

AMICUS CURIAE
Acción de inconstitucionalidad 2/2010

Procurador General de la República
vs.
Asamblea Legislativa del Distrito Federal y
Jefe de Gobierno del Distrito Federal

Matrimonio entre personas del mismo sexo y
adopción de niñ@s por familias homoparentales

Suprema Corte de Justicia de la Nación
PRESENTE.

A la atención del:
Ministro Sergio Armando Valls Hernández

PRESENTACIÓN

El miércoles 28 de enero de 2010, la Procuraduría General de la República (PGR) promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, que extendieron el derecho al matrimonio civil a parejas conformadas por personas del mismo sexo, con todas sus consecuencias jurídicas, incluida la adopción de niños y niñas por parejas homosexuales.

En la opinión de este equipo multidisciplinario, dicha acción constituye una medida tendiente a constreñir la gama de derechos humanos del colectivo LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex), propiciando una discriminación normativa en su perjuicio. El argumento invocado por la PGR para justificar este recurso viola los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente el derecho a la igualdad y la no discriminación.

Desde el ámbito gubernamental federal, el recurso de marras se suma a las manifestaciones de homofobia mostradas recientemente por sectores conservadores de la sociedad, que continúan estigmatizando a la comunidad LGBTI como causante de la desintegración familiar, la depravación y el deterioro de las sociedades, mientras acentúan todavía más su vulnerabilidad mediante la exacerbación de conductas discriminatorias y discursos de odio.

Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género o Principios de Yogyakarta, que

constituyen un referente en el tema, señalan que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Así pues, “la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso”. En virtud de ello, “toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género”. Establecen que “existen diversas configuraciones de familias” y que ninguna “puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”. Por ende, los Estados “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el derecho a formar una familia”.

La PGR ha señalado que las reformas al Código Civil del Distrito Federal “se apartan del fin constitucional de protección a la familia que estableció el Constituyente Permanente en 1974”.

El Derecho no es un conjunto de normas y principios estáticos. Debe recuperar su papel como promotor de cambios sociales e interpelar a un modelo cultural ya rígido e insuficiente en la garantía de los derechos humanos sin discriminación. Esta visión del derecho –como agente de transformación social, y no de aletargamiento social y cultural– debería prevalecer en la deliberación de los ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a la hora de entrar en el análisis de la acción de inconstitucionalidad.

Pero, además, la Corte debe incorporar a su deliberación los estándares internacionales de derechos humanos, así como los avances científicos, sociales y culturales que se han registrado en la última época.

Desde la biología, la medicina, la psicología y el psicoanálisis; la sociología y la antropología, en las que se inscriben los estudios más acabados de género y deconstrucción de los paradigmas machistas y heterodominantes, se han hecho grandes aportaciones al entendimiento de la diversidad cultural, social y sexual de las sociedades contemporáneas, lo mismo que a los nuevos modelos familiares.

El Estado mexicano, en su vertiente más acabada de Estado social de Derecho, nunca ha excluido del modelo de cobertura familiar a los hogares monoparentales. Por ello, una interpretación restrictiva y contraria al principio *pro persona*, del artículo 4 constitucional, pondría a todos los modelos familiares alternativos en situación de vulnerabilidad. En virtud de lo anterior, la decisión de la Corte debería referir la protección de la ley a todas las familias, incluidas las que están conformadas por parejas del mismo sexo.

Desde la perspectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a partir del interés superior de éstos (un principio recogido en la Convención sobre los Derechos del Niño), debe considerárseles como verdaderos sujetos de los derechos, con capacidad de decidir, independientemente del modelo familiar que los acoja.

En respuesta a esta situación, **i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C.**, a través del programa Ombudsgay, con la participación de un equipo multidisciplinario, coordinado por el doctor José Luis Caballero Ochoa, académico/investigador de la Universidad Iberoamericana, presenta este *amicus curiae* a consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dicha opinión técnica es producto de la colaboración entre Marisol Aguilar Contreras, alumna de licenciatura de la Universidad Iberoamericana; Jimena Ávalos, abogada de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.; Oscar Concha Jurado, alumno de la maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana; Marisol Contreras, alumna de licenciatura de la Universidad Iberoamericana; Fernando Coronado, consultor general de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; Leopoldo Gama, doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Alicante; Geraldina González de la Vega, maestra en Derecho Público por la Universidad Anáhuac; Gerardo Mejía, del Programa Universitario de Estudios de Género – UNAM; Alfredo Narváez, maestro en Estudios de Género por El Colegio de México; Miguel Rábago Dorbecker, académico/investigador de la Universidad Iberoamericana; Lucía Raphael, del Programa Universitario de Estudios de Género – UNAM; Mario Santiago Juárez, experto en temas de no discriminación y director de investigación de i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C.

Suscriben también el documento la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el Programa Universitario de Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México y Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C.

El *amicus curiae* vierte su razonamiento sobre los siguientes ejes de argumentación: los principios de igualdad ante la ley y no discriminación, y el derecho de los miembros del colectivo LGBTI a formar familias homoparentales o de configuración distinta al modelo tradicional; así como las repercusiones de las reformas al Código Civil del DF en el pacto federal.

La igualdad y no discriminación constituyen derechos humanos. No son una dádiva o prerrogativa que concede el Estado, sino condición inherente a las personas. Por tanto, son independientes de la orientación sexual. Es responsabilidad del Estado garantizar su respeto, ejercicio y protección conforme a los estándares más elevados en cada materia.

INTROITO

La Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 presentada por la Procuraduría General de la República (PGR) en contra de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito

Federal (CCDF)¹ se fundamenta, básicamente, en dos premisas centrales: a) por un lado, la PGR pretende basar la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 146) afirmando que el artículo 4º constitucional ampara un modelo “ideal” de familia conformada por un padre, una madre y los hijos; y b) por el otro, la inconstitucionalidad de la adopción por parte de esas parejas (artículo 391) se asienta en la tesis según la cual la adopción por parte de parejas homosexuales atenta contra los intereses del menor.

La **primera parte** de este *amicus curiae* estará destinada a refutar los argumentos aportados por la PGR en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo. Con ello, ciertamente, queremos **defender la constitucionalidad del artículo 146** del Código Civil del Distrito Federal (CCDF). Con ese fin, dividiremos la primera parte en los puntos siguientes: 1) El concepto de matrimonio y su evolución; 2) La técnica interpretativa de la PGR; 3) El matrimonio como medio para dar publicidad a las relaciones afectivas de *todo* individuo; 4) Igualdad en derechos y no discriminación: implicaciones en el tema del matrimonio; 5) Exigencias derivadas del modelo de democracia constitucional; 6) Aspectos del federalismo en el caso de la acción de inconstitucionalidad.

En la **segunda parte** de este *amicus curiae* aportaremos, del mismo modo, elementos suficientes para refutar las tesis ofrecidas por la Procuraduría para negar validez a la adopción por parte de matrimonios conformados por parejas del mismo sexo. Con ello, argumentaremos así **a favor de la constitucionalidad del artículo 391** del Código Civil del Distrito Federal. En esta parte trataremos las siguientes cuestiones: 1) Homoparentalidad y repensar la familia; 2) Interés Superior del niño, significado y alcance; 3) Jurisprudencia aplicable, donde se presentarán resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de ésta Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como referencias a diversos estudios sobre los efectos de la homoparentalidad en menores de edad; 4) Proporcionalidad de la medida.

