

IX. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010, PROMOVIDA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA*

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010 en sesión de dieciséis de agosto de dos mil diez, sostuvo que son constitucionales los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial de dicha entidad de veintinueve de diciembre de dos mil nueve. No comparto la anterior determinación plenaria, que se refleja en el punto resolutivo segundo de la sentencia, por las siguientes razones:

I. En el considerando quinto de la resolución mayoritaria se desestiman los conceptos de invalidez hechos valer, específicamente, en contra del artículo 146 en cuanto redefine el concepto de matrimonio para entenderlo entre dos personas, sin importar

* Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 1132 Reg. IUS 40501

su sexo. La constitucionalidad de la medida legislativa se sustenta, esencialmente, en los razonamientos siguientes:

- No hay violación a la garantía de motivación contenida en el artículo 16 constitucional, porque la Suprema Corte ha sostenido, en distintas ocasiones, que el legislador no está obligado a justificar dentro del procedimiento legislativo, que la creación de normas jurídicas obedece a determinados objetivos que se correspondan con la realidad social.

- Los planteamientos de invalidez se dirigen a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal, pero no a impugnar el acto legislativo por violación al principio de igualdad o no discriminación, supuesto que sí exigiría examinarse bajo un test exhaustivo y reforzado en relación con la igualdad.

- Lo anterior se advierte porque a través de la medida legislativa impugnada, no se produce una restricción de derechos sino que se están ampliando o igualándolos y, por tanto, el control de constitucionalidad requiere de un análisis de razonabilidad –no de proporcionalidad– para verificar, por un lado, si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos y, por el otro, si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato.

- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal está facultada, en términos de lo establecido por el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución, para legislar en materia civil y, por tanto, para redefinir el concepto

de matrimonio permitiendo que se celebre entre dos personas y no sólo entre un hombre y una mujer.

- La Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio sino que deja su regulación al legislador ordinario. En su artículo 4o. obliga a proteger a la familia –su organización y desarrollo–, pero tampoco nos refiere que ese concepto de carácter sociológico tenga que constituirse necesariamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer, sino que dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, se entiende que esa protección debe cubrir todas las formas y manifestaciones de familia, sea las formadas con el matrimonio, con uniones de hecho, con un padre o una madre e hijos o por cualquier otra forma que denote un vínculo similar, incluido el derivado de parejas del mismo sexo.

- La dinámica social ha dado lugar a diversas formas familiares, como son, por ejemplo, la familia nuclear, integrada por esposo (padre), esposa (madre), con o sin hijos, que pueden ser biológicos o adoptados; familias monoparentales, es decir, conformadas por un padre e hijos o una madre e hijos, o bien, familias extensas o consanguíneas, esto es, las que se extienden a más generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; uniones homosexuales con o sin hijos –se entiende de alguno de sus miembros procreados con una persona de sexo diferente–. Todas estas formas familiares deben ser protegidas por mandato constitucional.

- Si bien históricamente el matrimonio se ha considerado como la unión entre un hombre y una mujer y la procreación ha teniendo un papel importante en su definición, la evolución de

esta institución y de su concepción lleva a sostener que la relación jurídica matrimonial no se vincula ya al fin de la procreación, sino que se sostiene, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

- Tampoco los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano obligan al legislador ordinario a conceptualizar el matrimonio y la familia como tradicionalmente se ha hecho. Por el contrario, en este aspecto deben aplicarse los principios *pro persona* y *pro libertatis* para optar por una interpretación extensiva en lo que favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales y restrictiva en todo lo que los limite o se contraponga a la libertad.

- La Asamblea Legislativa justifica la reforma legal impugnada, esencialmente, en la igualdad y la no discriminación, en concreto, por orientación sexual, lo que satisface el principio de razonabilidad, pues a través de la Ley de Sociedades de Convivencia no se logra la misma protección, no obstante que ya la Suprema Corte ha determinado que la dignidad humana es un derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, que supone 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, entre otras expresiones, 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.

- En conclusión, no es sostenible una interpretación constitucional que lleve a concluir que la Asamblea Legislativa del Distrito

Federal, en ejercicio de su competencia para regular lo relativo al matrimonio, no pueda extenderlo a las relaciones o uniones entre personas del mismo sexo.

A) Artículo 16 constitucional. Motivación de la reforma impugnada.

Quiero destacar, en primer término, que las relaciones homo-sexuales han sido ya objeto de regulación jurídica en el ámbito del Distrito Federal en la Ley de Sociedades de Convivencia, por lo que no puede justificarse la reforma impugnada en la necesidad de normarlas y, en segundo lugar, que la equiparación de las parejas del mismo y de diferente sexo al permitirse el matrimonio a ambas y la posibilidad de adopción para las dos, trastoca el principio de igualdad, la garantía institucional relativa a la protección de la familia y desatiende la obligación de atender de manera preferente y primordial al interés superior de la infancia, como lo demostraré en este voto.

Antes de referirme a las razones por las que disiento de los argumentos vertidos en la resolución mayoritaria para sostener la constitucionalidad de la medida legislativa que redefine la institución jurídica del matrimonio para entenderlo como la unión, ya no entre un hombre y una mujer, sino entre dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, considero pertinente hacer algunas consideraciones en torno a nuestra Constitución.

Javier Pérez Royo sostiene¹ con razón que la Constitución no es en modo alguno un producto de la tradición o del azar

¹ Pérez Royo, Javier, "Curso de Derecho Constitucional", Madrid, 2000, Marcial Pons, pp 98-99

—me atrevo a agregar que tampoco de la costumbre—, sino de la fuerza ordenadora de la razón. Por eso, los principios y los preceptos que ella contiene no pueden ser entendidos como mero capricho del Constituyente, sino como un sistema normativo racional y coherente que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se puedan subsumir fórmulas aplicables en todos los casos particulares posibles.

García Pelayo nos proporciona la siguiente definición: "La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales, tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en la que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles."²

En el presente nadie duda de la fuerza normativa de la Constitución, no sólo en un sentido estático, en cuanto cúmulo de preceptos de carácter obligatorio, sino también como fuente formal del derecho secundario. Esta característica debe entenderse no únicamente como punto de partida para la creación de leyes secundarias; sino, además, y de manera muy importante, en cuanto constituye un régimen jurídico especial, de una fuerza peculiar que la pone por encima de cualquier otra ley y, como

² Citado por Pérez Royo, Javier, *op cit*, pp 99

señala Guastini, de cualquier otra fuente;³ de tal manera que no puede ser abrogada, derogada o modificada por ninguna otra ley, mucho menos por un precepto derivado, por el contrario, las normas constitucionales son aptas, en palabras del mismo autor, para:

a) Abrogar y/o invalidar (se trata, en este caso, de invalidez sobrevenida) normas anteriores de rango subconstitucional materialmente incompatibles con ella; y,

b) Invalidar normas sucesivas de rango subconstitucional formalmente disconformes o materialmente incompatibles con ella.

Estas premisas han sido recogidas en diversas tesis de jurisprudencia de esta Suprema Corte, entre otras, la que lleva por rubro: "PARTIDOS POLÍTICOS. CORRESPONDE AL LEGISLADOR ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA SU CREACIÓN, CON APEGO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDIENTES Y CONFORME A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE PERMITAN EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA."⁴

Así, el legislador secundario, al hacer uso de su facultad primaria de elaborar normas no posee una carta blanca para regular lo que quiera y como quiera; es decir, al emitir una ley no puede, en ningún momento y bajo pena de que su acto legislativo sea declarado inconstitucional, desoír ni drenar los contenidos de las normas consignadas en la Constitución Federal, pues

³ Guastini, Ricardo, "Estudios de Teoría Constitucional", México, 2003, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, p. 37

⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XIX, junio de 2004, tesis P/J 40/2004, p. 867

debe afirmarse que la Constitución impone a la legislación dos tipos de límites: formales y materiales o sustanciales.

Los primeros se refieren a normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, acotándolo al procedimiento establecido por la Constitución. Los segundos son los materiales, mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras; es decir, puede limitar el contenido material de las mismas, mediante órdenes y prohibiciones dirigidas al legislador o de manera indirecta, regulando inmediatamente ciertos supuestos de hecho –por ejemplo, confiriendo derechos subjetivos a los ciudadanos– y estableciendo su propia superioridad jerárquica respecto de la ley.

Norberto Bobbio ilustra esta limitante material, al apuntar que en el paso de la norma constitucional a la ordinaria son frecuentes los límites tanto formales como materiales, pues, ejemplifica, cuando la Constitución atribuye a los ciudadanos la libertad religiosa, limita el contenido de la norma secundaria, prohibiendo al legislador dictar normas que restrinjan esa libertad.⁵

Es posible decir que un elemento esencial de la norma secundaria debe ser su adecuación con el Texto Constitucional; por tanto, si un precepto no atiende al contenido de la Constitución pierde un elemento esencial de validez.

Lo anterior podría entenderse a partir de un sencillo ejemplo geométrico: si a una figura cuadrangular se le quita uno de sus cuatro lados (elemento esencial), tal figura pierde su ser y sustan-

⁵ "Teoría General del Derecho", Madrid, 1998, Debate, p. 177

cia; se transforma en una distinta, a saber, un triángulo, con lo cual se transgrede el principio lógico de identidad, pues la condición de cuadrilátero depende necesariamente de que la figura posea cuatro lados.

Esta sencilla imagen permite advertir la importancia de que las normas secundarias sean acordes con el texto y sentido de la Constitución, pues si al elaborarlas el legislador soslaya la disposición o el principio de la Ley Fundamental, condena al nuevo precepto a la inconstitucionalidad y a su eventual invalidez, al suprimirle uno de sus elementos esenciales: su constitucionalidad, y la convierte así en un precepto distinto, ajeno y desde luego contrario al orden constitucional del que dimana.

Esto ocurre con el artículo 146 impugnado en la acción de inconstitucionalidad, en tanto prevé la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en franco olvido del contenido y sentido de las normas constitucionales atinentes al tema, además de la interpretación equivocada de dos instituciones jurídicas y humanas fundamentales en el tema a estudio, a saber, el matrimonio y la familia.

B) Artículo 4o. constitucional.

No comparto la afirmación contenida en la resolución plenaria mayoritaria respecto a que el artículo 4o. constitucional contiene una serie de principios y de derechos que no tienen una relación directa entre sí. De la citada norma suprema derivan los siguientes derechos y principios:

a) Igualdad del varón y la mujer ante la ley, que deberá proteger la organización y desarrollo de la familia.

b) Derecho de procreación, es decir, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.

c) Derecho de protección a la salud.

d) Derecho a un medio ambiente adecuado.

e) Derecho de la familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa.

f) Derecho de la niñez a su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, estando obligados los ascendientes, tutores y custodios a preservar sus derechos y el Estado a proveer lo necesario para el respeto a la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos.

Así, la Norma Suprema, en principio consigna la igualdad del varón y la mujer ante la ley y ordena a ésta proteger la organización y desarrollo de la familia. Al establecerse lo anterior en el mismo párrafo, es claro que el tipo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución es el formado por el hombre, la mujer y los hijos que lleguen a procrear.

En los siguientes párrafos la disposición suprema refiere los principios que aseguran el sano desenvolvimiento de la familia y de sus miembros, como son el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, el de salud, vivienda decorosa, ambiente adecuado para el sano desarrollo, para culminar consagrando los derechos de la niñez a satisfacer sus necesidades

y el deber tanto de los ascendientes, tutores y custodios como del Estado de preservar y asegurar los derechos de la niñez.

