*. La traducción que hizo el Constituyente mexicano ha sido criticada por algunos autores, al considerar que no se hizo de manera correcta.

época¹¹ establecieron que la facultad del Congreso de la Unión se limitaba a expedir una ley reglamentaria que permitiera legislar a las entidades federativas sobre conflictos de leyes, pero no podía expedir una ley de aplicación directa para resolver esas cuestiones, o bien, estimaban que para no afectar la soberanía de las entidades federativas se expidiera una ley en la que se armonizara, en *sentido negativo*, la eficacia de los actos celebrados en otra entidad federativa, estableciendo los casos en que no podían desconocerlos.

En la Constitución Federal de 1917 se modificó nuevamente la redacción de la facultad federal, en los términos siguientes:

"Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes.

"I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.

"II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación.

"III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados

¹¹ Como Ramón Rodríguez en su obra *El Derecho Constitucional en 1875*

en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

"Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

"IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

"V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros."

Aunque el párrafo primero es igual al texto del artículo 115 de la Constitución Federal de 1857, se explicitaron algunas bases para que el Congreso de la Unión prescribiera la forma de probar, entre otros, los actos del estado civil como matrimonios, divorcios o adopciones que en algunas ocasiones trascienden al tema de la personalidad humana. A partir de este texto que divide la *validez* de los efectos jurídicos de los actos del estado civil, como sucede en el ámbito internacional, la doctrina ha establecido dos teorías para resolver los conflictos de leyes entre las entidades, a saber: 1. El criterio del estatuto personal en el que los actos del estado civil celebrados en una entidad federativa tienen validez en otra, con la misma eficacia y efectos que se tienen en el lugar de origen; y, 2. El criterio territorial en donde se reconoce la validez pero sus efectos se ajustan a las

disposiciones legales de la entidad federativa en la que se pretenda tenga eficacia el acto civil.¹²

En ambas teorías se reconoce la validez del acto civil que se celebra conforme a las leyes de otra entidad federativa, pues así se establece expresamente en el artículo 121, fracción IV, de la CPEUM, pero la discrepancia surge en la intensidad de los efectos jurídicos, pues se considera que por la naturaleza de los actos se tienen que reconocer efectos plenos, en desdoro de la soberanía de las entidades federativas; o bien, que es posible que la entidad en la que se pretende dar eficacia pueda desconocer los efectos jurídicos de un acto civil ajustado a la legislación de otra entidad, porque se trata de su soberanía para legislar sobre el ámbito civil.

A mi criterio y compartiendo lo que se resolvió en la acción de inconstitucionalidad materia de este voto, para conservar el Pacto Federal no se tiene que anular la facultad de las entidades federativas para legislar en su ámbito interno, en particular, en la materia civil, pero tampoco sin más negarle efectos jurídicos a un acto civil celebrado conforme a las disposiciones locales de otra entidad, porque la validez de un acto civil sin ningún efecto vaciaría de contenido el artículo 121, fracción IV, de la CPEUM, o sería una validez "atípica".¹³

¹² En la exposición de motivos del 26 de octubre de 1987, sobre las reformas al anterior Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se reconoce esta teoría en los siguientes términos: "El artículo 12 que se propone mantiene el principio de territorialidad de la ley mexicana, incorporado en el Código Civil de 1928, a raíz de que conforme a los códigos de 1870 y 1884, que consagran el principio del estatuto personal a nuestro país se vio en numerosas reclamaciones de potencias extranjeras en protección de sus nacionales, que de ninguna manera resultaron afectados en nuestro movimiento revolucionario. Pero mantiene el principio de territorialidad, en los términos modernos y actuales que sostiene la doctrina jurídica dominante sin excluir la posibilidad de que apliquen las normas de un derecho extranjero en los términos de los tratados y convenciones de los que México sea parte."

¹³ Como lo expresó en la sesión pública el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea

Al respecto, estimo que el artículo 121 de la CPEUM es una norma de cohesión que busca asegurar la prevalencia del Pacto Federal, sin anular –de manera absoluta– la facultad legislativa de las entidades federativas, por lo que su interpretación debe ser *balanceada* en ese sentido, sin reglas absolutas que pongan en riesgo ese Pacto Federal mediante la vulneración injustificada de la competencia local o la exacerbación de esta libertad que hagan imposible la coherencia del sistema federal; así, no es posible suponer que las entidades federativas pueden escoger entre otorgarle o no efectos a un acto del estado civil celebrado en otra entidad, porque trastocaría ese sistema federal y provocaría la desunión entre ellas,¹⁴ y tampoco podría interpretarse en el sentido de que los actos celebrados en una entidad federativa siempre tendrán efectos plenos en las otras.

