

V. VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010, PROMOVIDA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA*

En sesión de dieciséis de agosto de dos mil diez, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la presente acción de inconstitucionalidad era infundada y declaró la validez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal.

Coincido plenamente con el sentido de la resolución y comparto gran parte de las consideraciones de la posición mayoritaria. Mi discrepancia se limita a una cuestión muy puntual relacionada con la manera en la que se responden los argumentos planteados por el procurador general de la República en contra de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan adoptar. Para decirlo en términos más claros: por un lado, tengo

* Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 1079 Reg. IUS 40499

un *desacuerdo metodológico* con la forma en la que se arriba a la conclusión de que el interés superior del niño no se ve afectado con la reforma en cuestión; y por otro lado, tengo un *desacuerdo en un tema sustantivo*: los alcances que la posición mayoritaria da a la prohibición de discriminación prevista en el artículo 1o. constitucional. Aunque los dos temas están íntimamente relacionados, intentaré distinguir estas dos líneas de argumentación.

I. La posición mayoritaria

En síntesis, los argumentos esgrimidos por el procurador general de la República para impugnar la constitucionalidad del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal, que permite el acceso de los cónyuges y concubinos del mismo sexo a la figura de la adopción, fueron los siguientes: (i) la reforma viola el artículo 16 constitucional al carecer de motivación legislativa, toda vez que no se realizaron estudios sobre el posible impacto psico-social que tendría en los menores el hecho de ser adoptados por parejas del mismo sexo; y, (ii) la reforma vulnera el interés superior del niño, ya que los menores podrían sufrir una afectación en su desarrollo integral al ser adoptados por una pareja que no entra en el concepto de "familia ideal" tutelada por el artículo 4o. constitucional, lo que también significaría un acto de discriminación hacia esos menores.

La mayoría de los miembros de este Pleno consideramos infundados los conceptos de invalidez planteados por el accionante. Como puede observarse, la impugnación del artículo 391 se apoya en argumentos muy similares a los expresados en contra del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal que permite contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo. Si en

ese caso se sostuvo que el artículo 4o. no protege un "modelo ideal" de familia compuesto por una madre y un padre, aquí también hay que concluir que no se viola el interés superior del menor ni supone ninguna discriminación el hecho de que la familia adoptiva no tenga un padre y una madre.

La mayoría de los Ministros sostuvimos que no es posible afirmar que se tenga el derecho a acceder al matrimonio pero no se tenga el derecho a formar una familia a través de la adopción. Tampoco puede admitirse que la orientación sexual de una persona o de una pareja les reste valor como ser humano o familia al punto de considerarlos nocivos para el desarrollo del menor. En esta línea, se concluyó que la orientación sexual no puede verse como un elemento que, por sí mismo, afecte el desarrollo del menor. Aunque comparto plenamente esta afirmación, mi desacuerdo con la mayoría de los miembros de este Pleno está en la manera de arribar a esa conclusión.

II. Las razones de mi disenso

De acuerdo con la posición mayoritaria, no sería posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal, porque "cualquier argumento en esa dirección nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana" (párrafo 315). Encuentro cierta contradicción en sostener una afirmación como ésta y apoyarse al mismo tiempo en la evidencia científica disponible que sostiene que la convivencia en el ámbito de una familia homoparental no genera ningún daño a los menores (nota al pie 4, foja 124).

Si bien es cierto que esa evidencia científica no fue introducida en la sentencia a través de la práctica de pruebas periciales propiamente dichas, el Ministro ponente solicitó la intervención de especialistas en diferentes materias para esclarecer varios puntos, entre los que se encontraba, precisamente, el potencial daño que podrían sufrir los menores por vivir en una familia homoparental. En esta línea, mi objeción a la posición mayoritaria consiste en que para poder concluir que el artículo 391 es constitucional, me parece que resulta indispensable atender a la evidencia científica disponible. Dicho de otra manera, toda vez que la afectación al interés superior del niño sólo se puede probar en este caso con argumentos empíricos, es indispensable saber lo que ha dicho la ciencia sobre este tema para poder decidir en consecuencia.

III. El desacuerdo metodológico: el uso de evidencia científica

No comparto la idea de que la Constitución nos impida indagar si los menores pueden sufrir una afectación por vivir en una familia homoparental. Por lo demás, tampoco comparto que la única posibilidad que tenía esta Suprema Corte era declarar inconstitucional el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal. A mi juicio, en caso de haber sido fundada la impugnación del procurador general de la República, estaban al alcance de este Alto Tribunal soluciones intermedias como, por ejemplo, interpretar el precepto de conformidad con el principio de interés superior del niño. En este sentido, la utilización de esta técnica interpretativa hubiera supuesto la exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder al régimen de adopción.

Debo aclarar que no estoy sugiriendo que esto es lo que debió hacerse en este caso, me limito a observar que de haber estimado fundado el concepto de invalidez planteado por la Procuraduría General de la República, ello no hubiera conducido, indefectiblemente, a una declaración de inconstitucionalidad del precepto en cuestión y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es cierto que el principio de igualdad contemplado en el artículo 1o. constitucional prohíbe a cualquier órgano estatal, incluido el legislador, discriminar a las personas por motivos de "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". Con todo, eso no quiere decir que en algunos supuestos no puedan hacerse distinciones a partir de alguno de esos criterios que, en el derecho constitucional comparado, han sido denominados "categorías sospechosas".

