

HABEMUS JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA QUE VALIDÓ EL MATRIMONIO IGUALITARIO EN MÉXICO

Pedro SALAZAR UGARTE*
Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Trámite del juicio de amparo.* III. *Estudio del interés legítimo en leyes autoaplicativas.* IV. *El mensaje de las leyes.* V. *El estigma en contra de las parejas del mismo sexo.* VI. *Matrimonio: del significado a la controversia.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la resolución del amparo en revisión 704/2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consolidó un paso más en el largo proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México. A partir de dicha sentencia la Corte sentó jurisprudencia respecto a la noción del matrimonio y declaró inconstitucional cualquier ley que reproduzca la visión atávica que lo consideraba una unión exclusiva entre un hombre y una mujer, cuya finalidad principal se orientaba hacia la procreación.¹ De esta manera, como sucedería en otros países como los Estados Unidos y, a diferencia de lo acontecido en naciones como Argentina, sería la justicia constitucional y no el legislador democrático el actor institucional que daría plena carta de identidad al matrimonio igualitario.

* Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del cual actualmente es director; miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM; ayudante de investigador del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ *Cfr.* Tesis: 1a./J. 43/2015, (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, t. I, p. 536.

Si bien, la Corte mexicana ya había tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido en casos anteriores² —especialmente en el amparo en revisión 152/2013,³ del cual se extraen la mayoría de los argumentos para la resolución del amparo que ahora nos ocupa—, fue hasta esta sentencia que se reunieron las cinco ejecutorias necesarias para que el criterio obtuviera fuerza vinculante para todo el Poder Judicial. A partir de su aprobación, sin importar sus criterios jurídicos o sus convicciones personales, todos los juzgadores a nivel nacional quedaron vinculados a proteger el derecho de todas las personas a contraer matrimonio con quien deseen hacerlo.

Pero lo anterior significa que, así como todos los tribunales del país están sujetos a la observancia de esta tesis jurisprudencial, también los congresos deben abstenerse de emitir leyes que contravengan los razonamientos de la Corte. De lo contrario, dichas leyes contendrían un vicio de inconstitucionalidad que podría ser combatido por vía judicial. Esto vale tanto para leyes secundarias —códigos civiles— como para las Constituciones estatales de las entidades que integran a la federación mexicana. El dato no es menor porque encapsula uno de los sentidos fundamentales del constitucionalismo moderno en el sentido de que los derechos humanos son contramayoritarios; es decir, no pueden ser restringidos o conculcados por mayorías políticas por más amplias que éstas sean.

II. TRÁMITE DEL JUICIO DE AMPARO

El caso que nos ocupa se origina en un amparo interpuesto por una persona residente del estado de Colima, quien manifiesta tener una orientación sexual homosexual. El quejoso considera que, aún sin haber intentado contraer matrimonio, la sola existencia del artículo 147 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima y diversas disposiciones⁴ del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles locales, vulneran su derecho a la igualdad y no discriminación. De esta manera, en cierto sentido, reproduce la estrategia que ya se había seguido en otros amparos —por ejemplo, el que le fue otorgado a un conjunto de personas en el estado de Oaxaca— consis-

² Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012; amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014; amparo en revisión 122/2014, 25 de junio de 2014; amparo en revisión 263/2014, 24 de septiembre de 2014, y amparo en revisión 591/2014, 25 de febrero de 2015.

³ Para un análisis de dicha sentencia, véase Salazar, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”, en Aguiló Regla, Josep y Grández Castro, Pedro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza*, Perú, Pa-lestra, 2017.

⁴ 116 artículos del Código Civil y 12 del Código de Procedimientos Civiles.

tente en cuestionar la validez de disposiciones legales cuyo contenido irradia efectos discriminatorios.

Esto en virtud de que la Constitución estatal establecía que, dentro de la entidad, las relaciones conyugales se clasificaban en matrimonio y enlace conyugal. El primero se refiere a aquel contrato civil que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; mientras que el segundo es aquel enlace que se celebra entre dos personas del mismo sexo. Por su parte, los artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles fueron combatidos porque se sustituyó el concepto de matrimonio por el de relaciones conyugales. Esa diferenciación constitucional no es inocua, sino que está grávida de prejuicios, estereotipos y patrones culturales.

