

VI. VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010*

El dieciséis de agosto de dos mil diez el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de votos, determinó reconocer la validez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. El presente voto tiene por objeto externar las razones por las que, a pesar de que en lo general coincido con la constitucionalidad de las normas impugnadas, arribo a la conclusión por razones diversas a las expresadas por la mayoría.

Convengo en que el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal respeta el contenido del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, empero, sostengo que la validez de la norma no se sustenta en que al

* Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXII, diciembre de 2010, p. 1084 Reg. IUS 40498

tratarse de una ampliación de derechos y no propiamente de su restricción, inscribe el control constitucional en otro tipo de análisis, ya no de proporcionalidad, sino fundamentalmente de razonabilidad. En ese sentido, la respetable opinión mayoritaria afirma que resulta válida porque es una medida legislativa constitucionalmente razonable, en razón de que amplía el acceso al matrimonio en condiciones de plena igualdad para todos los individuos, esto es, para las parejas heterosexuales, o bien, del mismo sexo. Visión que no comparto.

En mi opinión, la validez de la norma se sustenta en la libre configuración normativa de las entidades federativas. Así, descansa en la adecuación a la Constitución Federal en cuanto no se opone a ella, pero no porque exista una norma constitucional que exija una norma determinada en un sentido específico.

Bajo este tenor, respetuosamente estimo que para dilucidar la constitucionalidad de la norma cuestionada debe atenderse a su confrontación con la Constitución Federal, pues la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales y la Constitución Federal, como Ley Fundamental del Estado Mexicano.

Sobre este aspecto, debe indicarse que conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión, y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal".

En el caso, el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal incluye un nuevo paradigma de lo que ha de entenderse como matrimonio en su territorio, eliminando la consideración por razón de género o sexo, es decir, sin hacer referencia a la unión de un hombre y una mujer, como antes se disponía.

Pues bien, el análisis integral de la Constitución permite concluir con claridad que de ella no deriva un contenido específico del concepto de matrimonio, por el contrario, se advierte que el Constituyente otorgó libertad normativa al legislador ordinario en esa materia.

En efecto, la regulación del matrimonio se inscribe dentro de los actos del estado civil, cuya previsión se comprende en la facultad de que está investida la Asamblea del Distrito Federal y las Legislaturas de los Estados, quienes gozan, por disposición expresa, de amplia facultad legislativa para normarlos y conformarlos.

Los artículos 122¹ y 124² constitucionales establecen la facultad residual a favor del Distrito Federal y de los Estados para legislar en cualquier ámbito que no esté reservado expresamente a la Federación, mientras que en términos de lo previsto por el artículo 121, fracción IV y 122, base primera, fracción V,

¹ **Artículo 122** Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo

"La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal se sujetará a las siguientes disposiciones

"A Corresponde al Congreso de la Unión

"I Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa . "

² **Artículo 124** Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados "

inciso h,³ se faculta a dichas entidades para legislar en materia civil, sin establecer mayor prescripción que la validez de sus actos en los otros Estados.

La libertad normativa referida se confirma si se considera que el artículo 130⁴ de la Constitución Federal, en su penúltimo párrafo, establece que los actos del estado civil de las personas se rigen en los términos que establezcan las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan. De ahí que resulta indudable que existe una remisión al legislador ordinario para normar esta materia.

En este particular, cabe mencionar que en el texto original de 1917⁵ del aludido precepto, en el entonces párrafo tercero

³ **Artículo 121.** En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes

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

Artículo 122 Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno esta a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo

"La distribución de competencias entre los Poderes de la Unión y las autoridades locales del Distrito Federal se sujetara a las siguientes disposiciones

"Base primera Respecto a la Asamblea Legislativa.

"V La Asamblea Legislativa, en los términos del estatuto de gobierno, tendrá las siguientes facultades

"h) Legislar en las materias civil y penal, normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio "

⁴ **Artículo 130** El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley

"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 "

⁵ **Artículo 130** Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa, la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación

se hacía referencia expresamente al matrimonio, en los términos siguientes:

"Artículo 130. ...

"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 validez que las mismas les atribuyan. ..."