Con la consagración de los principios y derechos aludidos se procura a los seres humanos su salud, su bienestar físico y mental y el mejoramiento de su calidad de vida, en especial a la niñez, destacándose la necesidad de que la ley proteja a la familia en tanto constituye la organización social primaria en donde se desenvuelve la vida de quienes la integran.

No hay duda respecto a que el modelo de familia que tuvo en mente el Poder Reformador de la Constitución al ordenar su protección es la familia nuclear formada por el hombre, la mujer y los hijos. Sólo a través del reconocimiento de la institución matrimonial entre parejas de distinto sexo puede el Estado dar cumplimiento a ese deber.

Existe una tendencia generalizada a creer que el matrimonio heterosexual es un producto de la moral religiosa; sin embargo, existen fuentes que sostienen que en las comunidades antiguas de Grecia y Roma el matrimonio nació dentro de las primeras formas de organización doméstica y constituía no un acto vinculado con la moral, sino con el paso de un sistema de culto privado a otro culto privado; es decir, del paso que una joven realizaba del culto al hogar y a los dioses domésticos de su padre al de su marido, pues incluso la ceremonia del matrimonio no se celebraba en los templos de Júpiter o de Juno, sino en la casa, presidida por el dios doméstico.

De aquí derivó la definición de matrimonio que el Digesto enumera: Las nupcias son una comunicación del derecho divino

y el humano;⁶ es decir, un acto humano donde participan tanto las leyes nacionales como las divinas.

El matrimonio estaba ligado a la familia pues a través de aquél se aseguraba la procreación y la descendencia. El matrimonio en la Grecia y en la Roma antiguas era obligatorio y su fin no era el placer ni en la unión de dos seres que se correspondían sentimentalmente, sino para unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuera apto para continuar ese culto, por eso era fácil disolver el matrimonio si la mujer era estéril.⁷ En las leyes de Manú, en la India "La mujer estéril se reemplaza al cabo de ocho años".

Lo anterior permite sostener que matrimonio y familia surgen de una realidad antropológica y social anterior a lo que puede considerarse como un matrimonio institucionalizado en el orden civil y religioso, su estima está vinculada con el valor que la sociedad otorga a la familia y a los hijos.

Por ello es posible decir que esta unión entre matrimonio y familia encuentra sus raíces más allá de las concepciones religiosas y morales, ya que su origen se pierde en épocas anteriores a la propia formación de los sistemas religiosos de la antigüedad, pues, según Gonzalo Flores, el modelo de matrimonio que ha imperado en la cultura occidental (es decir, el heterosexual, monógamo, con consentimiento de las partes y con fines de procreación natural) ha perdurado por más de veinticinco siglos, en tanto ya era reconocido por las leyes griegas y romanas.⁸

⁶ Digesto, XXIII

⁷ Luciano, Tomón, 17, Esguilo, Agamiennón, 1207, citados por De Coulange, Iustel, *La Ciudad Antigua*, Mexico, 1996, p. 33

⁸ *Matrimonio y Familia*, Madrid, 1995, B A C , p. 47

Desde el punto de vista etimológico la palabra matrimonio hace referencia a la procreación, pues se compone de un sustantivo: Mater que significa madre y un verbo: monio (de monere), que quiere decir recordar; de aquí que el matrimonio es lo que recuerda a la madre; es decir, al origen, a la procreación. Incluso, en el griego antiguo se designaba al matrimonio con la palabra himeneo, donde la palabra himen constituye la raíz semántica y significa membrana, es decir, existe una clara alusión al cuerpo femenino.

Estos sencillos datos etimológicos permiten sostener que el matrimonio heterosexual no es un producto de la moral religiosa, sino un elemento de nuestra cultura, donde matrimonio heterosexual y familia constituyen las instituciones propias de la perpetuación de la especie humana.

Además, desde el punto de vista lógico y tomando en cuenta los datos antes señalados, es posible sostener que el adjetivo heterosexual no debe considerarse como un elemento accidental del sustantivo matrimonio, sino como un predicable esencial, pues en nuestra cultura, un matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo no puede ser llamado con propiedad matrimonio, dado que, como se dijo, etimológicamente la palabra matrimonio involucra al ser femenino y la posibilidad de generación de vida por vías naturales; luego, el término heterosexual constituye un predicable esencial del matrimonio

La unión entre dos personas del mismo sexo no puede comprenderse, por tanto, dentro del concepto histórico, social y jurídico del matrimonio. Debe buscarse un neologismo que refiera ese tipo de unión y regularse jurídicamente aparte de la institución matrimonial.

En efecto, a partir de la etimología, un neologismo es una "palabra nueva"; su campo semántico abarca también la idea de lo insólito, lo inesperado, propio de la juventud, irreflexivo, inexperto. Para advertir la importancia del neologismo, es importante distinguir entre derivación y composición. La primera consiste en formar nuevas palabras partiendo de una ya existente, mediante la añadidura de morfemas llamados sufijos. En la composición, con dos o más palabras se forma una nueva que conserva los significados de las voces que la componen pero da origen al vocablo distinto.⁹

Para que el nuevo vocablo sea compuesto debe reunir dos condiciones: una lógica y otra gráfica, esto es, que se fundan en la mente dos ideas para designar una nueva y que se junten en la escritura las voces que designan dichas ideas para expresar la nueva. Por ejemplo, noroeste, de norte más oeste, no significa norte ni oeste, sino un punto intermedio entre los dos, es un punto geográfico distinto.¹⁰

El objetivo de la formación de palabras consiste en ampliar el repertorio léxico por procedimientos morfológicos, que permiten satisfacer la necesidad de designar una realidad objetiva o subjetivamente nueva mediante la actualización o modificación de un significante preexistente.

Así, por ejemplo, para formar el neologismo del concepto relativo a la unión de dos hombres es necesario:

⁹ Murguía, Santiago, "Lexicogénesis. Derivados y Compuestos en la Creación del Vocabulario Latino y Castellano", Bilbao, Universidad de Deusto, 2000

¹⁰ Haensch, G. L. Walt, S. Etinger, "La Lexicografía. De la Lingüística Teórica a la Lexicografía Práctica", Madrid, Gredos, 1982 (Biblioteca Románica Hispánica, 56)

- Buscar los vocablos que indiquen los conceptos que se quieren unir para formar uno nuevo y distinto de ellos. Se puede acudir al griego o al latín para buscar los términos correspondientes, o en el caso de un híbrido a otra lengua.

Gámos

matrimonio

unión marital

boda

más**Anér – andrós**

hombre

varón

- Se invierte el orden de las palabras.

Anér – andrós

hombre

varón

más**Gámos**

matrimonio

unión marital

boda

- Se suprimen las terminaciones.

Anér – andrós

hombre

varón

más**Gámos**

matrimonio

unión marital

boda

- Para quedar de la siguiente manera:

Andr-**gam-**

- Se intercala una vocal de unión para juntar los dos términos que formarán el neologismo (generalmente es la vocal O pero puede ser la A).

Andr-**Q****gam-**

- Se añade el sufijo característico que dará el matiz adecuado para el nuevo concepto.

Andr-**Q****gam- ia**

- Por último, se adapta a la ortografía castellana.

Androgamia

De igual manera podrían obtenerse como propuestas de neologismo al concepto relativo a la unión de dos hombres: ginecogamia, homogamia y lesbogamia.¹¹

No queda duda entonces, que la institución del matrimonio debe reservarse exclusivamente para la unión entre un hombre y una mujer y a través de ella se cumple con la garantía institucional de proteger la organización y el desarrollo de la familia.

El Tribunal Constitucional español ha desarrollado el concepto de garantía institucional,¹² como la defensa en la Constitución de determinadas instituciones que se consideran como componentes esenciales del orden jurídico-político, cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios

¹¹ **Anér** – **andrós**, hombre, varón, esposo, amante, mortal **Gaméo**, tomar por esposa. **Gámos**, matrimonio, unión marital, boda, banquete de boda. **Gamikós**, del matrimonio, nupcial **Gameté**, mujer casada, esposa **Gamétes**, mando, esposo **Giné** – **ginaikós**, mujer esposa, señora, dueña **Gýnis** – **gýnidos**, hombre afeminado **Homós**, igual, semejante, el mismo, idéntico, único (distinguir del sustantivo latino homo – hominis, hombre, varón) **Hyménaios**, matrimonio, himeneo, canto nupcial **Lesibázo**, vivir licenciosamente, como las de **Lesbos** **Lesbos**, isla del Mar Egeo **Lésbios**, lesbio, de Lesbos **Mulier** – **muliers**, mujer (en general), mujer casada, esposa **Muliebris** – **muliebre**, mujeril, femenino (en sentido figurado), afeminado, pusilánime

¹² Sentencia 32/1981

constitucionales; se trata de "elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio Texto Constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza".

Si bien, entonces, la garantía institucional consistente en la protección de la familia no asegura, en principio, una determinada regulación respecto de la misma, sí requiere que se haga en términos que sean reconocidos y aceptados por la sociedad mexicana, y no hay duda que en esta concepción de familia se inscribe, en principio y por origen, la institución del matrimonio formado necesariamente por la mujer, el hombre y los hijos que hayan procreado.

La regulación jurídica del matrimonio obedece al interés del Estado en asegurar la procreación y la educación de las futuras generaciones en condiciones óptimas y esto exige la concepción de esa institución como unión naturalmente capaz de cumplir esos objetivos, lo que supone entonces a una mujer y un hombre.

Es más, ni el más liberal de los liberales desconoció en momento alguno que el matrimonio es la unión exclusiva de dos personas de sexo distinto. Benito Juárez y su movimiento reformista plasmado en las Leyes de Reforma, ordenamientos que en opinión de los tratadistas sentaron las bases del constitucionalismo mexicano, siempre tuvo clara la idea de que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer.

Así, en el artículo 3o. de la Ley de Matrimonio Civil de 1859, se establecía: "*El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tiene señaladas en las leyes vigentes.*"; y la Ley Orgánica del Registro Civil del citado año, en su artículo 34, fracción VI, señalaba: "*Cumplido lo que previene la lectura del artículo 15 de la ley de 23 de julio, ya citada, y el acto de matrimonio, se levantará inmediatamente un acta de él en que consten: ... La declaración de los esposos de tomarse y entregarse mutuamente por marido y mujer, su voluntad afirmada de unirse en matrimonio y la declaración que de haber quedado unidos, hará en nombre de la sociedad y conforme al art. 12 de la repetida ley de 23 de julio, el Juez del estado civil, luego que hayan pronunciado el sí que los une ...*".

Cabe recordar que las leyes de reforma tenían la finalidad de separar por completo de la injerencia de la iglesia a los actos propios del ser humano en cuanto a su situación civil, es decir, hechos o actos jurídicos relativos a su nacimiento, matrimonio, adopción, arrogación, reconocimiento y muerte; cuerpos legales que fueron catalogados de ultraliberales en su época, dadas las facultades concedidas a la autoridad civil para la regulación de los actos del estado civil de las personas, pero aun en ellas es evidente que no se desconoció el sentido natural de la institución del matrimonio que es inherente al hombre y a la mujer, pues dicha visión entendió a la perfección que ésta tiene como finalidad la procreación de los hijos y la ayuda mutua, base de toda sociedad.

Los instrumentos internacionales también refieren la importancia de la protección de la familia como el elemento natural y

fundamental de la sociedad y reconocen la institución del matrimonio formado por un hombre y una mujer. Así puede leerse en los artículos 16, puntos 1 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17, puntos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23, puntos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, 10, punto 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que disponen:

Declaración Universal de los Derechos Humanos:

"16.

"1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

". . .

"3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado."

Convención Americana sobre Derechos Humanos

"Artículo 17. Protección a la familia.

"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

"2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención."

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

"Artículo 23

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

"2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello."