Como había sucedido en casos precedentes, también en éste, el Juzgado Primero de Distrito del estado de Colima determinó el sobreseimiento del caso al considerar que el quejoso, dado que no tenía la intención de contraer matrimonio, no había sufrido ningún tipo de afectación a su interés jurídico. Esto se debía a que, por el carácter heteroaplicativo de las normas combatidas, se requería de un acto de individualización. Ante dicha resolución, el quejoso interpuso un recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito, que mediante remisión de autos solicitó a la Suprema Corte que asumiera la Competencia originaria por lo que el expediente fue turnado a la Primera Sala.

III. ESTUDIO DEL INTERÉS LEGÍTIMO EN LEYES AUTOAPLICATIVAS

Al recibir el trámite del caso, la Corte tuvo que valorar si fue correcto el sobreseimiento dictado por el juez de distrito, con base en el carácter heteroaplicativo de las normas o si, contrario al criterio de ese juzgador, era válido el argumento del quejoso basado en la tesis de que la sola existencia de las normas combatidas tenía un carácter autoaplicativo porque le provocaba discriminación por la orientación sexual de su persona.

Para poder entrar al estudio del caso, la ministra y los ministros de la Primera Sala, en un primer momento, debieron analizar si de acuerdo con los criterios de procedencia del juicio de amparo, el quejoso acreditaba una afectación palpable en un interés legítimo para combatir las leyes mencionadas. En otras palabras, la Corte debía evaluar si la mera existencia de los artículos impugnados generaban una estigmatización en contra del demandante por el mensaje discriminatorio que su vigencia suponía.

Al respecto, la Primera Sala consideró que el interés legítimo, como una fase intermedia entre el interés simple y el interés jurídico, es: “Aquel interés

personal —individual o colectivo—, cualificado, actual, real, y jurídicamente relevante, que pueda traducirse, de llegarse a conceder el amparo, en un beneficio jurídico a favor del quejoso”.⁵ Esta consideración permite que las personas combatan actos —en este caso disposiciones jurídicas— que estiman lesivos de sus derechos humanos. Es decir, se reconoce la posibilidad de combatir afectaciones a la esfera jurídica en sentido amplio, sin la necesidad de acreditar la titularidad de un derecho subjetivo concreto directamente afectado. De hecho, al referirse a las normas autoaplicativas, la sentencia recupera la noción de “individualización incondicionada” que se refiere a normas cuya vigencia trasciende directamente para afectar la esfera jurídica del quejoso, sin que dicha afectación esté condicionada a ningún acto de aplicación.⁶

En consecuencia, el interés legítimo respecto de dichas normas autoaplicativas se actualiza sin la necesidad de un acto de aplicación. Esto es así porque se considera que la norma genera una afectación indirecta, derivada de la especial situación del quejoso frente al orden jurídico. Por lo que no es necesario que el quejoso sea destinatario concreto de la norma, sino que basta con que resienta los efectos indirectos e incondicionados de la misma.⁷

Una vez despejada esa variable, la Corte debía determinar si la afectación indirecta formulada por el quejoso se actualizaba con la mera existencia de la norma.

IV. EL MENSAJE DE LAS LEYES

Dado que el quejoso no impugnaba la norma con motivo de un acto de aplicación, sino que la controvertía directamente en razón de la “afectación expresiva” que le causaba por el mensaje discriminatorio que transmite a la sociedad, la Corte retomó la siguiente premisa que ya había venido delineando en casos anteriores:

...las leyes —acciones por parte del Estado— no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de

⁵ SCJN, Amparo en Revisión 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, párr. 31.

⁶ *Ibidem*, párr. 44.

⁷ *Ibidem*, párr. 56.

interés general... El presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo.⁸

En el sustento de esta tesis se encuentra la idea de que las leyes no sólo se componen por las meras disposiciones legales —es decir, el texto escrito—, sino que contienen una parte valorativa (de carácter ideológico) en la cual el legislador inserta diversos mensajes con los que puede promover o rechazar distintas conductas, sin mencionarlas explícitamente.⁹ Si pensamos en la tesis desde una perspectiva filosófica, lo que la Corte reconoce es que existe una moral social —moral positiva— que, como sostiene Susana Pozzolo,¹⁰ es contingente y se encuentra históricamente determinada. El derecho es reflejo de dicha moral y, por lo mismo, puede plasmar normativamente tendencias culturales que deben ser sujetas a cuestionamiento constante y, en ciertos momentos, pueden evolucionar (o involucionar).