El precepto en mención fue reformado en 1992. Con el ánimo de reafirmar la separación entre Iglesia y Estado, se incluyeron todos los actos relativos al estado civil, comprendiendo, desde luego, al matrimonio.⁶

Así, de la interpretación gramatical e histórica del artículo 130 constitucional, se corrobora la intención del Constituyente de reservar la materia a las Legislaturas de los Estados.

⁶El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera

"El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan"

⁵ En la exposición de motivos, en la conducente, se indicó

⁶ Disposiciones en materia civil relativas al tema

"En la legislación de 1860 se establecía que sólo el matrimonio civil tenía efectos legales, pero otorgaba libertad para contraer el matrimonio religioso. En 1870 se promulgó el Código Civil para el Distrito Federal que incorporaba ya claramente la tesis contractualista originada en el código napoleónico y excluyente, en el entramado civil, de la figura del matrimonio religioso. En la Constitución de 1917 se especifica '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'

"La iniciativa propone participar y ampliar el propósito de secularización de los actos relativos al estado de las personas. Adicionalmente precisa la autoridad competente para tramitar los documentos probatorios del estado civil de las personas. Por otra parte, reconociendo la plena secularización de la vida social, la Norma Constitucional se estableció para que la protesta de decir verdad sustituyera al juramento religioso"

La intelección de las premisas que anteceden, conducen a concluir que conforme al artículo 121, fracción IV, 122, base primera, fracción V, inciso h y 130 de la propia Constitución Federal, el Distrito Federal y los Estados cuentan con amplias atribuciones para normar la materia civil en su territorio, atendiendo a las necesidades propias de cada entidad, siempre y cuando sea acorde a los principios que salvaguarda la Constitución Federal.

Ahora, si como se dijo, del análisis integral de la Constitución no deriva un contenido específico al concepto de matrimonio, resulta que el precepto reclamado de modo alguno se contrapone con la Ley Fundamental, ya que se expidió en uso de la libertad de configuración que se establece a favor de las entidades federativas, sin que sea dable referirse al concepto de familia que ampara la Constitución Federal, toda vez que si bien el matrimonio pudiera ser una forma de constituir la familia, no es la única.

En relación con lo anterior, debe recordarse que este Tribunal Pleno⁷ considerando la fuerza normativa de los principios

⁷ Tesis P / J 120/2009

"MOTIVACION LEGISLATIVA CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS —Los Tribunales Constitucionales están llamados a revisar la motivación de ciertos actos y normas provenientes de los Poderes Legislativos. Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso. Tratándose de las reformas legislativas, esta exigencia es desplegada cuando se detecta alguna 'categoría sospechosa', es decir, algún acto legislativo en el que se ven involucrados determinados valores constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con la implementación de la reforma o adición de que se trate. En estos supuestos se estima que el legislador debió haber llevado un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos necesarios para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar. Además, este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes facticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo

democrático y de separación de poderes, conforme a la cual los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan los Congresos Locales, en el marco de sus atribuciones, ha reconocido que la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma, por lo que si dichas autoridades tienen mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En estos casos, corresponde a las autoridades legislativas la responsabilidad de garantizar los intereses de la colectividad.

En mérito de lo anterior, se estima que no corresponde a este Alto Tribunal valorar la idoneidad de la nueva connotación del matrimonio asignada por la Asamblea del Distrito Federal,

hizo, y, b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate. Por otra parte, la motivación ordinaria tiene lugar cuando no se presenta alguna ‘categoría sospechosa’, esto es, cuando el acto o la norma de que se trate no tiene que pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas del caso porque no subyace algún tipo de riesgo de merma de algún derecho fundamental o bien constitucionalmente análogo. Este tipo de actos, por regla general, ameritan un análisis poco estricto por parte de la Suprema Corte, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador. En efecto, en determinados campos –como el económico, el de la organización administrativa del Estado y, en general, en donde no existe la posibilidad de disminuir o excluir algún derecho fundamental– un control muy estricto llevaría al juzgador constitucional a sustituir la función de los legisladores a quienes corresponde analizar si ese tipo de políticas son las mejores o resultan necesarias. La fuerza normativa de los principios democrático y de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado –y entre ellos, el juzgador constitucional– deben respetar la libertad de configuración con que cuentan los Congresos Locales, en el marco de sus atribuciones. Así, si dichas autoridades tienen mayor discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que en esos temas las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Por el contrario, en los asuntos en que el Texto Constitucional limita la discrecionalidad del Poder Legislativo, la intervención y control del Tribunal Constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto el orden constitucional así lo exige. Conforme a lo anterior, la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionado con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.” (No. Registro 165745 Novena Época. Instancia Plena. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXX, diciembre de 2009, tesis P/J 120/2009, página 1255)