Sobre el particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos en uno de los casos (que hasta donde pude investigar son muy pocos) que abordan ese tema –*Milwaukee County v. M.E. White Co.*, fallado en 1935–, estableció:

"El propósito de la cláusula de entera fe y crédito fue alterar el estado de las diversas comunidades como soberanías independientes, en donde cada una podía ignorar las obligaciones creadas bajo las leyes o los procedimientos judiciales de los otros, y hacerlos parte integral de una misma nación."

Comparto esa aseveración en la medida que con la cláusula respectiva se alteran las *soberanías* de las entidades federativas

¹⁴ En este punto, se sigue a Lawrence Tribe, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Harvard, quien llegó a esa conclusión al interpretar la cláusula de entera fe y crédito de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica

para dar cabida a la integración de la nación, siendo excepcional esta disminución a la facultad para legislar en su régimen interior y, por ende, nunca debe anular por completo dicha libertad, sino armonizarlas para cohesionar a la Federación. Así se ha entendido en la práctica legislativa, en virtud de que el artículo 13 del Código Civil Federal¹⁵ dispone:

"Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

"I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

"II. El Estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

" ...

"IV. La forma de los actos jurídicos se registrará por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de

¹⁵ Debe aclararse que conforme al artículo 1o del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, sus disposiciones regían en este ámbito territorial, pero a partir de las reformas del 2000 solamente rige en toda la República en asuntos del orden federal, esto es, ya no rige en materia civil respecto de las partes integrantes de la Federación enunciadas en el artículo 43 de la CPEUM, sino en el resto del territorio nacional o en algún otro acto en el que no tuvieran jurisdicción las entidades federativas, como se señala en la iniciativa de reformas del 22 de mayo de 2000, que dice "Lo anterior hace indispensable determinar con claridad el ordenamiento civil aplicable en materia federal, para lo cual se propone adecuar la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por la de Código Civil Federal, en estricto apego al precepto constitucional que otorga a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, competencia para legislar en materia civil para esa entidad federativa "

tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y

"V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho."

La disposición revela que en materia de formalidades de los actos jurídicos, se regirán por el derecho del lugar en donde se celebren, lo que evita, por una parte, que en cada Estado de la República donde se desee que tenga validez se lleve a cabo de nueva cuenta el acto jurídico; además, las fracciones II y V del citado artículo 13 establecen un principio de territorialidad en la aplicación de las normas, pues disponen que los actos del estado civil se regirán por el derecho del domicilio de la persona, y los efectos jurídicos de los actos y contratos estarán gobernados por el derecho de la entidad en donde habrán de ejecutarse.

Este principio de territorialidad también se recoge en todos los Códigos Civiles de las entidades federativas, en los siguientes términos:

- En los Estados de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y el Distrito Federal, se establece con claridad que cuando un acto hubiere sido celebrado en un Estado, pero se ejecute en el territorio de otro, regirán las disposiciones aplicables de este último.

- En los Estados de Baja California Sur, Guerrero, Sinaloa, Sonora y Veracruz, se someten los efectos de los actos celebrados en otras entidades federativas, tanto a la legislación del Estado en el que deban ejecutarse, como a las disposiciones federales que estimen aplicables.

- El caso de Campeche no tiene una disposición que permita determinar con claridad qué derecho deberá aplicarse, pues en el artículo 16, únicamente establece que "debe observarse lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Federal".

- En el Distrito Federal el artículo 13 del Código Civil, reformado en mayo de 2000, en lo que interesa señala:

"Artículo 13. La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas:

"I. En el Distrito Federal serán reconocidas las situaciones jurídicas válidamente creadas en otras entidades de la República;

"II. El estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal;

" ...

"IV. La forma de los actos jurídicos se registrará por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los celebrados fuera del Distrito Federal, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal; y

"V. Salvo lo previsto en las dos fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se registrarán por las disposiciones de este código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho."

En este orden, me parece que el estudio nacional pone en relieve que, en la práctica, el artículo 121 constitucional opera de dos maneras:

1) Existe deferencia a las entidades federativas en donde se hubiere celebrado el acto, situación que, en materia de formalidades, conlleva la extraterritorialidad de las normas de las entidades federativas

2) Una posición prácticamente unánime en el sentido de que en cuanto a los efectos de los actos jurídicos, esto es, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, rige el principio de territorialidad de leyes.