Esta tesis de la Corte nos invita a detenernos en dos cuestiones interesantes. Primero, en el tema del lenguaje, su utilización y su significado; en segundo lugar, en la forma en la que el derecho puede recoger y reproducir contenidos axiológicos sobre diversas cuestiones.

1. *El contenido expreso*

El lenguaje, como actividad de carácter funcional, nos asiste día a día.¹¹ Ya sea cuando lo utilizamos de manera descriptiva, es decir, cuando nos sirve para expresarnos sobre la realidad que nos rodea o para informar sobre distintos acontecimientos;¹² o bien, cuando usamos las palabras para expresar pensamientos y emociones en nuestra interacción social,¹³ intentando incluso influir en el ánimo y la conducta de los demás.¹⁴

⁸ Amparo en revisión 704/2014, *cit.*, párr. 68.

⁹ *Ibidem*, párr. 71.

¹⁰ *Cfr.* Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 196-198.

¹¹ *Cfr.* Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, p. 35.

¹² *Idem*.

¹³ *Cfr.* Dummett, Michael, “La teoría del significado en la filosofía analítica”, trad. de López Cuenca Alberto, en López Cuenca, Alberto (coord.), *Resistiendo al oleaje: reflexiones tras un siglo de filosofía analítica*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Cuaderno Gris, Época III, 4, 1999, p. 92.

¹⁴ *Cfr.* Olivecrona, Karl, *op. cit.*, 35.

En el ámbito del derecho existe un lenguaje específico —aunque no único— que es el de las leyes. Esas son las que podríamos llamar “el lenguaje del legislador”.¹⁵ Mediante un uso normativo de las palabras, el legislador pretende que una conducta sea realizada u omitida. Por eso las palabras ordenadas en leyes son también entendidas como mandatos¹⁶ o, en este caso, como disposiciones. De cada disposición es posible extraer tantas normas como interpretaciones sean posibles y, en ese ámbito, el legislador deja el protagonismo en manos de los jueces. Así que las sentencias también forman parte del lenguaje del derecho, aunque lo son en un plano preceptivo y no dispositivo.¹⁷

En la sentencia que nos ocupa, se advierte que las disposiciones emitidas por el legislador no parten de un vacío de neutralidad, sino que transmiten un juicio valorativo respecto de “un estado de cosas” o sobre la conducta misma que pretenden regular. En el mismo sentido, nosotros podríamos agregar que algo similar sucede con las sentencias judiciales: los jueces también emiten valoraciones de diversa índole cuando someten a juicio —por ejemplo, en ese caso— la validez de una disposición.

Este razonamiento —por lo que se refiere a la labor del legislador— fue tratado en la sentencia al valorar lo que la Corte llamó la parte valorativa de la ley. Su tesis es que el legislador inserta un mensaje de aprobación o desaprobación sobre distintas conductas y lo hace a partir de criterios y orientaciones ideológicas, por lo que se distingue de la parte dispositiva de la propia ley. Así las cosas, para los ministros y ministra, la parte valorativa de la legislación no depende de manera estricta de las palabras que se usan en su parte dispositiva.

Es justamente en la parte valorativa de la ley en la que se aloja su contenido expresivo. Las expresiones son, en este sentido, un vehículo por el que se transmite un estado mental. Este estado mental se refiere a ideas, creencias, etcétera, que utilizan como vehículo a las oraciones formuladas mediante actos de habla, escritos, acciones físicas o gesticulaciones.¹⁸ Dado que esos actos son expresivos y transmiten significados,¹⁹ las leyes, como ac-

¹⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 124.

¹⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹⁷ *Ibidem*, p. 126.

¹⁸ Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148: 1503, p. 1506.