pues dicha acción se encuentra circunscrita dentro de la libertad normativa de la que goza dicha autoridad, cuando, además, la norma constitucional se limita a establecer un marco de referencia conceptual del matrimonio en términos suficientemente amplios como para permitir una configuración específica por cada Legislatura Estatal; así no puede decirse que desde ese marco constitucional exista un modelo específico y excluyente, pues la Norma Fundamental se concreta en respetar las decisiones de los Estados en la materia civil y de ninguna manera se advierte una definición acotada de las instituciones civiles como lo es el matrimonio.

No pasa inadvertido el componente teleológico de la reforma que busca por resultado neutralizar los efectos que genera la homofobia, como norma integradora de un grupo social para eliminar una situación de desventaja. Sin embargo, la constitucionalidad de la norma reclamada de modo alguno radica en los fines que la motivaron, sino que se justifica en la libertad normativa conferida por el Constituyente al legislador ordinario, facultad que, se reitera, lleva implícita la obligación que tienen las mismas entidades, de velar por los intereses de la colectividad.⁸

⁸ Sobre este tema resulta ilustrativa la siguiente tesis aislada

“LEGISLATURAS LOCALES, FACULTADES DE LAS, EN MATERIA CIVIL (DECRETO DE 10 DE ABRIL DE 1916 DEL CÓDIGO DEL GOBIERNO DE PUEBLA) — Las autoridades legislativas de los Estados tienen competencia constitucional para legislar en materia civil, y en las leyes relativas siempre se establecen restricciones a la autonomía contractual, por razones de forma o de capacidad, por motivos referentes a la ilicitud del fin, del objeto o de la causa del acto jurídico, o con la idea de garantizar una verdadera libertad de consentimiento en los particulares y de mantener la igualdad entre los contratantes, por lo que estando los Estados autorizados para legislar sobre la propiedad privada en todo aquello que no esté expresamente reservado a la Federación, tal facultad lleva implícita la obligación que tienen las mismas entidades, de velar por los intereses de la colectividad. Aunque en las legislaciones hay normas liberales, de carácter individualista, que consagran el respeto a la libertad de los particulares, y la protección más amplia a la autonomía contractual, también hay otras que limitan justificadamente los derechos privados. Uno de ellos es precisamente el decreto de 10 de abril de 1916, que establece que ‘la acción de rescisión a que se refiere el artículo 1509 del Código Civil no es renunciable, y su renuncia no producirá efecto jurídico alguno’. Ya la Suprema Corte, a través de la Sala Auxiliar, expresó el criterio de que es justificada la disposición por la

Es importante señalar que resolver en este sentido de ninguna manera implica expresamente que los Estados deben asimilar el matrimonio al paradigma ahora adoptado por el Distrito Federal por dos razones fundamentales: a) De la Constitución no deriva la obligación para el legislador de considerar este tipo de relaciones dentro de la institución del matrimonio; y, b) La regulación de las relaciones civiles se ha reservado a los Estados, los cuales tienen libertad de jurisdicción para normarlas, adecuándolas a la realidad social, siempre que no sean contrarios a los principios de la Ley Fundamental⁹ que, como he señalado, no establece fronteras acotadas por esta institución sino que en su amplitud permite al legislador de cada entidad conformarlo.