La presente opinión se sustenta en el **artículo 68**, primer párrafo, de la **Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105** de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos (CPUM), cuyo texto es el siguiente:

Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Teniendo en cuenta la naturaleza trascendental de los casos de que se ocupa la Suprema Corte de acuerdo con el artículo 105 constitucional y, si bien, el precepto establece que el Ministro instructor podrá solicitar a cualquier persona que tenga conocimiento sobre

¹ El artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal en vigor dispone lo siguiente: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”. Por su parte, el artículo 391 de ese mismo cuerpo normativo establece: “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo”.

la materia que se ventila, criterios que sean útiles para la mejor solución del caso, ello no excluye que la practica del tribunal admita opiniones técnicas ofrecidas en el ejercicio del derecho a promover los derechos humanos, del cual somos destinatarios todas las personas conforme al artículo primero de la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas*, aprobada mediante Resolución A/RES/53/144 del 8 de marzo de 1999. El texto del artículo es el siguiente:

Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional.

PRIMERA PARTE

Argumentos a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo.

I. Sobre el concepto de matrimonio y su evolución

[1] La PGR estimó que el artículo 146 del CCDF viola “entre otras disposiciones”, el primer párrafo del artículo 4º constitucional². A su juicio, la Constitución ampara un modelo *ideal* de familia conformada por un padre, una madre y los hijos y, de acuerdo con su escrito, así fue estipulado por el Constituyente Permanente. De lo anterior, el Procurador infiere que el concepto de familia previsto por la Constitución estaría restringido a un tipo de unión determinada la cual sólo puede llevarse a la práctica mediante un matrimonio conformado por personas de diverso sexo.

[2] El matrimonio, según este argumento, se corresponde únicamente con la unión entre un sólo hombre y una sola mujer y excluye otros tipos de conformaciones diversas. Cualquier otra unión que no se corresponda con ese tipo de alianza no será considerada una “familia” y, por consecuencia, un “verdadero” matrimonio. Por consecuencia, a juicio de la PGR, el legislador no puede alterar dicha esencia introduciendo *nuevos* casos que no se corresponden con su modelo “ideal”³.

² Que a la letra establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la *familia*” (cursivas añadidas).

³ Este argumento es muy endeble ya que se fundamenta en una concepción errónea sobre la relación entre el lenguaje y la realidad que ha sido denominada «realismo verbal» y que ha sido superada gracias a las contribuciones de la filosofía analítica. El realismo verbal supone que existe una relación necesaria entre un concepto (esto es, el significado de una cierta expresión lingüística) y la realidad; y, además, que tal relación o conexión no puede ser creada o modificada. El Procurador piensa que el concepto jurídico del matrimonio hace (y *debe* hacer) referencia únicamente a una esencia puramente heterosexual y que esa relación entre el concepto y la realidad no puede ser perturbada o alterada. En contraposición al anterior enfoque se encuentra una concepción convencionalista del lenguaje defendida por la corriente analítica según la cual, entre el lenguaje y la realidad existe una relación contingente que ha sido establecida arbitrariamente por los hombres; por lo tanto, el significado de una palabra (i.e. su concepto), dependerá de su uso dentro de una comunidad de hablantes.

[3] En efecto, tanto en el punto C, denominado *estudio preliminar*, como en el apartado V de *conceptos de invalidez*, el escrito de acción de inconstitucionalidad, contenido en el oficio PGR/035/2010, así como en los conceptos específicos, la PGR desarrolla sus argumentos a partir de la reforma al artículo 4 de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 1974. Sostiene la Procuraduría que el legislador que reformó la Constitución definió a la familia ideal como la formada por el varón y la mujer⁴.

[4] Sin embargo, en la exposición de motivos de la reforma aludida la motivación fue modernizar a la sociedad mexicana, mediante la promoción de la familia integrada por pocos hijos, de ahí que el párrafo siguiente del artículo 4º constitucional establezca el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos. Estaba esa reforma inspirada en la *Conferencia de población de Bucarest* y la *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*. La referencia al texto constitucional al varón y la mujer no podía aludir en modo alguno a la exclusión de matrimonios entre personas del mismo sexo porque el debate sobre el derecho a esa fórmula matrimonial no existía.

[5] Por otro lado, en contra de las suposiciones por parte de la PGR, puede decirse que el matrimonio no es una institución estática. El matrimonio ha cambiado a lo largo de nuestra historia en cuanto a sus fines, obligaciones y derechos que genera entre los cónyuges y en cuanto a sus formas de disolución; por lo que puede continuar cambiando en la dirección que el legislador lo determine. El matrimonio es esencialmente la unión de dos personas para la convivencia y ayuda mutua pues esto es el núcleo común que permanece a través del tiempo y no, como sostiene el Procurador, una institución cuyo fin es la procreación. Por lo tanto, lejos de ser una institución estática, el matrimonio se caracteriza por su naturaleza dinámica y ha buscado siempre responder a las necesidades de la sociedad. Resulta entonces no sólo aceptable sino lógico que el matrimonio se amplíe a las parejas del mismo sexo.

[6] La regulación del matrimonio ha cambiado drásticamente desde el inicio de nuestra historia legislativa hasta nuestros días. Por un lado, ha cambiado la definición del matrimonio y sus fines: mientras que en un principio la procreación o la propagación de la especie era considerada un "fin esencial" del matrimonio, esto va desapareciendo progresivamente y se elimina definitivamente a partir de 1974. Desde entonces, los únicos fines que pueden considerarse como "esenciales" al matrimonio son la convivencia y la ayuda mutua, los cuales son perfectamente compatibles con las parejas del mismo sexo.

⁴ En las páginas 12 y 13 dice textualmente: "En tales circunstancias la Constitución Federal en el numeral 4º, instituye la protección legal y la organización y desarrollo de la familia, concebida como modelo ideal, por el constituyente permanente, a la conformada por padre, madre e hijos".

[7] En efecto, la procreación ha desaparecido progresivamente como uno de los fines esenciales del matrimonio, pues el legislador ha reconocido que no todas las parejas casadas pueden o quieren tener hijos, además de que hay otras formas legalmente reconocidas de procrear. Desde el Código Civil de 1928 se elimina la mención a los fines del matrimonio y de la procreación; aunque permanece la disposición que indica que toda condición en contra de la procreación de la especie se tendrá por no puesta. A partir de la reforma constitucional de 1974, no hay duda de que la procreación ya no es un fin del matrimonio, lo cual queda confirmado con la reforma al Código Civil del Distrito Federal en el año 2000. El resultado de esta evolución legislativa es que los únicos fines reconocidos del matrimonio son la convivencia y la ayuda mutua. Esto es perfectamente compatible con los matrimonios entre personas del mismo sexo.

[8] Por otra parte, el matrimonio ha vivido cambios radicales en cuanto a los deberes y obligaciones que corresponden a cada cónyuge. Mientras inicialmente se consideraba que existían funciones esenciales diferenciadas para cada género, poco a poco se han ido eliminando las distinciones que hace el Código Civil para el marido y la mujer. Esto significa que hoy día ambos cónyuges se deben respeto y ayuda mutua pero no existe un rol asignado a cada uno en función de su género. Por lo tanto, el matrimonio puede ampliarse a las parejas del mismo sexo, en donde cada cónyuge cumplirá con el papel que se asigne por la pareja de común acuerdo, de igual forma que ocurre con una pareja heterosexual.