¹⁹ Cfr. Sunstein, Cass, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, p. 2021.

ciones del legislador, también poseen un contenido expresivo que transmite mensajes y valoraciones.²⁰ Un buen ejemplo son las leyes que establecen un impuesto al consumo del tabaco. Si bien es cierto que esas leyes no restringen o prohíben el consumo del mismo, tienen un contenido expresivo que transmite el mensaje de que dicho consumo es inapropiado.²¹

En este orden de ideas es posible sostener que en ocasiones las leyes buscan transmitir la aprobación o desaprobación de una conducta determinada, más allá de las consecuencias prácticas que puedan generar.²² Por tal razón, aunque el impuesto al tabaco probablemente no disminuya de manera palpable su consumo, para la mayoría bastará con que la percepción social sobre éste sea negativa.

Por lo mismo, no es posible reducir las leyes a su simple formulación textual, ni a la dimensión de sus funciones prescriptivas. Las leyes, como parte de una realidad compleja, transmiten mensajes que influyen en la conducta de las personas a través de la correspondencia que guardan con el sistema de valores que las sustentan. Sobre este particular, en la sentencia puede leerse lo siguiente:

...las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones. La implicación de esta premisa es que cuando una ley cambia, también se sucede un cambio de significados o de juicios de valor por parte del Estado promovidos a través del derecho.²³

La tesis es por demás interesante. Retomemos la tesis de la moral positiva, históricamente determinada y contingente, para mirar al derecho en dos dimensiones. Por un lado, es posible sostener que el derecho plasma la moral positiva de una sociedad en un momento histórico determinado y, al hacerlo, tiende a perpetuarla. Pero, por el otro, también es posible afirmar que, cuando se conjugan factores de diversa índole que se traducen en mutaciones relevantes para la moral positiva en otro momento histórico determinado, el mismo derecho puede ser un factor para materializar el cambio.

²⁰ *Ibidem*, p. 2022.

²¹ La Corte ofrece un ejemplo similar en el párrafo 73 de la sentencia al analizar las normas que favorecen o restringen el comercio.

²² *Cfr.* Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 2026.

²³ Amparo en revisión 704/2014, *cit.*, párr. 72.

En esta tensión reside el potencial conservador pero también el potencial transformador del instrumental jurídico.

2. *El daño expresivo y la construcción del estigma*

Como se ha visto, entonces las leyes formuladas por el legislador —y, aunque no lo digan los ministros, también las sentencias de los jueces— tienen una función expresiva por medio de la cual se valora a una conducta de manera positiva o negativa. Sobre esta base es conveniente analizar de qué manera ese mensaje expresivo se puede traducir en una afectación en contra de una persona o de un grupo de personas.²⁴

En el caso concreto, el quejoso considera que la distinción plasmada en la ley mediante la cual el matrimonio se reserva para las parejas heterosexuales, mientras que las parejas homosexuales sólo pueden aspirar a un enlace conyugal, envía el mensaje de que las uniones entre personas del mismo sexo son consideradas de menor importancia con respecto a las uniones de parejas heterosexuales. Una suerte de devaluación jurídica que, en realidad, expresa una devaluación moral.

Sobre este tema, Elizabeth Anderson y Richard Pildes señalan que las personas sufren un daño expresivo, cuando son tratadas mediante actitudes que implican un rechazo o desvalorización hacia ellas.²⁵ Por ejemplo, una acción puede no implicar un agravio mayor pero sí representar un daño expresivo al emitir un mensaje de desaprobación o de perjuicio sobre alguna persona. Los autores citados acuden al ejemplo de tirar basura en el jardín vecino. Si bien las consecuencias de dicho acto no superan las de la molestia de levantar la basura, si la acción se realiza para mandar un mensaje en que se considera que el predio vecino no merece ningún respeto o consideración, se estaría frente a un daño expresivo.²⁶

Esto es así porque la comunicación de actitudes crea un entendimiento común sobre la forma en que se desarrollará la convivencia.²⁷ Si se manifiestan actitudes que —por ejemplo— suponen la exclusión de un grupo, es

²⁴ Para un análisis más detallado del daño expresivo, véase: García Sarubbi, David y Quintana Osuna, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en Niembro, Roberto y Alterio, Micaela (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 107-129.