Como intentaré mostrar más adelante, para que el Estado pueda hacer distinciones entre las personas apoyado en una "categoría sospechosa", como en este caso lo serían el sexo y las preferencias sexuales, deben existir razones *muy poderosas* que justifiquen ese trato diferenciado. Si en este caso concreto hubiera existido *evidencia científica concluyente*, en el sentido de que los menores que conviven en familias homoparentales sufren algún tipo de daño psicológico o emocional, esa evidencia hubiera sido una razón suficiente para llevar a esta Suprema Corte a realizar una interpretación conforme del artículo 391 que excluyera a las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder a ese beneficio.

En resumen, mi argumento metodológico es el siguiente: si se acepta la posibilidad de que exista evidencia científica que muestre que los menores son afectados psicológica o emocionalmente por la convivencia en una familia homoparental (lo que no resulta absurdo teniendo en cuenta que sabemos que existen estudios científicos que se han ocupado de este tema), la tesis de que no existe tal afectación sólo puede corroborarse una vez que se ha examinado lo que ha dicho la ciencia sobre este tema. Desde mi punto de vista, rechazar la posibilidad de hacer esa indagación argumentando que ello supondría "caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente" (párrafo 316) no constituye una repuesta satisfactoria a la cuestión planteada.

Esta respuesta pierde de vista que la prohibición de discriminación *no es el único* principio constitucional en juego en este caso. El procurador general de la República sostuvo que la reforma viola el interés superior del menor, y esta Suprema Corte ha reconocido en varias decisiones que éste es un principio constitucional implícito en la regulación de los derechos del niño prevista en el artículo 4o. constitucional.¹ La impugnación plantea expresamente la necesidad de considerar el interés superior del niño como un principio relevante para decidir el caso. Así las cosas, no parece correcto concluir que no se afecta el interés superior del niño con el argumento de que sería discriminatorio excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, cuando lo que se plantea es, precisamente, que darles esa posibilidad afectaría a los menores.

¹ Véase, por ejemplo, el amparo directo en revisión 1187/2010

El argumento de la mayoría no constituye una respuesta satisfactoria porque evita pronunciarse sobre el tema de fondo: si la convivencia de menores con parejas homosexuales puede afectarlos psicológicamente. En esta línea, el éxito del concepto de validez dependía de que se mostrara que esos hechos eran verdaderos. Ahora bien, es cierto que la Procuraduría General de la República no planteó argumentos científicos ni ofreció medio de prueba alguno para demostrar la afectación que alegaba. No obstante, resulta complicado no tomar en cuenta que el tema de los estudios científicos sobre el desarrollo de los menores en familias homoparentales fue abordado en la gran mayoría de los *amicus curiae* que distintas personas y organizaciones de la sociedad civil interesadas en la discusión de este tema hicieron llegar a esta Suprema Corte. En este sentido, los detractores de la reforma insistieron una y otra vez que el concepto de invalidez estaba apoyado en ciertos hechos que habían sido esclarecidos por la ciencia.

Todo lo anterior me lleva a concluir mi objeción metodológica resaltando la importancia que tienen en muchos casos los argumentos sobre hechos (especialmente los que dependen de evidencia científica) para poder decidir sobre la constitucionalidad de una ley.² Desde mi punto de vista, la impugnación del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal es uno de esos casos.

IV. El desacuerdo sustantivo: el alcance de la prohibición de discriminación

Mi segundo desacuerdo con la posición mayoritaria tiene que ver con la manera en la que ésta entiende el principio de

² Al respecto, véase Faigman, David L., *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional Facts*, Nueva York, Oxford University Press, 2008

no discriminación, particularmente con la forma en la que se conecta este principio con el uso de "categorías sospechosas". En este sentido, para la opinión mayoritaria sería inaceptable que se hiciera cualquier distinción que excluyera "a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual ... origen étnico, religioso o económico" (párrafo 317). De acuerdo con esta argumentación, en ningún caso el Estado podría hacer distinciones normativas que se apoyaran en criterios como éstos porque resultaría discriminatorio. Disiento del alcance que se da al principio de no discriminación.

La Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es la discriminación por alguna de esas razones: origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana. La discriminación no se produce automáticamente por el uso de una categoría sospechosa, aunque es válido suponer que existe una *presunción de inconstitucionalidad* cuando se utiliza alguna.³

Al respecto, puede decirse que el principio de no discriminación se construye en tres pasos. En primer lugar, se parte de que el derecho a la igualdad ordena tratar de forma similar situaciones similares. En segundo término, el principio de no discriminación exige asumir que resulta inevitable que el Estado realice algunas distinciones en ciertos casos, pues es neces-

³ Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, véase Ferreres Comella, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, 2a ed., Madrid, CEPC, 2007, pp 220-243

rio tratar de forma diferente a las personas. Esto implica que no está vedado hacer distinciones, lo que está prohibido son las distinciones arbitrarias. Finalmente, el tercer paso está determinado por el método que se tiene que seguir para establecer cuáles son las *distinciones arbitrarias*.⁴

Esta Suprema Corte ha considerado que es necesario realizar un *escrutinio estricto* de la razonabilidad de la medida cuando se distingue entre personas o situaciones con apoyo en alguna de las categorías previstas en el artículo 1o. constitucional.⁵ Así, para que la distinción se considere discriminatoria no sólo se requiere la utilización de una categoría sospechosa, sino también que la medida *no supere* un *escrutinio estricto*.