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

"Artículo 10

"Los Estados partes en el presente pacto reconocen que:

"1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges."

Esos instrumentos internacionales al consagrar los diferentes derechos humanos que los Estados parte se obligan a garantizar y proteger internamente, aluden a los seres humanos titulares de esos derechos con el término de "personas"; en cambio, al referirse al matrimonio señalan el derecho que asiste al hombre y a la mujer para contraer matrimonio y formar una familia.

Inclusive, en el artículo 16, punto 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se alude expresamente al derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, esto es, dentro de las restricciones previstas no se comprende la orientación sexual, precisamente porque se parte de que la institución matrimonial es heterosexual, lo que significa que en el caso del matrimonio no puede operar la prohibición de discriminación por razón de tal orientación al conformar parte de su esencia la heterosexualidad.

Así, el matrimonio es una institución que necesariamente tiene que concebirse y regularse jurídicamente sólo entre personas de distinto sexo y su protección supone preservarlo con esa concepción, distinguiéndolo de otras alternativas.

Es derecho de todo ser humano el decidir de manera libre a la pareja con quien desee convivir y procurarse asistencia mutua, sin que sobre este derecho pueda establecerse discriminación en razón de preferencia u orientación sexual, pero constitucionalmente sólo tienen derecho a que tal unión se formalice a través del matrimonio de las parejas heterosexuales, como institución fundamental base de la familia y de la sociedad y cuya protección constituye una garantía institucional por parte del Estado

En tales términos, sostengo que no existe un derecho humano fundamental al matrimonio, sino un derecho de libertad en la decisión de unión de convivencia.

C) Derecho de igualdad y no discriminación.

Sostiene la resolución mayoritaria que en el caso no se requiere de un test reforzado de constitucionalidad porque la reforma impugnada está ampliando o igualando derechos pero no limitándolos, así como que el examen de razonabilidad de la reforma impugnada exige verificar, por un lado, si la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos y, por el otro, si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, si tienen diferencias objetivas relevantes que justifiquen o, incluso, requieran establecer un trato diferente.

A diferencia de lo que sostiene la mayoría, considero que el análisis de los derechos de igualdad y no discriminación requiere en el caso de un análisis de constitucionalidad reforzado.

El análisis de constitucionalidad de la reforma impugnada exige considerar, en virtud de la posibilidad de adopción que implica la incorporación de las parejas del mismo sexo en la institución del matrimonio, el interés superior del menor, el cual constituye indudablemente un bien que el Estado tiene la obligación de proteger y un derecho de la niñez mexicana conforme al artículo 4o. constitucional, por lo que por este solo hecho procede realizar un test de constitucionalidad exhaustivo y reforzado.

Además, conforme a los criterios de la Suprema Corte intitulados: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.",¹³ "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD."¹⁴ e "IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMEN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.",¹⁵ que desarrollan los derechos fundamentales aludidos, la igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que en ocasiones "hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras, estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido", por lo que se requiere de un examen reforzado cuando se introduce una distinción.

Es cierto que la norma que redefine el matrimonio no hace distinción, pero considero que cuando se establece un trato igual a una situación concreta que históricamente ha recibido un trato diferente, como ocurre con el matrimonio, el test reforzado se requiere también, pues el principio de igualdad se violenta al no consagrarse el trato diferente cuando éste resulta constitucionalmente exigible.

No puede olvidarse que la garantía de igualdad también es violentada cuando se está frente a situaciones que constitucionalmente deben ser diferenciadas jurídicamente por ser totalmente

¹³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXIV, septiembre de 2006, tesis 1a/J 55/2006, página 75

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XXVII, junio de 2008, tesis LXXXV/2008, página 439

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XXVII, junio de 2008, tesis LXXXIV/2008, página 440

distintas y encontrarse históricamente tratadas en forma desigual, supuesto en el cual también se requiere un examen de constitucionalidad reforzado, lo que se hace evidente por estar en el caso involucrado el "interés superior del niño".

Al permitirse contraer matrimonio a personas del mismo sexo se violenta el principio de igualdad, pues es una realidad que las parejas homosexuales no se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales en tanto sólo estas últimas están en posibilidad biológica y natural para concebir y procrear. Esta diferente realidad exige que no se equiparen en cuanto al tratamiento jurídico que se dé al reconocimiento de unas y otras, además que el modelo de familia a que atendió el Poder Reformador de la Constitución, al establecer la obligación de su protección, es la formada por un hombre, una mujer y los hijos que decidan libremente procrear.

No desconozco que parejas del mismo sexo pretendan eliminar la imposibilidad biológica en que se encuentran para poder concebir recurriendo a otros medios diversos de la reproducción natural como pueden ser la inseminación artificial y la adopción, pero ello no los equipara a las parejas heterosexuales que naturalmente pueden convertirse en padre y madre y que libremente deciden constituir una familia que garantice la protección entre sus miembros.

Igualar la diferente situación en que se encuentran las parejas heterosexuales y homosexuales no resulta objetivo y razonable y, por tanto, se traduce en infracción al principio de igualdad.

En efecto, la disposición que se examina pretende tutelar derechos que constitucionalmente no son tales, como el adoptar y

el casarse entre personas del mismo sexo. Suponiendo que con ello se pretendiera el fin legítimo de eliminar la discriminación a los homosexuales, los medios utilizados no resultan eficaces para lograrlo, pues se desconoce el interés superior del niño, al que me referiré con posterioridad. Además, esos medios son innecesarios pues la finalidad perseguida puede alcanzarse mediante otros mecanismos, como de hecho se está haciendo a través de políticas públicas y con la Ley de Sociedades de Convivencia. Por último, creo que los costos de la homologación en examen son altamente perjudiciales para la organización y desarrollo de la familia que constitucionalmente debe protegerse y cuya concepción se une histórica y sociológicamente al matrimonio formado por una pareja de distinto sexo.

La garantía institucional que modela humanamente a la familia, impide alterar la institución matrimonial más allá de lo que su propia naturaleza tolera; no hay impedimento para adecuarla al espíritu de los tiempos, pero no puede hacerse en términos que resulten irreconciliables por la conciencia social de cada tiempo y lugar, lo que impone al legislador la obligación de respaldar en un amplio consenso político y social las innovaciones que introduzca.

II. En el considerando sexto se estudia el cuarto concepto de invalidez en el que se adujo la violación a las garantías de legalidad y seguridad jurídica consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, por parte del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de que el artículo 121, fracción IV, de la propia Ley Fundamental, obliga a todas las entidades federativas a dar validez a los actos del estado civil celebrados en otros Estados, esto es, al imponerse el reconocimiento de validez a otras entidades federativas de los matrimonios entre

personas del mismo sexo, no obstante que sean contrarios al derecho interno de dichas entidades, máxime que el reconocimiento de validez no implica la viabilidad jurídica de otorgarle efectos si dicho acto civil está prohibido o es incompatible con las leyes de otro Estado, lo que da lugar a una grave inseguridad jurídica por los conflictos que surgirán.

Tal concepto de invalidez se desestima en la resolución plenaria bajo los siguientes razonamientos:

- El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal no vulnera las garantías de legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues define claramente la institución civil del matrimonio, con lo que da certidumbre a los gobernados sobre el registro y las consecuencias jurídicas que producirá e impide que las autoridades encargadas de perfeccionarlo puedan actuar de manera arbitraria o caprichosa, además de que dicha norma sólo aplicará para el Distrito Federal al ser el ámbito territorial al que se constriñe la facultad legislativa de la Asamblea.

- El artículo 121 constitucional establece, en la primera parte de su párrafo primero, un imperativo para los Estados de la Federación de dar reconocimiento de validez a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de otras entidades federativas y, en su segunda parte, consigna la obligación del Congreso de la Unión de legislar sobre ello de acuerdo con las bases que consigna en sus diversas fracciones, entre ellas, en su fracción IV, en la que se dispone que: "Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.",

lo que significa que el Congreso Federal no tiene libertad para establecer la validez y efectos de los actos referidos.

- El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, no genera una situación inconstitucional por el hecho de regular de manera diferente la institución matrimonial pues, precisamente, derivado del federalismo que implica la libertad y soberanía de los Estados en su régimen interior, respetando los límites del Pacto Federal, éstos gozan de la facultad legislativa que les está reservada en cuanto a la regulación de los actos del estado civil, por lo que existirá una gran producción normativa que no será, ni tiene que ser constitucionalmente uniforme.

- El artículo 121, fracción IV, condiciona el reconocimiento de validez de los actos del estado civil a que se ajusten a la legislación del Estado donde se celebran, mas no a que se ajusten a las leyes de los demás Estados o que no las contravengan.

- A la Federación únicamente corresponde regular la manera de probar los actos a los que se refiere el párrafo primero del artículo 121 —actos públicos, registros y procedimientos judiciales de otras entidades federativas—, esto es, sus facultades se encuadran en una cuestión meramente adjetiva.

- Tienen especial relevancia las reglas que consagran las fracciones I y IV del artículo 121 constitucional, en torno a que las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y no serán obligatorias fuera de él y a que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros. La primera de estas reglas consigna una prohibición de extraterritorialidad de las normas que se expidan en un Estado de la Federación respecto de otro, de lo que deriva que el artículo

146 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo tiene obligatoriedad en ese territorio; sin embargo, conforme a la segunda regla, las leyes y derechos subjetivos creados por las mismas deben aplicarse y/o producir efectos en otras entidades, lo que se corrobora si se consideran las diversas normas de solución de conflictos que las propias entidades o el Congreso de la Unión –en el Código Civil Federal– han previsto.

- La regla contenida en la fracción IV del artículo 121 constitucional implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil –como puede ser el relativo al nacimiento, al reconocimiento de hijos, a la adopción, al matrimonio, al divorcio y a la muerte– que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aun cuando no se corresponda con su propia legislación.

- El artículo 121 constitucional, a fin de salvaguardar el federalismo y la seguridad jurídica de los gobernados ante la diferencia normativa de las entidades federativas, prevé el deber constitucional para los Estados de otorgar reconocimiento a los actos del estado civil de las personas nacidos constitucional y legalmente válidos en cualquiera de las entidades, constituyéndose, por tanto, en una verdadera cláusula de federalismo que, en sí misma, soluciona un conflicto normativo, sin que pueda aceptarse que lo origine.

- Si bien el reconocimiento de validez de los actos del estado civil también comprende sus efectos, éstos podrán no alcanzar los efectos plenos que les otorga la legislación bajo la cual se emitieron en otras entidades federativas, pues estos efectos pueden ser múltiples y no encontrarse previstos en otras legislaciones estatales lo que dará lugar a conflictos.

- Estos conflictos deberán resolverse por las vías o medios legales correspondientes, atendiendo a las reglas que las propias legislaciones estatales o el Código Civil Federal establecen, pero de ninguna manera puede llevarse al extremo de que una entidad limite el reconocimiento de validez de un acto del estado civil a una cuestión formal, diluyendo de tal manera la institución que pierda todo sentido el reconocimiento de validez que mandata el artículo 121, párrafo primero y fracción IV, constitucional.

No se comparten las anteriores consideraciones.

En primer término, quiero resaltar que la vulneración a las garantías de legalidad y seguridad jurídica consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, no fueron aducidas por considerarse que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal no defina claramente la institución civil del matrimonio y dé lugar a la actuación arbitraria de la autoridad, por lo que los señalamientos que al respecto hace la resolución plenaria mayoritaria carecen de congruencia con el problema real de constitucionalidad planteado en la demanda.