²⁵ Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, *op. cit.*, p. 1527.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, p. 1528.

probable que las relaciones sociales hacia sus integrantes se orienten por el rechazo o la denigración. En este ámbito no es necesaria la aprobación por parte de los destinatarios del mensaje, su sola emisión y el entendimiento de su significado materializan la exclusión.²⁸

De esta manera, el mensaje del daño expresivo distorsiona las relaciones sociales entre quien emite el mensaje y quien lo recibe. Con ello se provoca un estadio asimétrico en el que la persona destinataria terminará en una condición infravalorada con relación a la persona que lo emite.²⁹

El concepto que mejor sintetiza el daño expresivo es el de estigma. Al respecto, la relatora especial de la ONU sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento sostiene lo siguiente:

El estigma se relaciona estrechamente con el poder y la desigualdad, y quienes tienen el poder pueden utilizarlo a su voluntad. El estigma puede entenderse en general como un proceso de deshumanización, degradación, desacreditación y desvalorización de las personas de ciertos grupos de la población... El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera “inferior” o “anormal”. El estigma se basa en una concepción social de lo que somos “nosotros”, en contraposición a “ellos”, que confirma la “normalidad” de la mayoría mediante la desvalorización de “los otros”.³⁰

Uno de los fenómenos sociales más rememorados en la literatura para ejemplificar el sentido del estigma es la segregación racial en los Estados Unidos. Como diversos autores han señalado, uno de los debates sustanciales en torno a la política de “separados pero iguales” en las escuelas, giraba en torno a la construcción de ciudadanos de primera y de segunda clase. Ello aunque se afirmara que el objetivo de la ley no era remarcar diferencias raciales.³¹ En los hechos, la segregación emitía un mensaje denigrante para personas que, en virtud de su color de piel, no podían acceder a una escuela determinada. La separación en sí misma era un mensaje que negaba la igualdad.

En síntesis, puede afirmarse que una ley estigmatiza, o contribuye a la estigmatización, cuando a partir de ella se genera una percepción pública que tiende a reducir la posición social de alguna persona o grupo en la so-

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la relatora especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”*, A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012, párr. 12.

³¹ *Cfr.* Sunstein, Cass, *op. cit.*, p. 2022.

ciudad.³² No importa que las personas activen o no el supuesto contemplado en esa ley —en el caso que nos ocupa es irrelevante si la persona quiere o no contraer matrimonio—; lo que determina la afectación de trato es la mera existencia de la norma estigmatizadora.

V. EL ESTIGMA EN CONTRA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

En el caso concreto el dilema residía en determinar si la distinción realizada por el artículo 147 de la Constitución de Colima, en la que se excluía del matrimonio a las parejas homosexuales, encuadra en las tesis antes delineadas. El reclamo del demandante era que dicha distinción implicaba un daño expresivo que se traducía en un estigma en contra de las parejas de personas del mismo sexo.

Siguiendo las premisas de este texto, es importante advertir que la distinción legal no es accidental sino que se sustenta en una construcción cultural fundada en la heteronormatividad.³³ Las orientaciones sexuales que no se ajustan a dicho patrón quedan excluidas de la figura del matrimonio destinada a sancionar a las uniones entre un solo hombre y una sola mujer.

No importa cuál era la intención de los legisladores, lo que cuenta —como señaló la Corte— es el daño expresivo provocado por la ley. Con las palabras de los jueces: “...es irrelevante si se demuestra que no fue intención del legislador discriminar a un grupo vulnerable, sino que es suficiente que ese significado sea perceptible socialmente”.³⁴ La tesis de fondo es que, al poner un énfasis en las diferencias, a fin de distinguir entre el matrimonio-heterosexual y el enlace-homosexual, se favorece la construcción del prejuicio como “un miedo a la amenaza real o imaginada de perder ciertos privilegios”.³⁵ Sobre todo cuando observamos que la construcción social de la diferencia parte desde la posición de poder de quien puede “determinar” la diferencia, y con ello pretende justificar o legitimar los actos de exclusion

³² Cfr. Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, *op. cit.*, p. 1544.

³³ La heteronormatividad es un “sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas «normales, naturales e ideales» y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a los individuos a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”. CIDH, Conceptos Básicos LGBTI, disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

³⁴ Amparo en revisión 704/2014, *op. cit.*, párr. 76.