En suma, si bien comparto la validez de la norma, respetuosamente, me aparto de las consideraciones que la sustentan.

que se prohíbe y priva de todo efecto jurídico la renuncia a la acción rescisoria por causa de lesión, dado que esta última, además de viciar el libre consentimiento y el pleno conocimiento que deben inspirar la celebración de los contratos, es fuente de actos que la moral reprueba y que vulneran en forma directa los intereses colectivos. La facultad de prohibir la renuncia a la acción rescisoria por causa de tensión no se halla otorgada al Congreso Federal de modo expreso por los artículos 27 y 73 a 77 de la Constitución de la República y tampoco de una manera tácita, puesto que no se comprende dentro de las llamadas 'facultades implícitas' (artículo 73, fracción XXX), ni se incluye tampoco en las diversas prohibiciones o limitaciones que la Carta Magna impone a las entidades federativas (artículos 116 a 119 y 121). Por tanto, de acuerdo con el artículo 124 de la Ley Suprema, se concluye que las mencionadas facultades se entienden concedidas a los Estados" (No. Registro: 804648. Materia(s) Civil. Quinta Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXI, página 2121).

⁹ Sobre este aspecto resulta ilustrativa la siguiente tesis aislada:

"ADOPCIÓN.—La fracción IV del artículo 121 constitucional, estatuye que los actos del estado civil, ajustados a las leyes de una de las entidades federativas, tendrán valor en las demás, aun cuando hubiere disposiciones en contrario en las leyes locales, puesto que no pueden prevalecer contra la Constitución Federal, de modo que si se lleva a cabo la adopción de un individuo, conforme a las leyes de un Estado, dicha adopción produce sus efectos jurídicos en los demás Estados, sin que pueda decirse que se pretende hacer obligatoria en ellos, la ley de aquél en donde la adopción se verificó, dándole efectos extraterritoriales, sino que solamente se deducen de dicha adopción, los derechos inherentes a un acto de estado civil, verificado conforme a la ley, tanto más, si dicho acto, aunque no aparezca reglamentado en otro Estado, tampoco aparece prohibido expresamente" (No. Registro: 361510. Quinta Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XL, página 3454).

En el tema de la adopción, al margen de la inoperancia de los argumentos que he sostenido en diverso voto, tampoco comparto que deba analizarse si la norma resulta discriminatoria para un grupo específico, pues estimo que dicho aspecto es de estudio secundario. Cuando se aborda la adopción de menores, considerando su estado de vulnerabilidad y los efectos nocivos que pueden causarle las circunstancias en las cuales se desarrolle, el valor fundamental que debe ser tutelado es el interés superior del menor.¹⁰

En el caso, respetuosamente estimo que lo que avala la constitucionalidad de la norma es la existencia en el Código Civil de todo un sistema de adopción legal que vela y exige condiciones suficientes y razonables para proteger el interés de todo menor que pueda ser adoptado, y que lo haga en un ambiente de acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal, en un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia en el que se favorezca el desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; se fomente en el menor la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones por él mismo, de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional, como dispone en el artículo 416 Ter, en relación con la fracción II del artículo 390.

La existencia de matrimonios y familias con miembros homosexuales, ni impulsa ni prohíbe, ni mucho menos excluye la continuación y crecimiento de las familias heterosexuales. No se

¹⁰ Lo anterior también ha sido sostenido por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General 7 (2005), a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la resolución CRC/C/GC/7/Rev 1

trata de destruir a la familia, sino de enriquecer su contenido, de reconocer su variedad, de hacer posible la unión de personas para cuidarse, quererse, protegerse y tener vida en común, lo que es mucho mejor que negar el derecho a la integración humana, y con ello, impulsar a los seres humanos a tener niños abandonados en la calle, que en México se calculan en más de cien mil, sufriendo marginación, drogadicción, insalubridad o explotación sexual, en vez de que estén insertos en una familia y a desconocer la realidad en que vivimos.

Si se ha de encontrar un sentido de familia en el artículo 4o. constitucional, se deben entender que ese sentido debe ser progresista e incluyente; y, por tanto, que en este concepto de familia se incluyan todas las formas de sociedad que coexisten hoy concretamente en el caso de nuestra sociedad capitalina.

La norma analizada es constitucional, porque se encuentra inserta, configurando un sistema jurídico de protección del interés superior del niño, suficiente para impeler a quienes lo aplican, a proteger dicho interés y a verificar que existen las garantías razonables conforme al sistema integral normativo de que ese interés superior será protegido frente a cualquier solicitante para proveerle las mejores condiciones posibles, no importando su condición personal o su preferencia sexual.

En mérito de las razones expuestas, compartiendo el sentido, sirvan estas líneas para expresar mi respetuoso disentimiento por cuanto hace a las consideraciones de la mayoría.