Creo que la forma en que se ha legislado por parte de las entidades federativas, ante la ausencia de una ley reglamentaria del artículo 121 de la CPEUM, cumple con el balance propio del federalismo mexicano, porque se mantiene la unidad del país (con el reconocimiento de la validez del acto jurídico celebrado en otra entidad federativa), y por el otro, se conserva su soberanía, pues les permite determinar los efectos jurídicos que deberá tener cada acto jurídico, sin anularlo por completo, que es como entiendo se debe interpretar la disposición constitucional de que se trata, para no caer en extremos que produzcan el colapso en el Pacto Federal.

Entonces, los matrimonios celebrados en el Distrito Federal y ajustados a la legislación de esta entidad federativa son válidos en todo el país, por virtud de la cláusula prevista en el artículo 121 de la CPEUM, pero sus efectos jurídicos, mientras no exista una ley reglamentaria, corresponderá determinarlos a cada Estado en que se pretenda ejecutar y, eventualmente, los Jueces de cada uno de ellos resolverán los conflictos de leyes que puedan surgir en relación con los actos del estado civil de las personas. En este sentido, pueden modular los efectos jurídicos, pero nunca desconocerlos en forma total; tampoco se podría exigir que la legislación local reconozca un acto de otra entidad federativa diversa con los efectos plenos que les otorgan las leyes de donde se celebraron, a menos que, de no ser así, se vulneren derechos fundamentales, en virtud que no se podrá invocar el respeto a su soberanía estatal cuando estén en apuro las garantías individuales de las personas.

Lo anterior se corrobora porque si se reconoció capacidad de configuración legislativa al Distrito Federal, también se le debe reconocer al resto de las entidades de la Federación, por supuesto, ello en las dimensiones que expuse.

B) Análisis de la adopción entre parejas del mismo género.

En el considerando séptimo de la ejecutoria se señala que es constitucional el texto del artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, al permitir la adopción entre parejas del mismo género en dicha entidad (en realidad ese artículo lo que hace es no prohibir), con lo cual concuerdo totalmente; pero me parece que el énfasis puesto en el razonamiento de que podría discriminarse a tales parejas si la legislación no les permitiese adoptar impidió resaltar otro aspecto que, tal como lo expuse en

la sesión pública del 16 de agosto de 2010, es para mí lo más relevante, para el juicio de ponderación entre los derechos en juego. Yo estimo que el tema toral para determinar la constitucionalidad del sistema normativo del Distrito Federal en materia de adopción debe ser el de la garantía del interés superior del menor.¹⁶

En primer lugar, debe recordarse que el Tribunal Pleno ha definido que no hay un derecho fundamental al matrimonio o a la adopción, pues éstas son figuras del derecho civil que han tenido variaciones a lo largo del tiempo y siguen teniéndolas conforme las concepciones que se tienen en un momento dado y en las distintas entidades que conforman a la Federación.

Luego, la argumentación de la ejecutoria debió privilegiar, con base en el artículo 4o. de la CPEUM, el alcance del derecho de los menores a que prevalezca el principio del interés superior que los protege, independientemente de las consideraciones sobre discriminación o igualdad entre parejas de diferente o del mismo sexo, en particular, para determinar si el DF, al permitir la adopción por personas del mismo género, está o no garantizando ese interés superior del menor.

En la adopción de menores o, en su caso, de incapaces mayores de edad, se debe analizar si lo que se hace en sede

¹⁶ El interés superior del menor se encuentra en tratados internacionales, legislación federal y local, pero principalmente en el artículo 4o. de la CPEUM, que dice: " Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.—El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. "

legislativa es correcto, mirando siempre de manera prioritaria a la satisfacción de las necesidades del adoptado y no, en primera instancia, a la de los adoptantes.

En este contexto, es válido sostener que conforme a nuestra Constitución y los tratados internacionales en la materia, el interés superior del menor se garantiza si existe, al menos:

a) Un marco legislativo que prevea requisitos suficientemente razonables para que prevalezca siempre ese interés; y,

b) La determinación de que ya sea en sede jurisdiccional o administrativa, actúen instancias especializadas que se apoyen, previa la decisión final sobre una adopción, en estudios que garanticen de la manera más sólida posible que quien solicita la adopción tiene las condiciones emocionales, psicológicas, sociales y económicas para asegurar la satisfacción de las necesidades de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento del menor, y así lograr su desarrollo integral con dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos.¹⁷

Así, en el caso del Distrito Federal el artículo 390 del Código Civil dispone que: "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años o más que el adoptado y que acredite además: I. Que tiene medios

¹⁷ En lo personal me inclino a pensar que es mejor el sistema que deposita la responsabilidad de determinar la procedencia de una adopción en sede jurisdiccional, para que sea un Juez especializado (Juez de lo familiar) apoyado en estudios de instituciones o profesionales calificados, quien determine finalmente si procede la solicitud de adopción de un individuo, una pareja (concubinos) o un matrimonio, tal como se ha establecido en México

bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar; II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar. Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el Juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente."