³⁵ Mercedes Gómez, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en Motta, Cristina y Cabral, Luis (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2005, p. 23.

en contra de las personas que no se ajustan a los estándares del grupo privilegiado.³⁶

Este punto no pasa desapercibido por los y la ministra y en la sentencia lo abordan de la siguiente manera:

74. Esta Primera Sala considera que cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.³⁷

Como el lector puede notar, de nueva cuenta, emerge la tesis que subraya la dimensión cultural del derecho. Podemos decir que los integrantes de la Primera Sala toman distancia de una concepción formalista y positivista acrítica respecto del contenido normativo y asumen una genuina postura garantista que considera al derecho como una construcción social. Se trata de una postura afín a las tesis de Luigi Ferrajoli que piden a los jueces decidir sin separarse del marco normativo —no perdamos de vista que esta decisión está anclada al artículo 1o. constitucional— pero asumiendo una postura crítica ante el derecho.

Sobre el mismo tema algo similar ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia si no estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.³⁸

³⁶ *Ibidem*, p. 22.

³⁷ Amparo en Revisión 704/2014, *cit.*, párr. 74.

³⁸ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un*

De nueva cuenta, también en esta interpretación, el referente normativo está presente y es el asidero de la opinión judicial, pero la lectura de los jueces amplía el marco de garantía de los derechos. En ese sentido, podemos decir que se trata de un ejemplo de genuino garantismo.

VI. MATRIMONIO: DEL SIGNIFICADO A LA CONTROVERSIA

Desde una visión tradicional y formal de la aplicación del derecho, se asumiría que cualquier disposición era aplicable a un caso concreto en tanto que los supuestos del caso eran los supuestos de la disposición.³⁹ Sin embargo esta postura ha sido paulatinamente superada por la teoría y la práctica jurídicas hasta reconocer que no es posible deducir la aplicación de una disposición mientras no se haya asignado un significado a las palabras que la componen. Ello en tanto que las disposiciones del legislador constituyen un lenguaje objeto que se limita a ser prescriptivo-permisivo. Por lo mismo, por sí solas, las disposiciones legales no desprenden una carga ideológica aunque puedan estar inspiradas en ella.⁴⁰ En este sentido, son las personas quienes le asignan un significado a las palabras, ya que éstas no anuncian por sí mismas su significado.⁴¹

Como apunta Víctor Ferreres, la labor de los y las juezas constitucionales consiste en asignar significados por medio de la interpretación, a fin de hacer compatibles las normas que pueden inferirse de los distintos textos legales y, en ese sentido, determinar si procede o no su aplicación.⁴² En esta labor de interpretación, Ferreres sigue a Jeremy Waldron al considerar que los textos legales suelen estar grávidos de indeterminaciones. Por lo mismo,

vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24, párr. 224.

³⁹ Cfr. Waldron, Jeremy, "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994), p. 509. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/california-lawreview/vol82/iss3/3>.

⁴⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 124.

⁴¹ Cfr. Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 510; en la lectura de Fedro, Sócrates narra la anécdota del origen de la escritura como un invento que el dios Teut ofrece al rey egipcio, Tamus. Sócrates considera que las palabras escritas carecen de un significado propio, ya que no pueden defenderse ante las interrogantes del lector, pues al pedirles alguna explicación sobre el objeto que contienen, simplemente responderán lo mismo. Platón, *Fedro o de la Belleza*, Diálogos II, México, Tomos, 2002, pp. 93-99.

⁴² Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 22.

con frecuencia pueden plantearse dudas respecto de la interpretación correcta de un texto para un caso en específico.⁴³ Esta indeterminación dota a los jueces de un importante poder normativo y, al mismo tiempo, en esa medida, les impone una gran responsabilidad. El reto de los juzgadores reside en determinar el significado de las normas sin incurrir en actos discrecionales y mucho menos arbitrarios.

En este mismo sentido, es relevante considerar lo que han planteado Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en el sentido de que, al interior de todo sistema legal podemos encontrar, por un lado, normas y, por otro, definiciones. Los autores responden así a la tesis normativista que supone que las definiciones legales imponen a los destinatarios la obligación de usar la definición del legislador tal y como el legislador lo indica. Su propuesta consiste en sostener que las definiciones buscan facilitar la identificación de una norma, pero no prescribir una conducta.⁴⁴ En este sentido, así como el significado de una oración está dado por el significado de las palabras que la componen,⁴⁵ los enunciados legales operan de forma que cada una de las palabras que lo integran contribuyen al entendimiento de la norma. Por ello, Alchourrón y Bulygin consideran que: “No hay diferencias entre una definición legal y una definición privada (esto es, no oficial): ambas cumplen la función de facilitar la identificación del sentido del enunciado en el que se contienen las palabras definidas”.⁴⁶