[9] De lo anterior se desprende que el matrimonio se caracteriza por su dinamismo y su capacidad de respuesta a las demandas de la sociedad. Lo que anteriormente era considerado como "esencial" (la procreación como fin del matrimonio, los roles diferenciados de los cónyuges y la naturaleza indisoluble del vínculo) ha ido perdiendo vigencia, de tal suerte que el núcleo común que permanece es el que rescata la actual legislación vigente en el Distrito Federal. El matrimonio es una unión entre dos personas que tiene como fin la convivencia y la ayuda mutua. Este es el centro de la institución que puede perfectamente hacerse extensivo a las parejas del mismo sexo. Por tanto, lejos de violar la "naturaleza" o la "esencia" del matrimonio, su extensión a las parejas del mismo sexo responde perfectamente con su carácter dinámico, pues responde a la realidad social⁵.

[10] A los argumentos precedentes hay que añadir que, de hecho, ni los instrumentos de derechos humanos de carácter internacional, ni la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos han establecido un modelo unívoco de familia, en el entendido de que esta puede configurarse de diversas formas, relaciones o modelos. La familia puede estar constituida por la pareja, por las parejas con hijos, o por uno solo de los padres con sus

⁵ El Estado mexicano accedió a la institución del matrimonio civil en una relación de conflicto histórico e ideológico con el matrimonio religioso-canónico. Es bien sabido que en el contexto de la Constitución de 1857, hubo una férrea oposición a la observancia de dicha norma por parte de la jerarquía de la iglesia católica. Las leyes sobre el matrimonio civil forman parte del desarrollo de esa Constitución la cual por primera vez abandonó el Estado confesional al suprimir el principio de religión de Estado, si bien la Constitución fue aprobada en nombre de Dios y asumió como religión preferente a la católica.

hijos, etc. Cualquiera que sea la forma de conformar una familia por la decisión libre y voluntaria de las personas debe poseer igual protección por parte del Estado en cumplimiento de su deber de amparar los derechos a la igualdad y no discriminación, a la intimidad o a tener una familia.

[11] A propósito de este problema, Daniel O'Donnell⁶ señala, frente a la ausencia de una definición del término "familia" en el ámbito internacional, lo siguiente: *La razón de la ausencia de definiciones de "familia" en la mayor parte de los instrumentos que reconocen sus derechos parece ser la apuntada por el Comité de Derechos Humanos, a saber: la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto que varía en función del contexto sociocultural.*

[12] Hemos dicho recientemente que la procreación no es un fin del matrimonio, sin embargo, la PGR niega estatus marital a los matrimonios que no desean o no pueden tener hijos, por razones de edad, biológicas, psicológicas o físicas. De acuerdo con su argumentación, esos matrimonios, al no poder procrear no son verdaderos matrimonios y como "la familia se crea con base en el matrimonio que tiene descendencia", no son tampoco, una verdadera familia. El concepto de familia que el Procurador defiende deja fuera de la protección fundamental a *todas* las familias que no estén integradas *idealmente*, es decir, por un padre, una madre y sus hijos.

[13] No obstante, en la actualidad existe una considerable cantidad de relaciones de parentesco que no se ajustan al modelo de la familia nuclear, que dependen de relaciones afectivas, biológicas y no biológicas, y que rebasan los alcances de los conceptos jurídicos actuales y que funcionan con normas que no se han formalizado o que han sido mantenidas en los márgenes. En este sentido, la solicitud de derechos matrimoniales por parejas del mismo sexo tiene el objetivo de reclamar el reconocimiento del Estado y la sociedad como sujetos de Derecho e integrantes de la institución familiar para las uniones no heterosexuales⁷.

[14] El Procurador olvida que las familias homoparentales como las heteroparentales sufren los mismos cambios: pueden recomponerse o separarse; como las familias monoparentales pueden construirse con un solo padre o madre y en todo caso sin la doble filiación de un padre y una madre. Más aún, con el desarrollo tecnológico actual las familias que recurren a la adopción o la reproducción asistida pueden reposar sobre una filiación plural y poner en entredicho el origen biológico de la familia; de esta forma, el deseo de acceder a la maternidad y paternidad es cada vez más una posibilidad para cualquier individuo, independientemente de su edad u orientación sexual.

⁶ O'DONELL, DANIEL, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, Abril de 2004, págs. 824 y ss.

⁷ Véase BUTLER, JUDITH, "¿Es el parentesco desde ya siempre heterosexual?", en *Debate Feminista*, año 16, vol. 32, Octubre 2005, pág. 3.

[15] Siendo así, y una vez superados los límites de lo biológico, podemos inferir que la procreación ya no queda restringida a las parejas heterosexuales dentro del matrimonio⁸ por lo que es importante pasar al debate del reconocimiento legal y visibilización de las familias homoparentales. En el fondo, se teme que las parejas de sexualidad diversa atenten contra el orden vigente y modifiquen todo lo que hasta ahora se tenía establecido, concebido o regulado sobre la maternidad, la crianza de los hijos y los valores que de la división sexual del mundo se desprenden.

[16] El hecho de que una Constitución proteja una institución⁹ implica que el Estado debe abstenerse de realizar todo aquello que implique cargas excesivas o que lastime a la familia y que debe promoverla a través de medidas adecuadas. De ello se desprende que, el Estado no puede en todo caso favorecer ni beneficiar a un "modelo ideal" de familia por encima de otros modelos de convivencia, tal y como es la pretensión de la PGR.

[17] Es fundamental tener en cuenta que los derechos constitucionales establecen una relación con el *Derecho internacional de los derechos humanos* y que es en este último en el cual ha ido emergiendo el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, tanto mediante interpretación doctrinal académica como mediante interpretación jurisprudencial y en los últimos tiempos esos nuevos contenidos de los derechos de la persona se están reflejando en reformas constitucionales y legales de derecho interno, tal y como lo cita en sus considerandos el dictamen de las *Comisiones unidas de administración y procuración de justicia, de derechos humanos y de equidad y género* de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en los puntos VIII y IX.

[18] De la argumentación ofrecida en este epígrafe se concluye, en contra de lo afirmado por la PGR, que el matrimonio es una institución dinámica que se ha adaptado y *debe* adaptarse a los cambios que se susciten en la sociedad y que no existen razones de peso para establecer un modelo único de familia tal y como pretende la Procuraduría en su acción de inconstitucionalidad. De aquí se infiere entonces que existen razones fundadas para que la institución matrimonial se amplíe a las personas del mismo sexo.

II. Sobre la técnica interpretativa de la PGR.

[19] Debe notarse que el concepto de familia presentado por la PGR se obtiene a través de un método desacreditado de interpretación de la Constitución cuya "elección",

⁸ Véase TORRES ARIAS, MARÍA ANTONIETA, "Reflexiones psicoanalíticas sobre maternidad y la paternidad en parejas homosexuales" en *Debate Feminista*, año 16, vol. 32, Octubre 2005, pág. 74.

⁹ Como sucede en la Ley Fundamental alemana. Se ha interpretado que su artículo 6° obliga a la protección, garantía y promoción del matrimonio. Pero aún así, el Tribunal Constitucional Federal ha interpretado que ello no implica que el legislador pueda perjudicar a las uniones civiles, pues la norma obliga al Estado a promover el matrimonio, más no a posicionarlo en una situación ventajosa por encima de otras uniones, pues ésto sería violatorio de la garantía de igualdad y la prohibición de la discriminación. Ver: BVerfGE 1 BvR 1164/07 del 7 de julio de 2009.

además, nunca justifica¹⁰. En efecto, con base en el llamado “espíritu del legislador” se aduce que la introducción de la protección de la familia al artículo 4 constitucional en 1974 estuvo basada en un “modelo ideal de familia” que el Poder Revisor refiere en su exposición de motivos, ignorando totalmente el contexto histórico de esa reforma durante el Gobierno del Presidente Luis Echeverría, como lo demuestra en su informe el Gobierno del Distrito Federal (GDF)¹¹.