En el derecho norteamericano se dice que en estos casos el Estado debe tener un interés muy poderoso (*compelling state interest*) para hacer una distinción basada en una categoría sospechosa.⁶ Entre nosotros, una manera equivalente de entender esta expresión podría ser que el Estado debe perseguir la satisfacción o protección de un principio de rango constitucional.⁷ En el caso que nos ocupa, está claro que lo que se buscaría con la utilización de una distinción basada en el sexo o las preferencias sexuales sería proteger el interés superior del niño, si es que existieran razones empíricas concluyentes que permitieran afirmar

⁴ Fiss, Owen, *Groups and The Equal Protection Clause, Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, Núm. 2, 1976, pp. 108-109

⁵ "IGUALDAD CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)" (Novena Época. Instancia Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVII, abril de 2008, página 175, tesis 1a./J 37/2008, jurisprudencia Matena(s) Constitucional)

⁶ Esta expresión a veces es traducida como "interés urgente". Cfr. Saba, Roberto P., *Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo Sospechoso de las Categorías Sospechosas?*, en Roberto Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009

⁷ En este sentido, véase Ferreres Comella, *op cit*, p. 233

que los menores se verían afectados por la convivencia en el entorno de una familia homoparental.

En el derecho comparado se pueden encontrar muchos casos de distinciones normativas cuya constitucionalidad no se discute a pesar de estar basadas en alguna categoría que podría calificarse de sospechosa. En Estados Unidos, por ejemplo, la ley determina que los pilotos de aerolíneas comerciales están obligados a retirarse a la edad de sesenta años.⁸ Evidentemente, se trataría de una distinción basada en una categoría sospechosa a la luz de nuestra Constitución: la edad de los pilotos. Con todo, existen razones empíricas y normativas que justifican que a los pilotos de esta edad se les obligue a retirarse. Por un lado, hay información científica (de naturaleza estadística) que muestra que ciertas facultades (auditivas, visuales y ciertos reflejos) necesarias para desempeñar ese trabajo, especialmente en situaciones de emergencia, empiezan a declinar a partir de esa edad. Por otro lado, debido a las desastrosas consecuencias que puede tener un error o una falla de un piloto comercial se considera legítimo que en un caso como éste se establezca una distinción basada en un criterio sospechoso, como la edad de las personas.

También podrían imaginarse otros ejemplos que muestren que en algunos casos una distinción sospechosa puede estar justificada. Por ejemplo, una ley que negara la posibilidad de obtener una licencia de conducir a personas invidentes posiblemente superaría un escrutinio muy estricto a la luz de los principios constitucionales en juego y la evidencia empírica disponible.

⁸ El ejemplo es de Schauer, Frederick. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp 108 y ss

En este caso concreto, uno de los argumentos de la Procuraduría General de la República es que existen razones que justificarían hacer una distinción normativa que impida a las parejas del mismo sexo adoptar a un menor. Toda vez que el legislador no hizo esa distinción, esta Suprema Corte hubiera tenido que realizar una interpretación conforme del artículo impugnado para introducirla.

Ahora bien, la única manera en la que se justificaría que este Alto Tribunal introdujera por la vía de la interpretación conforme una distinción normativa basada en un criterio sospechoso, sería que esa distinción se apoyara en razones muy poderosas. En este caso, por ejemplo, si la ciencia demostrara concluyentemente que los menores que viven en familias homoparentales sufren algún tipo de daño, estaría justificada realizar una interpretación conforme como esa. La pregunta es cómo podemos saber si la ciencia ha llegado a esas conclusiones. La única manera de allegarnos esa información es acudir al conocimiento científico disponible e indagar qué es lo que se ha dicho sobre esta cuestión.

Probablemente sea cierto que una pregunta de investigación como ésta parte de un prejuicio, pero precisamente por eso es importante hacer el cuestionamiento y acudir a la ciencia para contestarlo. La mejor forma de tomar una decisión racional que no esté basada en prejuicios es hacerlo apoyándose en conocimientos científicos. Por todo lo anterior, considero que sí resulta relevante conocer lo que la ciencia ha dicho sobre la situación de los menores que se desarrollan en familias homoparentales.

Finalmente, reitero que coincido plenamente con lo sostenido por la mayoría: la convivencia en familias homoparentales

no es algo que en sí mismo dañe a los menores. Mi desacuerdo estriba en que no he llegado a esa conclusión apoyándome en el argumento de que la sola posibilidad de considerar que esto fuera cierto sería discriminatorio, sino una vez que he analizado y sopesado varios estudios científicos sobre este tema.