Al plantear esta correspondencia entre las definiciones legales y privadas, el problema de la indeterminación de los términos acarrea una mayor complejidad. Principalmente si consideramos que el legislador utiliza un lenguaje natural para emitir prescripciones.⁴⁷ Esto provoca que la manera en la que se entiende socialmente una definición, pesara sobre la manera en que legalmente se formula. De nueva cuenta, ahora a través del uso del lenguaje, se pone en evidencia el peso que tiene el contexto social — y su moral positiva — en el contenido del derecho.

La indeterminación que parte de la discrepancia de significados, se ajusta a lo que tanto Ferreres como Waldron llaman conceptos “esencialmente controvertidos”. Estos se presentan cuando una palabra expresa un estándar normativo claro, pero los diferentes usuarios no están de acuerdo

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Cfr. Aguiló Regla, Josep, “Sobre definiciones y normas”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 274 y 275.

⁴⁵ Cfr. Dummett, Michael, *op. cit.*, 93.

⁴⁶ Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁷ Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 24.

con los contenidos detallados en el mismo.⁴⁸ Ejemplos de estos conceptos son los que se identifican con palabras como “excesivo”, “grave”, “malicia”, etcétera. La controversia no reside en la determinación de la palabra, sino en que ésta impone la necesidad de hacer juicios de valor. En contextos sociales en los que inevitablemente existen conflictos de valores, las diferentes personas pretenderán aplicar las disposiciones de diferentes maneras.⁴⁹ Esto vale para los diferentes usuarios del derecho y no excluye a las y los jueces constitucionales que también llevan a cuestras concepciones morales y sesgos cognitivos.

De hecho, lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es que se encuentra ligado a controversias que emergen en casos paradigmáticos en los que se debaten entendimientos contrarios sobre un término.⁵⁰ En el caso que nos ocupa, el concepto matrimonio se vuelve terreno de disputa. De hecho, tanto las cortes nacionales como internacionales han reconocido las controversias que derivan de la aplicación del término y, en esta medida, de manera implícita aceptan la mutabilidad de su significado a lo largo del tiempo. El problema es que esta apertura interpretativa no es aceptada por personas o grupos conservadores que reivindican una suerte de esencialismo en el significado del matrimonio y, en esa medida, lo pretenden inmutable y acotado a las uniones heterosexuales.

En contraste con esa postura conservadora, desde la primera ocasión en la que la Suprema Corte mexicana se pronunció sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo, reconoció la tendencia evolutiva del concepto:

242. Así pues, no obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil —incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla—, no se trata de un concepto inmutable o “petrificado” y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, pues, como señalamos, la Constitución no lo sujeta a un concepto predeterminado y, además, la realidad social exige que el legislador responda a ella, como ya ha acontecido, pues es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo

⁴⁸ *Cfr. ibidem*, p. 27; Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 526.

⁴⁹ *Cfr. Waldron*, Jeremy, *op. cit.*, p. 527.

⁵⁰ *Cfr. Ferreres Comella*, Víctor, *op. cit.*, p. 27.

se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.⁵¹

En su importante opinión consultiva sobre el tema, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en sentido similar:

222. Por otro lado, el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos. Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.⁵²

Desde esta perspectiva, el significado de los conceptos —incluso de aquellos que son o se vuelven controvertidos— es el resultado de un consenso entre sus usuarios que deciden utilizarlo de cierta manera.⁵³ Esto implica que los significados cambian y pueden ser más o menos controvertidos en los diferentes contextos sociales, culturales, políticos e ideológicos. Estas premisas subyacen y hacen posible las decisiones de las cortes —en este caso de la mexicana— sobre temas controvertidos como el matrimonio igualitario. La pregunta que queda en el aire y que corresponde quizá más a los sociólogos que a los juristas resolver es si el nuevo significado que las y los jueces otorgan a los conceptos que se encuentran incorporados al derecho transformarán los entornos culturales y cuánto tardarán en hacerlo.