[20] De acuerdo con la acción de inconstitucionalidad de la PGR, de una “simple interpretación literal del texto” constitucional así como también de la lectura de la exposición de motivos de la reforma al artículo 4 constitucional, se puede derivar que “para el constituyente las dos partes que pueden celebrar el acto jurídico del matrimonio [...] son una mujer con un varón o un varón con una mujer”¹². A juicio del actor, el Constituyente Permanente, tuvo como propósito originario establecer un modelo único de familia compuesto por personas de diverso sexo.

[21] Con el argumento anterior, la Procuraduría intenta apelar a la *intención original* de aquellos que redactaron esa disposición constitucional como razón de fondo y de carácter *suficiente* para excluir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sobre esa base, afirma que el legislador del Distrito Federal se apartó de esa intención originaria al incluir bajo el concepto de matrimonio uniones de pareja no previstas por el Poder Revisor de la Constitución.

[22] Pero incluso concediéndole al Procurador el argumento según el cual el Constituyente Permanente estableció un determinado modelo de familia, se puede afirmar que el juez constitucional no está obligado en un caso como este –en el que se discute la extensión del *derecho* al matrimonio y, por tanto, los alcances de la *igualdad en*

¹⁰ De las siguientes tesis se desprende que esta Suprema Corte ha rechazado la interpretación aislada y subjetiva de las normas y principios contenidos en la Constitución. Registro No. 175912, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Febrero de 2006,,Página: 25 Tesis: P. XII/2006 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. Registro No.174436 Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006, Página: 13, Tesis: P. LVII/2006, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. EL ALCANCE DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE BASARSE, ESENCIALMENTE, EN LO DISPUESTO EN ÉSTA Y NO EN LAS DISPOSICIONES GENERALES EMANADAS DE ELLA.

¹¹ Ver Informe del Gobierno del Distrito Federal sobre Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Págs. 21 en adelante. Por otro lado, hay razones de peso para pensar que, de hecho esa no fue su intención. En nuestra opinión, el Constituyente Permanente no tuvo intención original de establecer un modelo único e ideal de familia compuesto por un padre, una madre y los hijos. En particular, los párrafos que el Procurador transcribe del Dictamen en la Cámara de Diputados sobre el proyecto de reforma al artículo 4º constitucional “En los países en vías de desarrollo como México subsisten en algunos sectores sociales las familias extensas en tanto que en los más beneficiados la entidad familiar, cada vez en mayor medida, se compone por el padre la madre y pocos hijos. Este modelo es el ideal de nuestra sociedad futura”. Sin embargo, el demostrativo “este” del párrafo transcrito se refiere a un modelo de familia numéricamente pequeño por oposición al modelo de familia extensa y no se ve por ningún lado que se intente hacer exclusión de otros modos de conformación familiar

¹² Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pág., 14.

derechos–, a verse atado de manos por las intenciones originarias de quienes, en el pasado, establecieron cierta institución pensando en una sociedad que, de hecho, ya ha cambiado y ha modificado fuertemente la forma en la que concibe a la familia. Además, la PGR pasa por alto que la introducción en la narrativa constitucional del párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución que prohíbe la discriminación por razones de preferencias (entre otras), fue posterior a la reforma del artículo 4.

[23] El derecho moderno toma en cuenta como criterio de interpretación de las normas las razones del legislador histórico, pero como bien sabemos esas razones, en este caso, no guardan relación alguna con los matrimonios de personas del mismo sexo.

[24] Para encontrar una interpretación armónica del artículo 4 de la Constitución en las partes citadas y el artículo 1 de la misma en lo relativo a la prohibición de discriminación motivada por las preferencias de la persona, es necesario considerar que las instituciones jurídicas evolucionen y después de la Segunda Guerra Mundial la interpretación jurídica abandonó el positivismo legalista que pretende atenerse a la literalidad del texto legal. Las nuevas corrientes de la hermenéutica jurídica reconocen que la interpretación contiene una materialidad de justicia que la justifica, que esa materialidad de derecho justo está incluido en los derechos humanos contenidos en sus diferentes fuentes, tanto de derecho internacional como de derecho interno.

[25] La dignidad humana es materia de discusión filosófica, sin embargo, tiene un contenido jurídico que no esta en discusión pero sí en expansión de tal manera que si en 1974, el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio entre sí no formaba parte de la dignidad humana, hoy, en cambio, sí.

[26] Como puede verse, la PGR quiere interpretar la Constitución de modo tal que el modelo de familia heteroparental posea un reconocimiento exclusivo por parte de nuestro sistema jurídico, eliminando así otras formas diversas de conformación familiar. La postura de la PGR (y posiciones similares que encuentran eco en concepciones del bien de corte religioso), nos quieren hacer pensar que la Constitución *privilegia* un sólo modelo ideal de familia y de matrimonio y que ese esquema es, además, *superior* a otros diversos que puedan presentarse en la sociedad. El Procurador quiere imponer ese modelo. Quiere introducir subrepticamente *su* "modelo ideal" conforme a la escala de valores de un grupo que, por muy mayoritario que sea, no tiene derecho a imponerse sobre la sociedad con carácter general.

[27] De lo anterior se desprende que, si en lugar de optar por la interpretación subjetiva del espíritu del legislador, se optara por la interpretación objetiva y sistemática y se siguieran los principios de interpretación constitucionales dinámicos (unidad, funcionalidad, integración, concordancia y fuerza normativa), además de tomar en cuenta

el principio *pro homine*,¹³ se arribaría a las conclusiones a las que llegó el Distrito Federal para ampliar derechos a un grupo de personas que han sido marginadas de la sociedad por su orientación sexual.

III. El matrimonio como medio para dar publicidad a las relaciones afectivas de *todo individuo*

[28] El matrimonio es una institución de suma importancia para todos los individuos sea cual sea su origen, credo, raza u orientación sexual. Como bien sabemos, los ciudadanos poseen el derecho a desarrollar de manera libre y autónoma su personalidad: tienen derecho a “ser como quieran ser” en la medida en que el ejercicio de ese derecho no afecte los derechos de otros sujetos. Vivir la vida de forma autónoma implica entonces abrir la posibilidad a que las personas elijan aquellos medios por los cuales se materializan sus opciones de vida.

[29] En este sentido, se puede afirmar que el matrimonio constituye uno de los tantos medios a través de los cuales los individuos ejercen su autonomía individual: se opta entonces por el matrimonio como medio para dar publicidad a las relaciones afectivas. La institución matrimonial es valiosa, y no puede ser menos valiosa para las personas homosexuales que quieran contraer matrimonio.