En efecto, la violación a las garantías de legalidad y seguridad jurídica fue aducida como consecuencia de la desarmonía jurídica que provocan los preceptos impugnados en el sistema federal que nos rige previsto en los artículos 40 y 121 de la Constitución Federal. Esto es, en el concepto de invalidez lo que se plantea es que atendiendo a ese sistema federal, *los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros*, lo que conlleva a que ante la Federación y en las entidades federativas deben tener validez los matrimonios que se realicen con apoyo en la legislación impugnada, es decir, por personas

del mismo sexo, a pesar de que en la legislación federal, así como en la del resto de Estados de la República el concepto de matrimonio sea otro, aquel celebrado entre un hombre y una mujer. Así, la violación a los artículos 14 y 16 constitucionales se da como consecuencia de una vulneración al artículo 121 constitucional, porque la definición de la institución matrimonial comprendiendo a la unión entre personas del mismo sexo ocasiona conflicto de leyes entre las distintas legislaciones propias de un Estado Federal, con la consecuente desarmonía de ese sistema que provocará situaciones de inseguridad e incertidumbre jurídica para los gobernados.

Partiendo de la anterior precisión, considero que el concepto de invalidez debió declararse fundado y, consecuentemente, declararse la invalidez de las normas controvertidas.

Una de las principales características del sistema federal es la facultad que tienen los Estados miembros de otorgarse su propia Constitución y legislación ordinaria, es una autodeterminación que genera un universo legislativo local totalmente heterogéneo, pues existen particularidades propias de cada región por razones de situación geográfica, tradiciones históricas, sociales y culturales que se materializan dentro de sus legislaciones en diversos supuestos, lo que implica que no exista uniformidad en las normas de los Estados de la República. Así, es lógico que de esa falta de unidad resulten colisiones legislativas. Los problemas que puede presentar un acto del estado civil verificado en un Estado y su reconocimiento o rechazo en otra entidad de la Federación no son especulaciones teóricas y hoy estamos ante ese supuesto que, necesariamente, tiene que solucionarse observando las bases del artículo 121 de la Constitución Federal.

El origen remoto del artículo 121 constitucional lo encontramos en el artículo 4o. de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, que fue incorporado a la Constitución de 1824 con la regla inicial de que en cada uno de los Estados de la Federación se prestará entera fe y crédito a los actos, registros y procedimientos de los Jueces y demás autoridades de otros Estados. Similar disposición se incorporó en la Constitución de 1857, aunque de acuerdo con los tratadistas, con una traducción más adecuada. Finalmente, en la Constitución de 1917 se contempló el mismo mandato; empero, un Constituyente cuya identidad se desconoce, adicionó las cinco fracciones que hoy conforman el artículo 121 y cuya redacción no fue motivo de discusión por el Constituyente de 1917, las que contienen las bases de acuerdo con las cuales el Congreso de la Unión deberá emitir la ley reglamentaria respectiva.

Dispone la fracción IV del artículo 121 constitucional, que: "Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.". La celebración de matrimonios, adopciones, divorcios, en fin, toda esa gama de actos jurídicos que rodean al estado civil de las personas queda involucrada en esta disposición. En un sistema federal sería prácticamente imposible y contra todos los elementos de la seguridad jurídica, el que actos tan trascendentales en la vida humana quedasen sujetos al criterio y validez de una sola legislación.

Así, la persona que contrae matrimonio en el Estado de Chiapas debe tener la certeza de que está válidamente casada en Sinaloa, Querétaro, el Distrito Federal y en cualquiera otra entidad. De igual forma, debe tener la certeza de que cuando salga al extranjero, sus derechos y deberes matrimoniales serán los mismos que adquirió en el Estado de origen. Pensar lo con-

trario provocaría consecuencias lamentables desde un punto de vista familiar y haría totalmente nugatorio el sistema federal e, incluso, el derecho internacional.

En este apartado debo hacer énfasis en el origen y sentido del término "*actos del estado civil*" a que se refiere el artículo 121 constitucional, lo que guarda estrecha relación con lo dispuesto en el penúltimo párrafo del diverso 130 constitucional, que prevé: "Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan."

El origen de este párrafo fueron las adiciones y reformas a la Constitución de 1857, de fecha 25 de septiembre de 1873, que tuvieron como objeto 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 indica: "*El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y la validez que las mismas les atribuyan.*". Como se advierte, ese artículo establecía, con algunas variantes, lo mismo que el vigente 130 constitucional.

El significado original del artículo era señalar que los actos del estado civil son de la "exclusiva" competencia de las autoridades y leyes civiles y no de las autoridades eclesiásticas. Asimismo, su alcance es que la validez y efectos de estos actos serán los que determinen las leyes respectivas y como la materia civil es local,

significa que los actos del estado civil serán regulados en cuanto a su validez y efecto por los Códigos Civiles locales.

La ley que introdujo el Registro Civil y que estaba en vigor cuando se hicieron las adiciones y reformas a la Constitución de 1857 era la Ley sobre el Estado Civil de las Personas de 28 de julio de 1859, una de las llamadas Leyes de Reforma; la que en su artículo 4 decía: "Los Jueces del estado civil llevarán por duplicado tres libros, que ... se dividirán en: 1o. Actas de nacimiento, adopción y arrogación. 2o. Actas de matrimonio; y 3o. Actas de fallecimiento.". Conforme a esto, los actos del estado civil contemplados en esa disposición eran nacimiento, adopción, arrogación, matrimonio y fallecimiento.

Por lo que hace al matrimonio, la Ley de Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, otra de las llamadas Leyes de Reforma —que era una ley de aplicación federal—, decía en su artículo 3, lo siguiente: "El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer.". Una vez que se hicieron las adiciones mencionadas a la Constitución de 1857, se expidió la ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales del 14 de diciembre de 1874, que establecía en su artículo 23 bases que todos los Estados de la República deberían respetar en su legislación sobre matrimonio, entre las cuales estaba que el matrimonio es aquel acto que se celebra por un solo hombre con una sola mujer.

Por último, en el texto original del artículo 130 de la Constitución de 1917, se hacía referencia al matrimonio y a los demás actos del estado civil y cuando se reformó en el año de 1992 desapareció la referencia al matrimonio.

De lo anterior deriva que los actos del estado civil a que se refieren el penúltimo párrafo del artículo 130 y la fracción IV del diverso 121 constitucionales, son los que he mencionado, entre ellos, el matrimonio, considerado como la unión entre un hombre y una mujer, tal como lo prevén el Código Civil Federal y el resto de códigos de los Estados de la República, con excepción claro, del código impugnado en la acción de inconstitucionalidad.

Si bien un sistema federal implica un pacto de coordinación que otorga autodeterminación legislativa a los Estados federados, lo que se traduce en un universo de leyes heterogéneo; tal universo, por seguridad de los gobernados, debe guardar cierta armonía que necesariamente se obtiene observando lo dispuesto en la Constitución Federal.

En el caso se plantea claramente un conflicto entre lo que dispone el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal y lo previsto en la legislación de otras entidades federativas que regulan el matrimonio como la unión legal entre un hombre y una mujer, supuesto en el cual se transgrede el artículo 121 constitucional, en virtud de que la disposición combatida destruye la coordinación y armonía propias del sistema federal.

El decreto combatido resulta inconstitucional por violación a lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Federal, toda vez que la extensión de validez a toda la República de "*los actos del estado civil*" celebrados en un Estado, supone un concepto común en todas las entidades federativas respecto de lo que son dichos actos, siendo esa la razón que permite extender la validez del acto celebrado en un Estado a todos los demás de la República; de ahí que cuando una entidad federativa legisla sobre

un acto del estado civil necesariamente debe observar los estándares que dan armonía a un sistema federal, de lo contrario, cuando al legislar introduce un concepto radicalmente diferente al de ese estándar constitucional que tienen los demás Estados de la República, se rompe el concepto común que sirve de base a la generalización de los efectos de un acto local

Esto es lo que sucede con el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal, pues introduce un concepto de matrimonio totalmente opuesto al concepto común a que me he referido, por lo que viola el artículo 121 constitucional, por dos razones fundamentales:

La primera, porque los estándares que presupone la Constitución Federal sólo pueden ser modificados por el Constituyente Permanente y no por las Legislaturas Locales, es decir, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tiene facultades para modificar el contenido esencial de una institución que se regula con base en un estándar histórico constitucional.

Si bien es cierto que nuestra realidad social aconseja que las uniones entre personas del mismo sexo sean reguladas por las leyes a fin de brindarles seguridad jurídica, también es verdad que para alcanzar ese objetivo, el legislador local no puede ni debe adulterar o desnaturalizar una institución como el matrimonio, despojándola de uno de sus elementos esenciales como ha sido históricamente, la heterosexualidad.

La segunda razón consiste en que la reforma combatida al separarse de ese estándar constitucional rompe con la armonía propia del sistema federal y, por ende, con el orden público que de ahí deriva.

La noción de orden público adquiere relevancia trascendental en el presente asunto, ya que sin desconocer que éste es un concepto que varía según el tiempo y el lugar, ello no impide que esa noción se observe para que se respete la coordinación y armonía que supone el sistema federal.

Muchas entidades federativas en nuestro país definen al matrimonio como aquel celebrado entre un hombre y una mujer, verbigracia, los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Estado de México, Jalisco, Puebla y Veracruz, entre otros. Este concepto de la institución matrimonial adecuadamente atiende a lo que el Pacto Federal entiende por matrimonio, a diferencia de lo que prevé la norma impugnada que define al matrimonio como "*la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua*". Bajo ese escenario cabe cuestionar ¿no se rompe u ofende el orden público en aquellas entidades federativas que regulan la figura del matrimonio como aquel celebrado entre un hombre y una mujer? ¿No se afecta con ello el orden público de cada entidad al obligarlas a reconocer actos del estado civil que difieren de lo que su propia legislación prevé?

Otro concepto que debe tenerse presente es el relativo al de fraude a la ley, que de acuerdo con los especialistas del derecho internacional privado es el campo favorito de los divorcios y que puede trasladarse al campo del matrimonio. Piénsese en parejas de personas del mismo sexo radicadas en las entidades federativas como las mencionadas que regulan al matrimonio como aquel celebrado entre hombre y mujer, desde luego no podrían celebrar un matrimonio con base en la legislación donde viven, pero podrían trasladarse al Distrito Federal, y acreditados los

requisitos que la ley local exige para la celebración de ese acto, contraer matrimonio y evadir o evitar de esa manera la legislación que por razón de domicilio les corresponde; por lo que nuevamente pregunto ¿en ese tipo de casos no habría violación al orden público en las entidades federativas mencionadas y a una de las instituciones que principalmente defienden como lo es la familia?

Si bien una de las características del sistema federal es la relativa a la facultad de los Estados para legislar con absoluta autonomía en aquellas materias que les están constitucionalmente reservadas, también lo es que esa facultad sólo puede estar supeditada a la propia Constitución Federal y a los estándares que presupone, toda vez que la pluralidad de Estados con idénticas funciones genéricas en el sistema federal, hace indispensable la coordinación de éstas para obtener de la unión el resultado que en ella se busca, lo que se logra con la existencia de normas que regulan el ejercicio del poder autónomo de los Estados miembros, con vista a obtener un resultado armónico que sea reflejo de unidad, garantía de equilibrio y base de seguridad jurídica y facilidad en las relaciones propias de un Estado federal.

Por esas razones considero que debió declararse la invalidez de la disposición combatida por violación a lo dispuesto en el artículo 121 constitucional, toda vez que el artículo 146 del código impugnado, prevé un concepto de matrimonio totalmente opuesto al concepto que orienta a la legislación federal y al de las entidades federativas que parten del supuesto de que el matrimonio es la unión entre varón y mujer, pues si bien es cierto que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene facultades para legislar sobre matrimonio, también lo es que ello no significa que tenga competencia para modificar los estándares que presupone

la Constitución Federal, por lo que no puede pretender que su legislación modifique el contenido de ésta y de la legislación federal y local que atienden a esos estándares; por ello, como la disposición impugnada se separa del estándar constitucional es claro que rompe con la armonía propia del sistema federal y, por ende, con el orden público que de ahí deriva.