Por su parte, el artículo 391 del mismo código señala: "Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como un hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberá acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.", es decir, los requeridos para la persona que no está casada.

A su vez, el artículo 397 acota que: "Para que la adopción pueda tener lugar, deberán consentir en ella, en sus respectivos casos: I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar; II. El tutor del que se va a adoptar; III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y IV. El menor si tiene más de doce años; . . . En todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores atendiendo a su edad y grado de madurez. ..."

De igual forma, el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone: "El que pretende adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del

Código Civil, debiendo observar lo siguiente: I. En la promoción inicial se deberá manifestar si se trata de adopción nacional o internacional, mencionándose nombre, edad y si lo hubiere el domicilio del menor o persona con incapacidad que se pretenda adoptar, el nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido, y acompañar certificado médico de buena salud de los promovedores y del menor.", y el segundo párrafo de la fracción I que me parece fundamental ordena: "Los estudios socio-económicos y psicológicos necesarios para efectuar el trámite de adopción deberán realizarse por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o por quien éste autorice, siempre que se trate de profesionistas que acrediten tener título profesional y tener como mínimo dos años de experiencia en la atención de menores y personas susceptibles de adoptar. También los podrán realizar la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal para los efectos de adopción nacional."

¿Qué se desprende de todo esto? El legislador del Distrito Federal establece un sistema en donde –en mi opinión– en sede legislativa prevén, de manera razonable, garantías para asegurar de la mejor manera posible el desarrollo integral del niño adoptado y el respeto a su dignidad y sus derechos; ordenando que sea en sede judicial donde se valore la mejor decisión en relación con el menor que se pretende adoptar. Me parece que esto es lo relevante para el juicio de constitucionalidad sobre el sistema normativo que rige la adopción de menores en el Distrito Federal, es decir, si en sede legislativa se ha asegurado un sistema que razonablemente garantiza que se haga prevalecer el

interés superior del menor y deja la decisión para que, caso por caso, sea un Juez especializado el que valore si se cumplen con los extremos legales para que se adopte a un menor, es incuestionable que el sistema normativo cumple con los estándares que fija nuestra Constitución. Debe subrayarse que es el Juez el que, en última instancia, tiene la obligación de velar por el interés superior del menor (sobre todo cuando su edad no le permita opinar); en ese sentido, es a él a quien corresponde tomar todas las previsiones para tener la certeza de que quien está solicitando la adopción (matrimonio o individuo) resulta apto para ello (independientemente de sus preferencias sexuales); y que se está garantizando de la mejor manera posible el interés superior del menor para que pueda desarrollarse de manera integral y con dignidad en un nuevo medio familiar, puesto que el Juez debe acudir de manera obligatoria al Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia y la Niñez, a efecto de contar con los estudios socio-económicos y psicológicos del solicitante necesarios, que son la base para que pueda decidir acerca de la adopción.

Ahora bien, concluyo señalando que por estas razones me parece que la legislación del Distrito Federal en la materia cumple con estándares de razonabilidad suficientes para considerar este sistema normativo constitucionalmente válido.

Por todo ello formulo este voto concurrente, para precisar mi posición en cuanto a los alcances del artículo 121 de la CPEUM; y para subrayar que, en mi opinión, en la resolución que adoptamos, independientemente de señalarse que conforme al artículo 1o. de la propia CPEUM no se podría discriminar para la adopción a un matrimonio de personas del mismo sexo, se debió incorporar y poner el mayor de los énfasis en que en

materia de adopción lo más importante, conforme a nuestro régimen constitucional y al sistema normativo del Distrito Federal, es la responsabilidad del Juez competente, de que en cada caso de adopción que se someta a su jurisdicción, tome todas las medidas necesarias para garantizar el interés superior del menor por sobre cualquier otro, incluyendo a los del (o los) solicitante (s).

Nota: La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 2/2010, que contiene el criterio respecto del cual se formuló este voto, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, diciembre de 2010, página 991.