[30] En efecto, una de las formas de expresión más estimadas por los mexicanos se manifiesta a través del derecho a casarse con quien uno guste. No sólo se trata de una libertad personal, es un derecho civil y un derecho humano consagrado en el artículo 16 de la Declaración Universal. Inclusive los reclusos pueden casarse en prisión, aunque hayan cometido el delito más terrible. Podrán no votar, pero sí se pueden casar. Pero tal y como exige la PGR, un ciudadano ejemplar que trabaja, vota, paga impuestos y puede que hasta sea voluntario en causas sociales no se podrá casar si sucede que es homosexual. Por eso es tan trascendental la reforma en el Código Civil del Distrito Federal. Remedia un sistema de *apartheid* sexual *de facto*, que solamente permite que algunos ciudadanos sean de primera, al poderse casar de forma libre.

[31] Esto significa que aunque el tema de la orientación sexual está directamente relacionado con la intimidad de las personas, su *expresión* pública no puede estar sujeta a prohibiciones que impidan el ejercicio pleno de ese derecho en iguales condiciones a las que lo puede hacer cualquier persona, lo que incluye la posibilidad de expresarse, por ejemplo, a través del acto de contraer matrimonio y ejercer sus derechos dentro de él.

¹³ Registro No. 180294. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XX, Octubre de 2004. Página: 2385. Tesis: I.40.A.441 A Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

[32] En el mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana señaló que: *Si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos y que, por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aun como expresión de su identidad e individualidad. Una posición semejante, indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas son contrarias, de por sí, a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos¹⁴.*

[33] Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la adopción de disposiciones de carácter interno en cumplimiento de lo ordenado por la Convención Americana de Derechos Humanos, conlleva además a que la sociedad en su conjunto respete el desarrollo efectivo de tales derechos más allá de si los mismos son predicables únicamente de las minorías. El respeto de esos valores y principios conlleva a reconocer las diferentes opciones legítimas de vida y aceptar que cada una de ellas representa la expresión individual de la dignidad humana.

[34] A este respecto, la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)¹⁵ afirma que las parejas gay y lesbianas *tienen derecho a ser diferentes, a vivir en consecuencia y a que se entienda y respete su diversidad. El DIDH ha evolucionado en los últimos tiempos en esa dirección, tratando de desterrar viejos prejuicios y estigmas que les habían sumido en la indignidad y la marginación. Estas deben ser combatidas decididamente por los Estados abiertos a las cambiantes y crecientes exigencias sociales y a ver con nuevos ojos viejas injusticias que en el pasado alimentaron la negación de los derechos y libertades básicos.*

[35] Como puede observarse, todos los individuos poseen el derecho a desarrollarse plenamente; a optar por el modo de vida que ellos consideran correcto (en la medida en que no se afecten derechos de terceros) y a encontrar los modos mediante los cuales ese proyecto de vida se materializa en la práctica. De acuerdo con lo anterior, hemos defendido que el matrimonio constituye un medio para dar *publicidad* a las relaciones afectivas que libremente construyen los individuos y que es deber del Estado garantizarlo para *todos* los ciudadanos para efectos de reconocerles la igual dignidad que poseen.

¹⁴ Sentencia T 268/00.

¹⁵ Intervención como *amicus curiae* en el proceso de constitucionalidad ante la Corte Constitucional Colombiana, expediente D 7290, 14 de julio de 2008.

IV. Igualdad en derechos y no discriminación: implicaciones en el tema del matrimonio.

[36] Las reformas introducidas al Código Civil del D.F., que reconocen legítimamente el derecho por parte de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, encuentran su justificación directa y plena en la igualdad *en* derechos y la no discriminación amparada por nuestra Constitución y los tratados internacionales.

[37] En efecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación en el artículo 1, tercer párrafo:

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.

Esta disposición constitucional establece básicamente que todos los individuos son titulares *en igual forma y medida* de los derechos fundamentales. Con ello, la Constitución consagra así una igualdad *en* derechos. Hablar de igualdad en derechos no es sino otro modo de hacer referencia al carácter *universal* de los mismos.

[38] Por su parte, el artículo 4 constitucional establece la protección de la organización y el desarrollo de la familia como un derecho fundamental de los ciudadanos *sin distinción de ningún tipo* en concordancia con el artículo 1:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

[39] Bajo las anteriores consideraciones, debe tomarse en cuenta, además, que las reformas introducidas al Código Civil del D.F., se realizan en cumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que impone a los Estados el deber de adoptar, entre otras disposiciones de Derecho interno, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contemplados en ese instrumento de carácter regional y del cual México es parte.

[40] El artículo 24 de la Convención Americana establece que todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la misma. Cualquier propósito dirigido en contra de este reconocimiento de derechos en el ámbito interno –tal y como pretende la PGR en su acción de inconstitucionalidad–, se convierte a su vez en una tentativa encaminada a desconocer el cumplimiento cabal de los compromisos adquiridos por el Estado mexicano frente a la comunidad internacional en relación con los derechos a la no discriminación, a tener una familia, a la honra y al reconocimiento de la dignidad humana, entre otros.

[41] En este sentido, la Convención Americana establece que las personas pueden casarse si reúnen “las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, *en la*

medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

[42] En torno al tema de la no discriminación, la Observación General 18 (10/11/89) del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló: *La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

[43] De igual manera, dando alcance a los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité del Pacto determinó que: *Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados*

[44] Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Coidh) en su opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 estableció el alcance del artículo 1.1 de la Convención, en el sentido de señalar que se trata de *una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.*

[45] En cuanto al artículo 24, que establece la igualdad ante la ley, la misma opinión consultiva estableció que: *En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes.*

[46] Finalmente, la citada opinión de la Corte concluyó que *la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine*

del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.

[47] Debe subrayarse que si bien es posible que las normas internas de los países puedan establecer diferencias que no podrían catalogarse en sí mismas como de trato discriminatorio —por cuanto están dirigidas al logro de preceptos constitucionales legítimos o a dar un trato de diferenciación positiva frente a ciertos sectores de la sociedad—, dichas diferenciaciones legales deben estar sustentadas en claros conceptos garantistas que permitan determinar que no se encuentran dirigidas a menoscabar los derechos a la igualdad y no discriminación de determinados sectores de la sociedad.

[48] En ese orden de ideas, el derecho al matrimonio puede entenderse entonces como un derecho subjetivo que les corresponde a “todos” los individuos que posean capacidad jurídica de goce y de ejercicio. Esto quiere decir que es suficiente que un individuo posea un cierto *status* jurídico (el de ser persona con capacidad de actuar) para que goce de ese derecho¹⁶.

[49] Establecer cualquier tipo de distinción en contra de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, constituir una familia o ejercer los derechos emanados de esa situación jurídica (tal como la adopción legal), requiere, en este caso concreto por parte del señor Procurador General de la República, determinar cuál sería el fin legítimo y constitucional encaminado a establecer prohibiciones legales en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas homosexuales, prohibiciones que a su vez no atenten contra los derechos de terceros, como límite concreto ante el despliegue de otros derechos.

[50] La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*¹⁷ que los Estados tienen el deber de establecer normas que reconozcan la igualdad frente a la ley, siendo discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.¹⁸

[51] En este sentido, debe señalarse de manera enfática que no son admisibles argumentos tales como, la tradición, la naturaleza del matrimonio, la moral de las mayorías, etc., pues estos por sí mismos no constituyen elementos de razonabilidad ninguna más allá de una simple apreciación de mayorías. Particularmente la orientación sexual ha sido considerada como un criterio de discriminación sospechoso, razón por la cual, cualquier tipo de diferenciación en torno a este tema debe ser absolutamente riguroso, de lo contrario, dicha diferenciación cae inexorablemente en una discriminación de carácter negativo.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, Págs., 39 y ss y *Principia Iuris. Teoria del diritto e Della democrazia*, T1, 726 y ss.