Así, carece de sustento lo señalado en la resolución plenaria en torno a que el artículo 121, fracción IV, constitucional, sólo condiciona el reconocimiento de validez de los actos del estado civil a que se ajusten a la legislación del Estado donde se celebran, mas no a que se ajusten a las leyes de los demás Estados o que no las contravengan, pues dicha Norma Constitucional parte de un presupuesto de federalismo necesario que es el concepto común en todas las entidades federativas respecto de lo que son dichos actos del estado civil para que, efectivamente, puedan ser reconocidos y surtir plenamente sus efectos.

Sostiene la sentencia a que el presente voto particular se refiere que el artículo 121 constitucional constituye una verdadera cláusula de federalismo que, en sí misma, soluciona un conflicto normativo, "sin que pueda aceptarse que lo origine". En relación a lo anterior considero relevante resaltar, que es claro que el artículo 121 constitucional no es el que origina o da lugar a conflictos normativos, ni fue esa la pretensión de la parte actora en la acción de inconstitucionalidad al plantear el concepto de invalidez relativo. Es la norma impugnada la que origina conflictos normativos que evidencian la transgresión al artículo 121 constitucional, el cual, efectivamente, constituye una verdadera cláusula de federalismo, pero para ello debe ser correctamente interpretado en el sentido de que impone una obligación de reconocimiento de validez de los actos civiles partiendo de

la condición que constituye su presupuesto, a saber, de un concepto común de tales actos, a fin de no quebrantar el derecho interno y el orden público de los Estados federados con la obligación de reconocimiento que les impone.

En este sentido importa también distinguir entre el reconocimiento de validez de un acto y sus efectos. La sentencia plenaria reconoce que el matrimonio entre parejas del mismo sexo podrá no alcanzar los efectos plenos que les otorgue la legislación bajo la cual se emitieron si éstos no se encuentran previstos en otras legislaciones estatales y que ello dará lugar a conflictos que deberán resolverse atendiendo a las reglas que las legislaciones estatales o el Código Civil Federal establecen.

Los conflictos a que alude la sentencia plenaria y que reconoce suscita la disposición impugnada, son clara evidencia de la transgresión al artículo 121 constitucional y de la necesidad de que los actos del estado civil partan de un concepto común para la operancia del federalismo mexicano y la aplicación de las reglas que consigna.

La distinción entre el reconocimiento de validez y los efectos del acto que la resolución plenaria reconoce lleva también a advertir que los efectos se rigen por la legislación del lugar en que tales efectos se producen, como deriva de la fracción I del artículo 121 constitucional al señalar que: "Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él."

El tratadista Jorge Alberto Silva señala a este respecto que la cláusula de entera fe y crédito dispone implícitamente que la "validez" de los actos públicos producidos en una entidad fede-

rativa debe examinarse según la ley del lugar de origen (*locus regit actum*), pero que el "efecto" que producen en otra entidad federativa se regula por la ley de la última entidad (*lex fori*). Sostiene dicho autor que el reconocimiento de los efectos presupone el reconocimiento de validez del mismo, pero el reconocimiento de validez no necesariamente produce el reconocimiento de los efectos.

El Código Civil Federal, que la sentencia mayoritaria señala aplicable para la solución de los conflictos que ocasione la inexistencia o incompatibilidad con la legislación de otras entidades federativas de la institución del matrimonio en los términos previstos por la disposición impugnada, confirma la carencia de efectos de los matrimonios entre personas del mismo sexo en las entidades que prevén el matrimonio heterosexual por la violación a su orden público interno que provoca la norma controvertida.

Los artículos 12, 13, 14 y 15 del Código Civil Federal contienen reglas relativas a la determinación del derecho aplicable, importando resaltar, concretamente, la fracción V del artículo 13, que señala la aplicabilidad de la ley del lugar en que se pretenda que el acto surta sus efectos; el numeral 14, que establece las reglas que deberán observarse en la aplicación del derecho extranjero, y que dispone expresamente su observancia "*cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación*"; y el artículo 15, fracción II, que dispone que no se aplicará el derecho extranjero "*Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano*", lo que claramente significa la carencia de efectos del matrimonio celebrado en el Distrito Federal conforme a la norma controvertida en entidades federativas que prevén a la institu-

ción matrimonial como la unión de personas de diferente sexo por contrariar los principios e instituciones fundamentales de su orden público interno y la prevalencia de su legislación sobre la del Estado en que se celebró el acto.

En efecto, la fracción IV del artículo 121 constitucional establece que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros, pero ello sólo puede ocurrir cuando la institución jurídica a considerar o el acto del estado civil no sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público de la otra entidad, según el artículo 15 del Código Civil Federal; de lo contrario la entidad federativa que vea afectado su ordenamiento, válidamente puede abstenerse de hacer dicho reconocimiento, pues, por una parte, es soberana en su régimen interior y, por otra, el sistema federal derivado del artículo 121 constitucional y del Código Civil Federal así lo disponen y, con mayor razón, están en aptitud de negarse a dar efectos al matrimonio celebrado en tales términos en el Distrito Federal.

En este punto es importante indicar que las cinco fracciones que conforman el artículo 121 constitucional, como con anterioridad se señaló, fueron introducidas por un Constituyente inspirado en doctrinas del derecho internacional privado, lo que implica la aceptación de determinados principios que ahí se observan y que incluidos en la Constitución Federal, pasaron a ser principios del derecho constitucional que nos rige. Es importante subrayar esta referencia en virtud de que en esa materia del derecho rige el principio relativo a que la expresión "... dará entera fe y crédito ..." se aplica a menos que esos actos violen la legislación del Estado donde pretendan eficacia, esto es, si esos actos y los derechos que de ellos derivan son en detrimento

del orden público a donde se dirigen, no podrán aplicarse, por lo que necesita existir una verdadera coincidencia entre la validez de la legislación del Estado donde se producen los derechos y la legislación del territorio a donde se dirigen sus efectos, para que opere plenamente esa expresión.

Por ende, si esas doctrinas del derecho internacional privado fueron incorporadas a la Constitución Federal debe entenderse que son hoy principios constitucionales vigentes y sobre esa base, si dentro de esas doctrinas impera el principio que establece que el reconocimiento de validez de los actos públicos, el otorgarles entera fe y crédito depende de que esos actos no sean contrarios a la legislación y al orden público del Estado en que producirán sus efectos, debemos concluir que, en el caso, las entidades de la República mexicana que contengan un concepto de matrimonio opuesto al que prevé la legislación combatida no estarán obligadas a reconocer validez a los actos jurídicos que en su caso se deriven de las disposiciones materia de la litis.

Incluso, el problema de constitucionalidad también debe resolverse al tenor de lo ordenado en el artículo 133 constitucional, esto es, que ante la ausencia de una ley reglamentaria del diverso 121 constitucional, se debe aplicar la norma federal sustantiva de la institución específica, como para los conflictos de leyes interfederales que surjan, lo que no sólo sería congruente con el concepto de una norma supraestatal para la solución de los conflictos de normas, sino, además, daría seguridad jurídica al otorgar uniformidad al problema conflictual en todo el país.

Resta tan sólo añadir que el conflicto de normas que suscitan los preceptos impugnados no constituye un problema de mera legalidad, sino de constitucionalidad, porque implica la vulne-

ración al artículo 121 constitucional que persigue la preservación del régimen federal consagrado en el numeral 40 de nuestra Ley Fundamental y a los artículos 14 y 16 constitucionales, concretamente a la garantía de seguridad jurídica en franco perjuicio de los gobernados; planteamiento de inconstitucionalidad que, por cierto, es de uso muy común en los medios de inconstitucionalidad de los que conoce esta Suprema Corte, valga como ejemplo, lo sustentado por la Primera Sala en las tesis que llevan el rubro siguiente: "INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL PROBLEMA PLANTEADO DEBE RESOLVERSE CON INDEPENDENCIA DE QUE SE CONFRONTEN NORMAS SECUNDARIAS, SI LO QUE EN REALIDAD SE PRETENDE DEMOSTRAR ES UNA VIOLACIÓN A LA LEY FUNDAMENTAL."¹⁶ y "AMPARO CONTRA LEYES. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ÉSTAS PUEDE DERIVAR DE LA CONTRADICCIÓN CON OTRAS DE IGUAL JERARQUÍA, CUANDO SE DEMUESTRE VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA."¹⁷

En conclusión, considero que debió declararse fundado el planteamiento de transgresión a los artículos 14, 16 y 121 constitucionales, por las siguientes razones:

a) Las normas impugnadas violan el artículo 121 constitucional por dos razones fundamentales.

a.1 La Asamblea Legislativa del Distrito Federal no tiene facultades para modificar el contenido esencial de una institución que se regula con base en un estándar histórico constitucional,

¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, tesis 1a CI/2007, página 797

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, tesis 1a XI/2010, página 109

pues los estándares que presupone la Constitución Federal sólo pueden ser modificados por el Constituyente Permanente y no por las Legislaturas Locales

a.2 La reforma impugnada al separarse del estándar constitucional rompe con la armonía propia del sistema federal y con el orden público que de ahí deriva.

b) Conforme al artículo 133 constitucional, ante la ausencia de una ley reglamentaria del diverso 121 de la Ley Fundamental para los conflictos de leyes interfederales que surjan, procede aplicar la norma federal sustantiva de la institución específica, lo que no sólo sería congruente con el concepto de una norma supraestatal para la solución de los conflictos de normas, sino, además, daría seguridad jurídica al otorgar uniformidad al problema conflictual en todo el país.

c) El reconocimiento de validez de los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado que la fracción IV del artículo 121 constitucional impone a todas las entidades federativas, sólo puede ocurrir cuando la institución jurídica a considerar o el acto del estado civil no sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público de la otra entidad, según el artículo 15 del Código Civil Federal que la sentencia mayoritaria reconoce aplicable para la solución de conflictos entre las entidades federativas.

d) Las cinco fracciones que conforman el artículo 121 constitucional se inspiran en doctrinas del derecho internacional privado, lo que implica la aceptación de determinados principios que ahí se observan y que incluidos en la Constitución Federal, pasaron a ser principios del derecho constitucional que nos rige,

concretamente, el relativo a que la expresión " .. dará entera fe y crédito ...", se aplica siempre que esos actos no violen la legislación del Estado donde pretendan tener eficacia, esto es, si esos actos y los derechos que de ellos derivan son en detrimento del orden público a donde se dirigen, no podrán aplicarse.

e) Debe distinguirse entre el reconocimiento de validez de un acto y sus efectos, pues estos últimos se rigen por la legislación del lugar en que se producen, conforme a lo dispuesto en la fracción I del artículo 121 constitucional, lo que implica que las entidades de la República mexicana que contengan un concepto de matrimonio opuesto al que prevé la legislación combatida no estarán obligadas a otorgarle efectos jurídicos en su territorio.

f) El conflicto de normas que suscitan los preceptos impugnados no constituye un problema de mera legalidad, sino de constitucionalidad, porque implica la vulneración al artículo 121 constitucional que persigue la preservación del régimen federal consagrado en el numeral 40 de nuestra Ley Fundamental y a los artículos 14 y 16 constitucionales, concretamente a la garantía de seguridad jurídica en perjuicio de los gobernados.