La pregunta es relevante en cualquier contexto pero sobre todo en entornos en los que los grupos conservadores vinculados con la Iglesia católica —y también con otras confesiones religiosas— libran una batalla cultural en contra de figuras como el matrimonio igualitario y pretenden plasmar sus concepciones en el ordenamiento jurídico. Valgan como ejemplo los siguientes párrafos de la exposición de motivos de una propuesta de ley enviada al Poder Legislativo mexicano por el Consejo Mexicano de la Familia:

El varón y la mujer, siendo diferentes y complementarios entre sí, son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida y apoyada por la sociedad y el Estado, a fin de que su entorno les garantice a todos sus miembros las condiciones necesarias para alcanzar un óptimo desarrollo.

⁵¹ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el procurador general de la República, resuelta por el Pleno el 16 de agosto de 2010, párr. 242.

⁵² Corte IDH, *op. cit.*, párr. 222.

⁵³ *Cfr.* Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 530.

Se reconoce el derecho del varón y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El matrimonio es una institución de interés público y el fundamento natural de la familia; como tal debe ser protegido por el Estado, como un compromiso público que toman libremente un varón y una mujer, para amarse, fundar una familia y educar a sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad.

...

A fin de garantizar el respeto del interés superior de la niñez, todos los niños y niñas tienen el derecho a crecer en su familia, bajo el cuidado y protección de su padre y su madre. En el caso de orfandad de padre y madre de un menor o si fuese privado de manera definitiva de su familia de origen, se deberá asegurar su cuidado y protección por un padre y una madre adoptivos. El Estado no puede por ninguna causa privar deliberadamente a un niño de este derecho.

...

Para los fines que aquí nos interesan, más allá de las disputas ideológicas, merece la pena subrayar la disputa por el derecho. Como instrumental normativo orientado a organizar la convivencia y delimitar la frontera entre lo que es lícito y lo que no es, el derecho se vuelve terreno de batalla. Cuando se trata de conceptos controvertidos —como el de matrimonio—, primero, la ley y sus disposiciones y, posteriormente, su interpretación a cargo de los jueces adquieren una relevancia indiscutible. No se trata de una cuestión teórica u abstracta sino de definiciones de las que depende en buena medida los términos de nuestra convivencia y el alcance de nuestros derechos. Por eso vale la pena tomarnos en serio sentencias como la que —a nuestro juicio venturosamente— emitió la Primera Sala de la SCJN.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre definiciones y normas”, *Doxa*, 8, 1990.
- ANDERSON, Elizabeth y PILDES, Richard, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148: 1503.
- DUMMETT, Michael, “La teoría del significado en la filosofía analítica”, trad. de Alberto López Cuenca, en LÓPEZ CUENCA, Alberto (coord.), *Resistiendo al oleaje: reflexiones tras un siglo de filosofía analítica*, Madrid, Cuaderno Gris, Época III, 4 (1999), Universidad Autónoma de Madrid.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GARCÍA SARUBBI, David y QUINTANA OSUNA, Karla, “El daño expresivo de las leyes. Estigmatización por orientación sexual. Su control constitucional”, en NIEMBRO, Roberto y ALTERIO, Micaela (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- MERCEDES GÓMEZ, María, “Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia”, en MOTTA, Cristina y CABRAL, Luis (comps.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2005.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- PLATÓN, *Fedro o de la Belleza, Diálogos II*, México, Tomos, 2002.
- POZZOLO, Sussana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.
- SALAZAR, Pedro, “Atienza, el razonamiento judicial y el matrimonio igualitario: ciao al positivismo”, en AGUILÓ REGLA, Josep y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (coords.), *Sobre el razonamiento judicial: una discusión con Manuel Atienza*, Perú, Palestra, 2017.
- SUNSTEIN, Cass, “On the Expressive Function of Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144: 2021.
- TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- WALDRON, Jeremy, “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994).

Jurisprudencia

- CORTE IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, serie A, núm. 24.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el procurador general de la República, resuelta por el Pleno el 16 de agosto de 2010.

SCJN, Amparo en Revisión 704/2014, resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015.

Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, t. I.

Documentos internacionales

ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, “El estigma y el ejercicio de los derechos humanos al agua y el saneamiento”, A/HRC/21/42, 2 de julio de 2012.

CIDH, Conceptos Básicos LGBTI, disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.