¹⁷ *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 200. Serie C, no. 27.

¹⁸ Pár. 185.

[52] En consecuencia, la orientación sexual no es una circunstancia para negar un derecho al matrimonio, así como tampoco lo es la raza, el oficio o el credo. De acuerdo con nuestra Constitución no constituye una diferencia de estatus que tenga que influir en la determinación del modo como deben distribuirse los derechos fundamentales en una sociedad. En otras palabras, la homosexualidad no es una condición de un sujeto prevista por una norma jurídica positiva que constituya un presupuesto para su no idoneidad como titular de situaciones jurídicas. En resumen, si la homosexualidad no es condición para la titularidad de un derecho, entonces la igualdad en derechos nos obliga a reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a celebrar matrimonio.

[53] Debe observarse que en otros puntos de su argumentación (e.g., *pág.* 34) la Procuraduría considera que las uniones de las personas del mismo sexo que optan por una vida en común ya están protegidas por el derecho mediante la Ley de sociedad de convivencia. Sin embargo, en sus argumentos también subyace la idea que si el modelo de familia ideal es el formado por el padre, la madre y los hijos, es este es el que debe ser protegido mediante el matrimonio y con ello confirma su vocación por la discriminación de aquellas uniones que a su entender no conforman el modelo ideal, y que por eso no tienen derecho acceder al matrimonio.

[54] La PGR no puede ocultar el prejuicio en el cual sustenta sus razonamientos; el siguiente texto es elocuente:

Sin embargo puede también afirmarse de forma categórica, que la naturaleza jurídica del matrimonio civil, es tendente a proteger y establecer los derechos y obligaciones que surgen con motivo de la procreación de los hijos de los cónyuges.

Por ello, si el matrimonio según los derechos y obligaciones establecidos en el Código Civil para el Distrito federal, tutela además los relativos a la descendencia de la pareja, luego entonces se colige que la institución jurídica del matrimonio es jurídicamente incompatible para personas del mismo sexo que deseen fundar una familia lo cual no implica en modo alguno estigma, discriminación, la negación del derecho fundamental de fundar una familia, ni mucho menos violencia.

[55] El prejuicio del que parte la PGR consiste en considerar que la familia ideal es aquella que se forma incluyendo a los hijos biológicos y si falta cualquiera de los elementos, la figura familia es imperfecta. Subyace en la sinrazón de tal perjuicio considerar que la razón de ser del matrimonio es la procreación de los hijos y por lo tanto es también la razón de ser de la familia. Para la PGR ya no son buen ejemplo las familias constituidas por un hombre y una mujer que decidan no tener hijos, que no pueda tener hijos y no decida no adoptarlos, los que por cualquier motivo no tienen hijos pero los adoptan, las integradas por una madre y un hijo o por un padre y un hijo, etcétera, las combinaciones son muchas más. La identificación de familia con matrimonio

y de matrimonio para la procreación de los hijos tiene un sustento en ideologías premodernas propias de estados confesionales.

[56] Por lo anterior, creemos que sería antidemocrático e inconstitucional considerar que el matrimonio civil, la adopción, la propiedad privada, la nacionalidad, la herencia, o cualquiera de los actos jurídicos que rigen el espacio civil, fuesen considerados como excepciones a esa garantía de igualdad. El problema radica, y en eso debemos ser muy claros, en privilegiar una mirada no jurídica, sino social y de hecho religiosa del Derecho, la cual es por principio totalmente ajena al ámbito jurídico de un Estado democrático.

[57] La Constitución protege las diferencias que representan la diversidad de individuos que forman parte de una misma población, y su texto no excluye a ninguna de éstas especificidades, pero por una razón que no tiene que ver con la ley sino con la subjetividad de quienes la aplican (subjetividad que sí es inconstitucional) las categorías que entran en materia de género, y de "preferencia sexual" sí sufren de esta exclusión.

[58] De lo dicho anteriormente se puede concluir: a) que las normas establecidas en el Código Civil para el D.F., están encaminadas a dar protección a los diversos tipos de familia, pues está proscrito cualquier tipo de discriminación que pretenda ejercerse sobre alguno de esos modelos de familia; y b) que esas reformas no sólo no establecen distinciones que discriminen entre personas, sino que están encaminadas precisamente a terminar con la exclusión de la figura del matrimonio para personas del mismo sexo. Es por ello que, en todo caso, se debe ver con recelo aquellos argumentos, como los presentados por la PGR, que buscan restringir derechos y perpetuar discriminaciones legislativas¹⁹.

V. Exigencias derivadas del modelo de democracia constitucional

[59] En todo Estado constitucional de Derecho las normas emanadas de los órganos legislativos gozan de lo que se conoce como "presunción de constitucionalidad". La presunción de constitucionalidad impone, a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional, la carga de argumentar, de forma convincente, que existe una contradicción entre la norma concreta y el texto constitucional.

¹⁹ No debe perderse de vista que en un interesante salvamento de voto de varios magistrados de la Corte Constitucional colombiana, augurando el desarrollo que más tarde tendría la jurisprudencia y la legislación de ese país, se argumentó lo siguiente en torno al tema de los derechos de las personas homosexuales y a la defensa arbitraria de una visión restrictiva del modelo de familia: *No es admisible una lectura de la Constitución según la cual toda persona puede ser homosexual, pero si lo es, entonces su pareja no tendrá derecho a ser beneficiaria de su afiliación como cotizante al sistema de salud, no podrá constituir una familia, su relación no tendrá ningún tipo de reconocimiento o protección legal, ni podrá adoptar hijos. Es decir, no es admisible decir que a una persona no se le discrimina por el simple hecho de que se le permite existir, así sea privándole de buena parte de las garantías constitucionales. Ello va en contra no sólo de la función primigenia de la igualdad, consistente en evitar la discriminación, y la marginación por imposición jurídica. También contraría el texto del artículo 13, aun entendido en su sentido más formalista: "todas las personas nacen libres iguales ante la ley, y gozarán de los mismos derechos".*

[60] La presunción constitucional deriva del principio democrático que debe traducirse en un trato deferente al legislador en su calidad de representante popular. Es por ello que en juicio de control constitucional, el juez, en estricto apego a dicho principio sólo puede declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas cuando la contradicción con la ley sea clara. Así lo ha señalado esta Corte de Justicia en diversas tesis de jurisprudencia:

LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para el estudio de los conceptos de violación o de los agravios, según se trate, basta con expresar la causa de pedir; sin embargo, ello no significa que los quejosos o recurrentes puedan limitarse a realizar afirmaciones sin sustento, pues a ellos corresponde exponer las razones por las cuales estiman inconstitucionales los actos reclamados. Por tanto, **en virtud de que toda ley goza de la presunción de constitucionalidad que es preciso desvirtuar, en razón de la legitimidad de los órganos que la emiten, corresponde a quienes la impugnan, la carga de la prueba, pues sólo así es posible analizar si la ley reclamada contraviene o no la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁰.**

[61] La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, a través de sus resoluciones, criterios con los que realiza el control de constitucionalidad de las leyes en los que la presunción de constitucionalidad no opera. Esta excepción tiene lugar cuando en un juicio de control de constitucionalidad el juez conozca sobre una norma que establece una diferencia entre personas por los motivos prohibidos por el artículo primero de la Constitución, o en todo caso, cuando la norma que es atacada parezca violar derechos fundamentales.