III. En el considerando séptimo se analiza la inconstitucionalidad del artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, planteada en virtud de la posibilidad de adopción de menores por matrimonios conformados por personas del mismo sexo y se desestima con base en las siguientes consideraciones:

- La inconstitucionalidad de los preceptos impugnados se apoya en la premisa de la protección constitucional de un tipo de familia "ideal", lo que es inexacto porque dicha protección comprende todo tipo de familia.

- La protección al interés superior de los niños y las niñas que consagra el artículo 4o. de la Constitución Federal, si bien es un principio que exige del Estado que tratándose de la institución civil de la adopción los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante u adoptantes, no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de matrimonios conformados por personas del mismo sexo.

- La adopción por parejas del mismo sexo no afecta per se el interés superior del menor, y cualquier razonamiento en ese sentido sería contrario a la interpretación que se ha realizado del artículo 4o. constitucional, en cuanto al tipo de familia que protege, y conculcaría el artículo 1o. de la Constitución Federal, que prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana.

- El cuestionamiento a *priori* de que las parejas homosexuales afectan el interés superior del niño es, en sí mismo, discriminatorio y se apoya, más bien, en prejuicios que lejos de convalidarse por la Suprema Corte deben ser superados. La preferencia sexual en modo alguno debe afectar u obstaculizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y no constituye un elemento o factor que, por sí mismo, pudiera afectar el desarrollo de un menor.

- No necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias de parejas conformadas por personas del

mismo sexo, pues está constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia "amenazante" o "disfuncional" para los niños: la Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria.

- Lo que exige el principio del interés superior del menor en el caso de la adopción es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, claramente establecidas en ley, para que, de esta forma, la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pero pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen este esquema, implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, se afirma, se quieren proteger.

- El Estado no está obligado a garantizar la situación utópica de dar al adoptado "los mejores padres posibles", lo que ocasionaría que el régimen de adopciones quedara absolutamente inoperativo. Lo que debe garantizar el legislador es que en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor por parte de una persona soltera o de los cónyuges solicitantes, precisamente, en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que esa sea su mejor opción de vida, al margen de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de si se trata de un matrimonio heterosexual o de parejas del mismo sexo, pues el contexto valorativo de nuestra Constitución no permite excluir a toda una categoría de personas definidas por una sola característica y su preferencia sexual no afecta su capacidad para prodigar a un menor el cuidado y amor debidos.

- La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico.
- En el derecho comparado, el principio del interés superior del menor ha sido usado, precisamente, para declarar inconstitucionales regímenes de adopción que no incluían a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues se ha considerado que la ausencia de reconocimiento legal a estas unidades de cuidado y educación de los niños, dejaba sus derechos injustificadamente desprotegidos.
- De las opiniones rendidas por los especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se desprende que los estudios científicos que sobre este tema se han realizado en diversos países, en modo alguno, soportan la existencia de un impacto psicológico o social en los niños que crecen en hogares conformados por parejas del mismo sexo.
- No existen elementos que siquiera sustenten una duda razonable de que con el nuevo alcance material del artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, derivado de la reforma al diverso 146 del propio ordenamiento, se ponga en riesgo el interés superior del niño, sino, por el contrario, todo apunta a que se protege de mejor manera este interés.
- No puede aceptarse que la adopción por matrimonios conformados por parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor, al colocarlos en una situación de "desigualdad" frente a otros menores que sí estén en una familia heterosexual

y, además, que serán objeto de discriminación social, pues la diversidad de familias existentes impide afirmar que todos los niños y niñas que crecen en familias distintas están en desventaja frente a los otros. Además, en un Estado democrático de derecho, el legislador debe buscar la eliminación de las diversas formas de discriminación e intolerancia que se presentan en la sociedad, lo cual se logra a través del reconocimiento y protección de todo tipo de familia que pueda existir y no mediante su "exclusión" o "negación".

- Ante el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación, el Tribunal Constitucional debe ser parte de esta tendencia que evite y establezca los criterios para no discriminar, debe ser parte del avance social. Si esta Suprema Corte estableciera que la reforma impugnada es inconstitucional porque la sociedad va a discriminar a los niños que sean adoptados por parejas homosexuales, se discriminaría a estos niños desde esta sede constitucional, implicaría "constitucionalizar" la discriminación.

Disiento de las anteriores consideraciones por las siguientes razones:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia parte de la premisa de que nuestra Norma Fundamental protege toda estructura u organización familiar, de lo que deriva que la orientación sexual de una pareja no puede dar lugar a negarles la posibilidad de adopción, conceptualización de la institución matrimonial que se sostiene incide en una mayor protección a los derechos de la niñez, en tanto no existen estudios científicos que siquiera sustenten una duda razonable de afectación a los menores por su desarrollo en familias conformadas por parejas del mismo sexo.

En tales términos, en primer lugar, reitero lo que manifesté en torno a que una recta interpretación de nuestra Constitución acorde a los valores de la nación mexicana son las de que el prototipo de familia que tuvo en mente el Órgano Reformador de la Constitución se basa en el matrimonio formado por parejas heterosexuales, conforme lo expuse en el apartado I del presente voto particular.

Nuestra Ley Fundamental consagra en su artículo 4o. el derecho de las niñas y los niños a su desarrollo integral, el deber de los ascendientes, tutores y custodios de preservar estos derechos y del Estado para proveer lo necesario a fin de propiciar el respeto a su dignidad y el ejercicio pleno de sus derechos y de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven a su cumplimiento, de lo que deriva el interés superior del niño, el que también a nivel internacional se encuentra expresamente establecido, concretamente en los artículos 3.1 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁸

Esta Suprema Corte de Justicia ha determinado que conforme a los artículos 4o. de la Constitución y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño debe atenderse primordialmente al "interés superior del niño" cuando se trate de medidas que les conciernan o afecten, considerando que esa expresión implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de

¹⁸ "3.1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atienda será el interés superior del niño."

¹⁸ "1.1 Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los menores,¹⁹ así como que dicho interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores.²⁰

En el preámbulo de Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce que el menor para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, así como que el niño requiere de cuidados especiales, lo que también se establece en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El cumplimiento del derecho del menor a ser integrado a una familia implica el deber del Estado de procurar que la adopción por las familias satisfaga los requerimientos que su desarrollo a plenitud exige, lo que significa que debe atenderse al interés superior del menor en las determinaciones que al efecto se dicten en todos los ámbitos, adquiriendo relevancia en el caso a estudio la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito

¹⁹ La tesis relativa se intitula "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO SU CONCEPTO" y aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXVI, julio de 2007, tesis 1ª CXLI/2007, página 265

²⁰ Tesis del Pleno que lleva por rubro "MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA", publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, tesis P. XLV/2008, página 712

Federal reflejada en las normas impugnadas en torno a la posibilidad de que el matrimonio integrado por una pareja homosexual esté en posibilidad de adoptar a un menor, pues a fin de esclarecer si con ello se atiende o no al referido interés superior del menor, es necesario considerar dos circunstancias especiales de no afectación al sano desarrollo del niño y que deben quedar plenamente acreditadas:

- Que en México no existe rechazo social a este tipo de parejas o bien que existiéndolo ello no perjudica al menor; y,
- Que no se produce una confusión de las figuras paterna y materna tradicionales o que tal confusión no afecta a su desarrollo.

Es necesario determinar si en nuestro país se siguen estigmatizando y desaprobando las uniones entre parejas del mismo sexo, pues tal rechazo social, independientemente de que deba ser combatido mediante políticas públicas que aseguren y hagan efectivo el derecho a la no discriminación por razones de preferencias sexuales que consagra el artículo 1o. constitucional, puede afectar el sano desarrollo del menor al no desenvolverse en un ambiente social de aceptación que garantice su pleno desarrollo en condiciones de dignidad y de respeto.

Es por ello que considero improcedente acudir a las decisiones que los otros países hayan adoptado al respecto. La posibilidad jurídica de que parejas homosexuales tengan acceso a la adopción de menores debe atender a nuestra realidad social y a nuestra idiosincrasia y no a la de otros países, razón por la que resulta inatendible la opinión técnica que el proyecto invoca como emitida por "especialistas" de la Universidad Nacional

Autónoma de México en la que se hace referencia a estudios científicos realizados en Estados Unidos y Holanda, destacándose, incluso, que en esta misma opinión expresamente se señala que " . Sin duda, habrá que hacer esos estudios en la sociedad mexicana ...".

En efecto, de la lectura a las opiniones que se encuentran agregadas en el expediente de la acción de inconstitucionalidad, principalmente la formulada por los referidos "especialistas" de la Universidad Nacional Autónoma de México, concluyo que no se encuentra fehacientemente demostrado que las familias integradas por personas del mismo sexo aseguren el óptimo desarrollo del infante o, por lo menos, que no le resulte perjudicial, esto porque las opiniones vertidas se basan en experiencias y estudios practicados en otros países y porque no existen evidencias científicas de la sociedad mexicana. Los estudios citados difícilmente podrían ser un referente aplicable a ésta, en virtud de las diferencias socioculturales que guardamos con las poblaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, Suecia, Reino Unido, Bélgica, España, Holanda, entre otros países.

Además, en la aludida opinión se reconoce que existen diversas investigaciones que cuestionan la validez y confiabilidad de aquellos estudios de familias formadas por personas del mismo sexo que concluyen que no existe afectación a los menores adoptados por esas parejas, esto es, reconoce que las investigaciones tienen deficiencias metodológicas, a saber: a) el tamaño de la muestra; b) la mayoría de los estudios se ha hecho con madres lesbianas comparadas con madres heterosexuales divorciadas, por lo cual haría falta separar la orientación sexual de las madres de su estado civil; c) se sabe más acerca de hijos de madres lesbianas que de hijos de padres homosexuales; d) los

estudios en su mayoría son de tipo transversal; y, e) no queda claro cuáles son las hipótesis a probar ni cuál es el diseño de la investigación.

El mismo estudio reconoce que la American Psychological Association (APA) informa que la población homosexual sufre en una mayor proporción de desajustes psicológicos relacionados con el estrés, respecto de los individuos heterosexuales, como consecuencia del prejuicio y la discriminación generalizados, lo que en mi opinión es una conclusión que debió tenerse presente, pues esos desajustes a los que se alude podrían tener influencia en el desarrollo de los menores; más aún, el estudio reconoce que los menores educados por madres homosexuales se encuentran más expuestos a situaciones de estrés.

Cabe agregar que los "especialistas" de la Universidad Nacional Autónoma de México emitieron dos opiniones y en la segunda de ellas de igual forma se indica que las personas homosexuales son uno de los grupos más estresados de la sociedad y que aun cuando no hay evidencia científica sólida que fundamente que los niños criados en familias homosexuales desarrollen trastornos psicológicos o de comportamiento, estos niños pueden considerarse en riesgo porque tienen que afrontar burlas, acoso escolar, presión por parte de sus compañeros y aislamiento que pueden dañar su autoestima y su confianza, por lo que la presión social, el estigma y la discriminación ponen en riesgo a los menores.

Similar comentario aparece en la opinión del "especialista" de la Escuela Nacional de Trabajo de la misma universidad, en la que se indica que actualmente ninguna sociedad dispone de datos fehacientes sobre el número puntual de familias homoparentales, por lo que no se puede decir con exactitud si las

investigaciones que se han hecho con este tipo de muestras representan a todo el conjunto o no.

Lo anterior se refuerza plenamente con las opiniones que, en términos del artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles, solicité al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), al Instituto Mexicano de Orientación Sexual y de la Asociación Mexicana de Pediatría.