[62] Finalmente, ha dicho esta Corte, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos²¹.

[63] Lo anterior nos conduce a afirmar que el escrutinio que debe realizar la Corte en este caso es de simple razonabilidad, pues la reforma al Código Civil para el Distrito Federal no restringe los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. Así lo ha señalado la jurisprudencia de la propia SCJN.

²⁰ Novena Época, instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII, Septiembre de 2005. Página: 143, Tesis: 1a./J. 121/2005, Jurisprudencia Materia(s): Común. LEYES. LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE PEDIR NO BASTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD.

²¹ Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXI, Abril de 2010, página: 427. Tesis: 2a./J. 42/2010. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

“...debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, **salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino que es imperativo.**”²²

[64] Como puede observarse, una diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 1° (prohibición de discriminación) si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido. Este pronunciamiento confirma, de igual manera, la necesidad de aplicar un *test* mucho más rígido cuando se encuentran en juego derechos fundamentales que podrían eventualmente ser desconocidos por decisiones de carácter legislativo.

[65] En este sentido, cabe entonces reiterar que la censura que pretende establecerse en contra de las recientes modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal debería establecer de manera clara la justificación objetiva, razonable y proporcional que persiga un fin legítimo sin que se vulnere el derecho a la igualdad y la no discriminación.

[66] Finalmente, recordemos que México está comprometido con un modelo de democracia constitucional. Se trata de una forma de organización política que tiene por objeto restringir el poder estatal y proteger los derechos fundamentales. En particular, el ideal del constitucionalismo democrático cobra forma en el principio de estricta legalidad, según el cual, las leyes ordinarias -así como todos los actos de creación del Derecho-, están sometidas tanto a vínculos formales como sustanciales que vendrían a estar delineados por los principios y derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución.

[67] Ciertamente la presencia armónica de las ideologías es una garantía de un Estado laico y democrático cuyos valores son la diversidad reconocida como riqueza de la humanidad, la humanización de la vida y la solidaridad en la dimensión de la dignidad humana. Tal dignidad no puede prevalecer si en la ley que es para todos se impone un argumento proveniente de uno de los grupos que conforman la diversidad de la comunidad y que por lo tanto tiene el doloroso efecto de utilizar la fuerza de la ley para imponer y excluir a quienes sostienen otro pensamiento en cualquiera de los aspectos

²² Registro No. 164779. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXI, Abril de 2010, página: 427. Tesis: 2a./J. 42/2010. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional.

de la vida comunitaria de aquellos que por su relevancia y por los bienes jurídicos que están en juego son regulados por el derecho.

[68] Cuando en un ejercicio intelectual se van desmontando los **prejuicios** y se va esclareciendo su efecto excluyente de la persona se puede esclarecer de qué manera operan dichos prejuicios como ataques mortales a la dignidad humana. La sola experiencia de la vida muestra la diversidad humana y la diferencia. La historia de la injusticia documenta como los prejuicios fueron hechos norma, como el pecado fue hecho norma en la historia de las sociedades premodernas y como la disidencia fue hecha pecado y trasgresión a la ley.

[69] Se trata ahora de que el **Estado laico** se constituya en los cimientos de un cuerpo jurídico, se garantice la diversidad al menos mediante la efectividad de la regla de la tolerancia.

[70] La introducción de los derechos fundamentales en la cúspide del sistema normativo ha tenido una serie de consecuencias importantes. Vale la pena destacar dos de ellas: por un lado ha llevado a una suerte de mutación en las condiciones de validez de las normas jurídicas; y, por otro, a un giro en el modo como debe operar el razonamiento jurídico y la práctica argumentativa.

[71] En efecto, la constitucionalización de los derechos ha tenido como consecuencia un fenómeno identificado como sustancialización del Derecho: nuestro orden jurídico, como ha dicho repetidas veces Ferrajoli²³, se compone no sólo de normas formales sobre la competencia o los procedimientos para crear normas, sino que también está conformado por normas sustanciales como por ejemplo, la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación o la libertad de conciencia, y que obligan a las autoridades a respetar ciertos contenidos so pena de invalidez de sus actos normativos.

[72] Además, el constitucionalismo democrático también ha tenido como consecuencia un cambio de paradigma en el modo como razonan y *deben* razonar los jueces, cambio al cual podemos hacer referencia como el "giro argumentativo en el Derecho". Sobre este punto hay que apuntar que la correcta práctica de la *argumentación jurídica* supone que los diversos operadores jurídicos asuman lo que H. L. A. Hart ha denominado el *punto de vista interno*²⁴, es decir, la adopción de una actitud práctica y comprometida hacia el Derecho.

[73] Entonces, el punto de vista interno hacia el Derecho del Estado Constitucional exigiría en todo momento un compromiso tanto con los principios que están en la base del constitucionalismo democrático como con la práctica argumentativa que ese modelo de organización jurídico política exige. Asumir esos compromisos, a nuestro parecer, constituye una exigencia permanente de nuestro modelo constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máximo intérprete de la Constitución, ocupa un

²³ Vid. *Op. Cit.* Cita num. 14.

²⁴ Véase HART ,H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1961.

lugar estratégico para llevar a cabo la materialización de los ideales del constitucionalismo democrático incorporando a su práctica las técnicas de razonamiento judicial que le son propias. La consecuencia de asumir dichos compromisos conlleva, a nuestro modo de ver, a confirmar la constitucionalidad del matrimonio y la adopción en el DF.

VI. Aspectos de Federalismo en el caso de la Acción de Inconstitucionalidad

[74] El proceso de reconocimiento de otras identidades sexuales esta íntimamente ligado a los espacios sobre los cuales se manifiestan. En el caso del Distrito Federal, por diversas circunstancias entre las que se incluyen la migración y el mayor acceso a la educación, este ha sido un espacio privilegiado para el avance en el reconocimiento colectivo de las distintas identidades sexuales.²⁵ La base de dicho avance se ha dado mediante acciones de la sociedad capitalina a través de la colaboración e incidencia en las políticas públicas tomadas por los órganos públicos del Distrito Federal, por ejemplo en la redacción y aprobación de la Ley para prevenir y eliminar la discriminación en el Distrito Federal, la Ley de sociedades de convivencia, la lucha por los programas para personas con VIH/SIDA, en las políticas sobre personas con VIH/SIDA y sobre diversidad sexual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y finalmente con la aprobación de las reformas al Código Civil en materia de matrimonio de personas del mismo sexo. El diferenciado reconocimiento público de la diversidad sexual en el Distrito Federal, no solamente se da en el diálogo entre sociedad civil organizada e instituciones locales, sino que ha sido validado democráticamente a través de un voto recurrente a los representantes que incluyen dichas propuestas en su plan de campaña o que han llevado a cabo dichas políticas públicas o reformas legislativas.

[75] Otro factor importante a considerar es que gran parte de las exigencias de la sociedad capitalina tendientes a consolidar una ciudad con mayores libertades, se han proyectado en la medida en la que se ha logrado un mayor avance democrático a través de una creciente representatividad. Al contrario que otras entidades federativas, el Distrito Federal hasta hace décadas recientes ha podido obtener las competencias legislativas y administrativas con las cuales han gozado los Estados de la Federación. La inacabada reforma política del Distrito Federal y el sistema todavía especial que le confiere el artículo 122 de la Constitución, no han impedido un lento pero eficiente empoderamiento democrático de la sociedad capitalina. En pleno ejercicio de sus facultades federales es que la Asamblea Legislativa reforma el Código Civil para el Distrito Federal, en un primer momento en el 2000 para separarlo del Federal y con posterioridad para reconocer el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio.