La opinión rendida por el DIF nacional adquiere importancia especial por tratarse del organismo público que debe intervenir en los procedimientos relacionados con la adopción, según lo dispuesto en los artículos 12, fracción III, 27 y 28, incisos c) y d), de la Ley de Asistencia Social, 2, fracción XXX y 25, fracciones IX y X, del Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 405, fracción III, del Código Civil Federal, 417 y 417 Bis del Código Civil del Distrito Federal y 923, fracción I, párrafos segundo y tercero, del Código Federal de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

En esa opinión se señala que no existen estudios referidos a la sociedad mexicana en el tema de la adopción por parte de parejas homosexuales, pues no se ha recibido ninguna solicitud; que se trata de estructuras familiares nuevas o recientes respecto de las que no se tiene experiencia y se desconoce su funcionamiento a corto, mediano y largo plazo; que los estudios existen en otros países y no pueden avalarse porque se desconoce la metodología empleada, las investigaciones de campo realizadas y responden a entornos socioculturales muy distintos al mexicano.

Añade el DIF nacional que la adopción no es un derecho que pueda ser reclamado y que el bien jurídico tutelado es el derecho de los menores a vivir en familia y la adopción es sólo un instrumento jurídico para hacerlo efectivo, así como que "... la integración del niño a la nueva estructura familiar no debe suponer enfrentarlo a una nueva dificultad de integración en el medio social. Vivimos en una sociedad que, injustamente, rechaza y discrimina a los homosexuales ... Exponer a estas situaciones a un menor que ha sufrido ya un abandono familiar, que se ha sentido ya rechazado y que necesita un proceso de resiliencia, significa obstaculizarle dicho proceso".

Por su parte, el Instituto Mexicano de Orientación Sexual señala que no hay estudios representativos en ningún país, sobre parejas homosexuales, y que los que se encuentran disponibles no pueden tomarse con seriedad científica, en virtud de que se basan en una muestra pequeña.

Empero, destaca que los estudios llevados a cabo en Holanda, Noruega, Inglaterra, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Francia y Australia, permiten conocer que las personas con conductas homosexuales configuran un perfil de riesgo en contra del bienestar de los niños, pues presentan, en comparación con las personas heterosexuales, mayores problemas de carácter emocional, por lo que es posible la existencia de consecuencias negativas en el bienestar de niños que sean adoptados por personas o parejas homosexuales, ya que la situación emocional y mental de los individuos influye de manera determinante en todos los ámbitos relevantes de su vida cotidiana y, desde luego, la situación emocional y mental de los padres influye en la configuración de la personalidad de los hijos; en otras palabras, concluye que existe información sólida y repre-

sentativa para estimar que las personas homosexuales configurarían un patrón de conducta de riesgo notoriamente mayor respecto de los heterosexuales en perjuicio de la protección del bien superior del niño.

Finalmente, la Asociación Mexicana de Pediatría considera que sobre el tema, en el medio de la pediatría, las opiniones son diversas pues, por ejemplo, se estima que no existen estudios que refieran qué sucedería en el corto, mediano y largo plazo con la personalidad de los niños adoptados por personas homosexuales, que debe existir algún tipo de alteración bio-psicosocial, ya que la raza humana se ha venido desempeñando dentro de la cultura de dos sexos o géneros predominantes; que el grado de culturización en algunas sociedades, les permite tener un panorama más amplio y de mayor criterio al respecto y que se tendrán que crear programas sociales preventivos en materia de salud y de legislación para que los niños que sean adoptados por esas personas no sufran tratos discriminatorios u ofensivos en escuelas, centros de trabajo y círculos sociales.

Con base en ello, acaba indicando que la adopción podría ser posible siempre y cuando no se lesionen los intereses del menor, tanto sociales como de salud y que se deberá sanear adecuadamente el medio para que generaciones futuras de padres homosexuales e hijos adoptados no sean segregados como seguramente sucederá en nuestro medio.

Concluyo de lo anterior que atendiendo al interés superior de la infancia y ante la inexistencia de evidencias científicas practicadas en la población mexicana, no puede negarse, como indebidamente lo hace la resolución plenaria mayoritaria, que se está ante una duda razonable en cuanto al impacto que puede tener

en un menor la circunstancia de formar parte de una familia conformada por personas del mismo sexo.

Los estudios relativos tendrían que haberse realizado con anterioridad a la incorporación de la posibilidad de adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo, a fin de garantizar que con ello no existe una afectación al desarrollo del menor. Hacerlo a la inversa implica arriesgar a la niñez mexicana mientras se corrobora la idoneidad o conveniencia de la medida legislativa, lo que es inaceptable dado el interés superior que la Constitución le otorga.

Además considero pertinente advertir que de los países que han legalizado la unión civil de parejas del mismo sexo, son muchos los que no han establecido la posibilidad jurídica de que tales uniones accedan a la adopción de menores como son, entre otros, Francia, Portugal, Finlandia, Austria, Luxemburgo, Suiza, Nueva Zelanda, Uruguay, Colombia y Ecuador. Por tal motivo, carece de sustento lo sostenido en la sentencia en torno a que en el derecho comparado el interés superior del menor ha sido usado para declarar inconstitucionales los regímenes de adopción que no incluyen a parejas del mismo sexo.

Las condiciones óptimas para el desarrollo integral del menor se han dado en la familia nuclear en tanto salvaguarda las figuras paterna y materna esenciales para la formación y desarrollo de la personalidad, además de que tradicionalmente son aceptadas plenamente por la sociedad mexicana.

El catedrático Martínez de Aguirre Saldaz señala que "la filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos 'artificiales' de filiación adoptiva: eso quiere decir

que para crear una relación semejante jurídicamente a la natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural".²¹

Así, el interés superior del menor exige considerar si su pleno desarrollo no se ve afectado por la confusión de las figuras paterna y materna propias de la filiación biológica, así como por un posible rechazo social a parejas homosexuales.

Al definir el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal impugnado 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. ...*", nos presenta una gama de posibilidades matrimoniales, como son, mujer con mujer, hombre con hombre, hombre reasignado a mujer con mujer, hombre reasignado a mujer con hombre, mujer reasignada a varón con un hombre, mujer reasignada a varón con mujer, hombre reasignado a mujer con otro hombre reasignado a mujer, hombre reasignado a mujer con mujer reasignada a hombre, mujer reasignada a hombre con otra mujer reasignada a hombre, etcétera. ¿Garantizan estas familias el óptimo desarrollo de un menor?

Es claro que al no encontrarse demostrado que la familia integrada por personas como las mencionadas asegure el desarrollo pleno del infante o, por lo menos, que no le resulta perjudicial, debió declararse la inconstitucionalidad de la reforma materia de la acción en atención al interés superior del menor.

²¹ Citado en la página 89 de "Matrimonio Homosexual y Adopción por Parejas del mismo Sexo Informe de estudios científicos y jurídicos y experiencia en otros países" de la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina

Las anteriores inquietudes se basan en una duda razonable de afectación al sano desarrollo del menor al no existir prueba alguna que acredite la previa aceptación de ese modelo de parejas por la sociedad mexicana y que su integración a una familia así conformada no le ocasione confusiones psicológicas en los patrones base del desarrollo de su personalidad, siendo suficiente la existencia de esta duda razonable para hacer prevalecer el interés del menor sobre el de la pareja homosexual.

Por ello, no puede sostenerse, como lo hace la sentencia mayoritaria plenaria, que el cuestionamiento *a priori* de que las parejas homosexuales afectan el interés superior del niño es, en sí mismo, discriminatorio y conculcatorio del artículo 1o. de la Constitución Federal; que ello se apoya, más bien, en prejuicios; que partir de que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores; que el Estado no está obligado a garantizar la situación utópica de dar al adoptado "los mejores padres posibles", pues ello ocasionaría que el régimen de adopciones quedara absolutamente inoperativo, y que lo que exige el interés superior del menor es garantizar que el procedimiento para autorizar la adopción de un menor se base en el otorgamiento de una mejor opción de vida, al margen de la orientación sexual de los solicitantes, pues la heterosexualidad no garantiza que el menor viva en condiciones óptimas para su desarrollo.

La garantía de igualdad exige diferenciar lo que por naturaleza es desigual. Como lo analicé en el apartado I del presente voto se está frente a situaciones que constitucionalmente deben ser diferenciadas jurídicamente por ser totalmente distintas y

encontrarse históricamente tratadas en forma desigual, máxime que se involucra el "interés superior del niño". Al abrirse la posibilidad de adopción a personas del mismo sexo se violenta el principio de igualdad, pues es una realidad que las parejas homosexuales no se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales y esta diferencia exige que no sean equiparadas dado que no ofrecen las mismas condiciones de desarrollo a un menor.

En torno a las garantías de igualdad y no discriminación consagradas en el artículo 1o. constitucional, durante la discusión del tema de adopción por parejas conformadas por personas del mismo sexo, concretamente en las sesiones plenarias de los días doce y dieciséis de agosto de dos mil diez, se hizo referencia a las "categorías sospechosas".

El artículo 1o., último párrafo, constitucional, dispone: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

Estas causas concretas de prohibición de discriminación se basan en supuestos que históricamente han dado lugar a ella y son conocidas en algunos países como "categorías sospechosas de discriminación", en las cuales para justificar un trato desigual basado en alguna de estas causas se exige una motivación objetiva y razonable reforzada. Esto significa que no puede partirse, como lo hace la sentencia plenaria, de que la sola distinción por alguna de estas causas resulta discriminatoria *per se* y concul-

catoria del artículo 1o. constitucional, pues es necesario determinar si no existen razones que justifiquen o, incluso, exijan un trato diferenciado, lo que desde luego requerirá en el juicio de legitimidad constitucional, un canon mucho más estricto y riguroso respecto a la finalidad que la distinción y a que resulte el medio estrechamente ajustado a esa finalidad.

En tales términos se pronunció la Segunda Sala de la Suprema Corte en la tesis identificada con el número 2a. LXXXV/2008, tratándose de dos supuestos: a) cuando se afecta el goce de derechos y libertades protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) cuando el criterio diferenciador sea de los expresamente prohibidos en el artículo 1o., último párrafo, de la Carta Magna. En estos dos supuestos, la diferenciación requiere de un test de proporcionalidad reforzado, esto es, lo que se denomina en otros países como "categorías sospechosas." La tesis aludida textualmente dispone:

"IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD.—Al analizar si una norma respeta la garantía de igualdad, al juzgador constitucional no le compete examinar la oportunidad del criterio adoptado por el legislador, ni su mayor o menor adecuación al fin que la norma persigue, ni decidir si la medida cuestionada es la mejor de las que podían aplicarse, pues le corresponde en definitiva apreciar situaciones distintas en las que sea procedente y tratar desigualmente a los destinatarios de la norma. Sin embargo, el margen de manobra del legislador se ve restringido cuando: a) el criterio diferenciador importa un trato desigual en cuanto al goce de otros derechos y libertades protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y b) el criterio diferenciador sea

de los expresamente prohibidos en la propia Carta Magna. En efecto, el artículo 1o., primer párrafo, constitucional contiene una afirmación general de la garantía de igualdad en el disfrute de las garantías individuales, por virtud de la cual dicho precepto salvaguarda a los individuos ubicados en situaciones comparables, de toda discriminación en el goce de los derechos y libertades que la propia Ley Fundamental otorga, lo que implica que el legislador debe ser especialmente cuidadoso al momento de someter a individuos o grupos de individuos a regímenes jurídicos diferenciados, cuando con ello incida en el ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce. Por su parte, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional establece la prohibición de discriminar por los motivos que expresamente enumera, y de cualquier otro modo que implique un menoscabo para la dignidad humana o para los derechos y libertades de las personas. Estas prohibiciones de discriminación tienen como fin, y generalmente como medio, la paridad en el trato a los individuos cuya nota distintiva sea alguno de tales criterios, los que, por tanto, sólo en forma excepcional pueden utilizarse como elementos de diferenciación jurídica de trato, a menos que ésta constituya una acción afirmativa tendente a compensar la situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos. Por tanto, tratándose de normas diferenciadoras que incidan en el goce de garantías individuales, así como en el caso de aquellas que descansen en alguno de los criterios enumerados en el tercer párrafo del indicado artículo 1o. y que no constituyan acciones afirmativas, se impone la necesidad de usar, en el juicio de legitimidad constitucional, un canon mucho más estricto que implique rigor respecto a las exigencias materiales de la proporcionalidad, dado que en tales casos la propia Constitución impone una regla de tratamiento igual, que sólo admite excepciones cuando se busque satisfacer una fina-

alidad constitucionalmente imperativa y exige medios estrechamente ajustados a esa finalidad.¹²²

Quiero aclarar que no comparto la denominación de "categorías sospechosas" a la que algunos Ministros aludieron durante la discusión del asunto, con base en doctrina extranjera. Me parece que tal terminología es peyorativa e innecesaria porque ya la Suprema Corte ha determinado la necesidad de someter a un juicio de legitimidad constitucional exhaustivo y reforzado cualquier distinción por motivo de alguna de las causas que enumera el artículo 1o., último párrafo, constitucional, como se advierte de la tesis que ha quedado transcrita, la que alude a este tipo de juicio no sólo en los casos mencionados sino, en general, cuando el criterio diferenciador importe un trato desigual en cuanto al goce de otros derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

No puede partirse o "sospecharse" de que el legislador actúa vulnerando dispositivos constitucionales en perjuicio de determinados grupos, sino únicamente que el análisis de constitucionalidad de la norma que establezca un tratamiento diferenciado está sujeta a un escrutinio más riguroso.

En tales términos, es claro que basándonos en los argumentos de algunos de los Ministros de la mayoría, así como en las consideraciones que expresamente sustentan la sentencia plenaria, sí es constitucionalmente válido establecer distinciones tratándose de las llamadas "categorías sospechosas"—denominación que como señalé no comparto—, con la condición de que

¹²² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, Tomo XXVII, junio de 2008, tesis LXXXV/2008, página 439

estén apoyadas en razones que soporten un test de proporcionalidad reforzado, como ocurre en el caso de existir otro principio constitucional que prevalezca sobre la afectación a los derechos y libertades que el trato diferenciado pudiera ocasionar, como es el interés superior del menor.

En efecto, como se señaló con anterioridad, esta Suprema Corte de Justicia ha determinado que el "interés superior del niño" consagrado en el artículo 4o. constitucional, debe ser el criterio rector para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de los menores.

En el caso, fue la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la que igualó una situación que histórica, social y jurídica-mente ha estado diferenciada y, por tal motivo, el procurador general de la República ejerció la acción de inconstitucionalidad sosteniendo que debe seguir existiendo el tratamiento diferenciado en respeto al principio del interés superior del menor tutelado por el artículo 4o. constitucional.

Por tanto, para estar en posibilidad de resolver la acción y realizar el juicio de legitimidad constitucional era necesario recabar pruebas a fin de determinar si debía o no darse un trato diferenciado o igualitario a las parejas homosexuales y heterosexuales, concretamente en cuanto a la repercusión que trae consigo la inclusión de las primeras en la institución matrimonial al abrirlas la posibilidad de adoptar menores.

En tales términos, con independencia de las pruebas aportadas por el procurador general de la República, promovente de la acción, era necesario que este Alto Tribunal recabara evidencias científicas en torno a la afectación que puede producir

al menor crecer en una familia conformada por pareja homosexual, máxime que se está ante una acción de inconstitucionalidad que constituye un medio de salvaguarda constitucional en que no se deduce un derecho propio sino que se realiza una denuncia sobre la posible contradicción entre una norma y la Ley Fundamental, como lo ha sustentado el Pleno en las tesis jurisprudenciales P./J. 129/99 y P./J. 32/2010.²³

En el caso, por encontrarse en juego un principio al que la propia Constitución le otorga prevalencia, como lo es el interés superior del menor, no puede exigirse una prueba plena en torno a la afectación del menor para estimar procedente la justificación

²³ "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA SOLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN —Al ser la acción de inconstitucionalidad un tipo especial de procedimiento constitucional en el que, por su propia y especial naturaleza, no existe contención, las partes legitimadas para promoverla, en términos de lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no ejercen la acción para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general, pues el Poder Reformador de la Constitución las facultó para denunciar la posible contradicción entre aquella y la propia Carta Magna, a efecto de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendiendo al principio de supremacía constitucional, la someta a revisión y establezca si se adecua a los lineamientos fundamentales dados por la propia Constitución" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo X, noviembre de 1999, página 791)

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SON INOPERANTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ ORIENTADOS A SALVAGUARDAR DERECHOS DE PARTICULARES —Conforme al artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la acción de inconstitucionalidad constituye un medio de control abstracto promovido en interés de la regularidad constitucional, y no para salvaguardar derechos propios de quien la ejerce o de una persona determinada, pues acorde con la jurisprudencia P./J. 129/99 del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA SOLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN", al ser un tipo especial de procedimiento constitucional en el que, por su propia y especial naturaleza, no existe contención, las partes legitimadas para promoverla no ejercen la acción para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general, por lo que el estudio correspondiente debe hacerse contrastando las normas impugnadas con la Constitución General de la República, desatendiendo las afectaciones a personas en concreto, ya que este tipo especial de control constitucional no constituye una vía para deducir derechos particulares. Por tanto, los conceptos de invalidez encaminados a salvaguardar derechos de particulares concretos deben calificarse de inoperantes, máxime que dicha conclusión no genera desprotección jurídica, pues en el supuesto de que alguna persona resienta afectación a su esfera de derechos, tiene medios legales adecuados para reclamarla" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XXXI, marzo de 2010, página 2501)

del trato diferente a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales que aduce el procurador general de la República, en virtud del trato igualitario que introdujo la Asamblea Legislativa.

La existencia del principio referido da lugar a que baste una duda razonable de afectación al sano desarrollo del menor para que el trato diferenciado subsista y se estime inconstitucional la reforma impugnada, porque de lo contrario se haría prevalecer el interés de un grupo minoritario sobre el interés superior del niño.

Resulta inadmisibles que en la resolución plenaria se aluda a la imposibilidad de afectar derechos fundamentales de las personas en atención a su preferencia sexual.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que el artículo 1o. constitucional alude a que la discriminación prohibida tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

No existe un derecho fundamental al matrimonio, lo que existe es un derecho de libertad de elegir con quién vivir, lo que no significa que tal unión deba ser reconocida bajo la institución civil del matrimonio. Tampoco existe un derecho fundamental a la adopción de menores; lo que existe es el derecho de los niños a ser adoptados en el seno de una familia, el compromiso del Estado de procurarles amparo y protección y del ambiente que garantice su sano y pleno desenvolvimiento.

Por tanto, no puede sostenerse que las normas impugnadas tienden a tutelar derechos que constitucionalmente no son tales, como el casarse entre personas del mismo sexo y adoptar

menores y, mucho menos, que el criterio contrario al sostenido en la resolución plenaria, esto es, la inconstitucionalidad de la posibilidad de adopción por matrimonios conformados por parejas homosexuales, implica la afectación o privación de derechos fundamentales de las personas en atención a su preferencia sexual.

Suponiendo que con la posibilidad para las parejas conformadas por personas del mismo sexo de contraer matrimonio y adoptar menores se pretendiera el fin legítimo de eliminar la discriminación a los homosexuales, los medios utilizados no resultan constitucionalmente válidos para lograrlo, pues se desconoce el interés superior del niño. No puede utilizarse al menor como un instrumento para abatir una realidad social que constitucionalmente está vedada, como lo es la discriminación por razón de orientación sexual.

La duda razonable de la afectación al menor con la adopción por matrimonios del mismo sexo, que la sentencia plenaria desconoce sin apoyo probatorio alguno, impide la utilización de los menores como punta de lanza para abatir el problema de la discriminación.

En la opinión rendida por el DIF nacional se señala al respecto: "*... no se trata pues de atender o no reivindicaciones de estos colectivos de los que vienen hablando, totalmente legítimas ... Un niño con dos papás o dos mamás no debe correr el riesgo de burla o marginación de su vecindario, escuela, etcétera. Nuestro posicionamiento siempre es desde la perspectiva de los sentimientos y necesidades de los menores de edad. No podemos hacer experimentos sociológicos con los niños adoptables, ni siquiera para favorecer reivindicaciones legítimas ... las circuns-*

tancias familiares influyen en sus integrantes, dado que son el espacio más cercano en que aquellos son formados".

Así pues, no puede prevalecer el fin legítimo de combate a la discriminación por razones de orientación sexual sobre el interés superior del menor.

La imposibilidad constitucional de adopción de menores por parejas homosexuales no parte de una discriminación *per se* de este tipo de parejas, sino de una realidad natural y social que puede afectar a su sano desenvolvimiento y que prevalece sobre cualquier política por loable que sea el fin que persiga.

Debe resaltarse que del proceso legislativo que dio lugar a las normas impugnadas se advierte que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal incurrió en una falta de análisis de la repercusión que la incorporación a la institución del matrimonio de parejas homosexuales ocasiona en cuanto a la adopción al otorgar a ese tipo de parejas, como matrimonio, la posibilidad de adoptar a menores. La sentencia del Tribunal Pleno convalida este vicio al declarar constitucional la posibilidad de adopción por tales parejas sin tomar en cuenta la inexistencia de pruebas que confirmen de manera absoluta y sin lugar a dudas la posibilidad de afectación a los menores con tal tipo de adopciones.

Así, con independencia de los requisitos que legalmente deban reunirse para que proceda la adopción, en términos de las normas que los regulan y que deberá determinar la autoridad a la que corresponde su aplicación, lo cierto es que al otorgar las normas impugnadas acceso a la pareja homosexual a

la institución civil de la adopción, resulta contraria al interés superior del menor que tutela el artículo 4o. de la Constitución.

El mero establecimiento de los requisitos que establecen las normas que regulan el sistema de adopción, no garantiza por sí solo el interés superior del menor. El ambiente-desarrollo que proporciona una pareja homosexual, con independencia de los requisitos generales para la procedencia de la adopción, debe asegurar el interés superior del menor para que sea constitucionalmente válido, lo que no se encuentra en forma alguna acreditado.

Por las anteriores razones, si bien se comparte el señalamiento de la sentencia plenaria de que el Tribunal Constitucional debe ser parte de la tendencia que evite la discriminación estableciendo criterios que no discriminen, se disiente de que la determinación adoptada sea de avance social en tal sentido, puesto que el principio de igualdad exige no equiparar lo que es diferente, por lo que es la asimilación al concepto tradicional de matrimonio de todo tipo de uniones de personas lo que ocasiona una violación a dicho principio, haciendo prevalecer el interés de grupos minoritarios sobre el interés de la sociedad y el interés superior de los niños.

En conclusión, la aplicación de la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo requiere, en todo caso, de un examen particularizado que refleje la voluntad del legislador expresa y consciente sobre los efectos de la equiparación, específicamente en materia de adopción, voluntad que debe estar apoyada en prueba plena de no afectación al interés superior del niño, esto es, la certeza de que la equiparación relativa no ocasione perjuicio alguno al menor en su desarrollo conforme a nuestra

realidad social, aunque ello fuera la tendencia de avance social mundial –que no lo es al ser mínimo el porcentaje de países que permiten la adopción, según ha quedado analizado–.

Por todas las razones que he expresado a lo largo del presente voto, considero que debió declararse la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, publicados en la Gaceta Oficial de dicha entidad de veintinueve de diciembre de dos mil nueve.