²⁵ Sobre este largo proceso, *vid.*, LAGUARDA, Rodrigo. *Ser gay en la Ciudad de México. Lucha de representaciones y apropiación de una identidad, 1968-1982*, México, Instituto Mora-CIESAS, 2009.

[76] Es dentro de este ejercicio del federalismo que la sociedad del Distrito Federal ha dado un uso político al mismo para “la protección de las minorías y de los intereses territorialmente localizados”.²⁶ Como señala Nancy J. Knauder: “el federalismo otorga a los estados la libertad de experimentar con soluciones adecuadas para cuestiones sociales apremiantes”.²⁷ Por tanto, sobre cuestiones federales se deben atender tres ejes principales que implican no solamente la definición de las competencias legislativas del Distrito Federal, sino que pueden aportar bases para una mayor definición del régimen federal mexicano, con el consecuente avance democrático: 1) el primero de ellos es la competencia legislativa de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en materia de matrimonio de personas del mismo sexo; 2) la segunda de ellas se refiere a la derrotabilidad de las normas expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por parte del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (sobre todo cuando se trata de una acción de inconstitucionalidad presentada por el Procurador General de la República); y 3) finalmente el reconocimiento y validez de los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el distrito federal en el resto de las entidades federativas. La presente sección del *amicus curiae* se concentrará a estos tres aspectos.

1. Competencia legislativa de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo

[77] Las competencias legislativas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en materia de derecho de familia, derivan en general de la propia disposición constitucional del artículo 122. En este sentido y siguiendo los criterios establecidos por este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 141/2001:²⁸

“el ejercicio de la función legislativa en el Distrito Federal se encomienda al Congreso de la Unión y a la Asamblea Legislativa de esa entidad, conforme al siguiente sistema mixto de distribución de competencias: a) Un régimen expreso de facultades para el Congreso de la Unión, contenido en las fracciones II a V del apartado A, fracción I; y b) La reserva a favor del propio Congreso respecto de las materias conferidas expresamente a la Asamblea Legislativa, que se establece en el apartado A, fracción I; y, c) Un régimen expreso y cerrado de facultades para la Asamblea Legislativa, enumeradas en el apartado C, base primera, fracción V, las que deberá ejercer en los términos establecidos en el Estatuto de Gobierno de esa entidad.”

[78] Bajo este criterio las competencias en materia de Derecho de Familia se incluyen en la tercera hipótesis es decir, en el régimen expreso y cerrado de facultades para la

²⁶ GAGNON, Alain G. “The Political Uses of Federalism”, en Michael BURGUESS y Alain G. GAGNON, *Comparative Federalism and Federation*, Londres, Harvester Wheatsheaf, 1992, pp. 18 y 19, citado por José María SERNA DE LA GARZA, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, IJ-UNAM, 2008, p. 7.

²⁷ Cf., “Same-Sex Marriage and Federalism”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, vol. 17, no.2, 2008, pp. 101-122, p. 102.

²⁸ *Seminario Judicial de la Federación*, t. XV, enero de 2002, Controversia Constitucional 29/2000, Poder Ejecutivo Federal, 15 de noviembre del 2001.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal, como señala el apartado C, base primera fracción V, inciso H:

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

H) legislar en las materias civil y penal..."

[79] El propio Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establece asimismo en su artículo 42 fracción :

"La Asamblea Legislativa tiene facultades para:

.....XII. Legislar en materias civil y penal."

[80] De tal manera es que en el 2000, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal hizo uso de dichas facultades constitucionales y del Estatuto para contar con un Código Civil propio para el Distrito Federal, diferenciado el Código Civil Federal, que hasta entonces había regido en la Ciudad de México.²⁹ Los primeros cambios en materia de Derecho de Familia y sobre todo en materia matrimonial, fueron diferenciando al Código Civil del Distrito Federal, del resto de las otras entidades federativas.³⁰ Con anterioridad a la reforma al Código Civil que permite el matrimonio de parejas del mismo sexo, la propia Asamblea Legislativa dio un primer paso (si bien insuficiente) para el pleno reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo y otras formas de familia, a través de la Ley de sociedades de convivencia del Distrito Federal.³¹ Finalmente es a través de la reforma en cuestión que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal logra incluir la figura del matrimonio del mismo sexo, a través de la omisión expresa a varón y mujer en el matrimonio y el retiro de la definición de los fines de procreación dentro del mismo.

[81] Cabe señalar que durante el ejercicio de las facultades de la Asamblea del Distrito Federal en materia de matrimonio durante diez años desde la promulgación del Código Civil, dichas facultades no han sido objeto de declaración de inconstitucionalidad por parte de los Tribunales Federales. Por el contrario en algunas decisiones relativas a cuestiones matrimoniales como el divorcio por voluntad unilateral que se incluyen en el Código Civil del Distrito Federal, ha sido validado por la Primera Sala de esta Suprema

²⁹ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 25 de abril del 2000.

³⁰ *Vid.*, BRENA SESMA, Ingrid. "Reformas al Código Civil en materia de matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, no. 1, 2002, pp. 3-12.

³¹ Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de noviembre del 2006.

Corte de Justicia de la Nación.³² De esta misma manera se ha pronunciado la Primera sala en asuntos relativos a la regulación de alimentos en Código Civil para el Distrito Federal. En otro caso, la misma sala ha declarado la constitucionalidad de las disposiciones relativas a compensación económica después de la disolución matrimonial.³³ Por último en el caso de causales de divorcio previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, existe jurisprudencia firme relativa a la constitucionalidad de uno de estos causales.³⁴ Todas estas decisiones son prueba de las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para modificar tanto el régimen matrimonial, como el de divorcio y por tanto la propia definición del matrimonio en el Distrito Federal. Por tanto, la Asamblea Legislativa tiene la facultad para modificar la definición de matrimonio para incluir a las personas del mismo sexo.

2. Derrotabilidad de las normas expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

[82] El actual sistema de impugnación constitucional con efectos *erga omnes*, va de la mano de una profunda transformación a las facultades del Poder Judicial Federal, a través de la reforma constitucional de 1994. De hecho el ensanchamiento de las facultades del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su competencia exclusiva sobre acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, en gran medida ha equiparado a la Suprema Corte de Justicia de la

³² DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266, 267, 282, 283, FRACCIONES IV, V, VI, VII Y VIII, 283 BIS, 287 Y 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, QUE REGULAN SU TRAMITACIÓN, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DE DEBIDO PROCESO LEGAL. Novena Época. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXX, Diciembre de 2009, p. 280, Tesis 1a. CCXXIII/2009 Tesis Aislada Materia(s): Civil. Y sobre ese mismo caso la Primera Sala también estableció la siguiente Tesis: DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL CÓNYUGE. LOS ARTÍCULOS 266 Y 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 3 DE OCTUBRE DE 2008, NO VIOLAN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Amparo directo en revisión 917/2009. 23 de septiembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López

³³ DIVORCIO. EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, QUE PERMITE AL JUEZ FIJAR UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA A ALGUNA DE LAS PARTES CUANDO SE CUMPLEN CIERTOS REQUISITOS, NO TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE JUSTICIA IMPARCIAL. Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXIV, Agosto de 2006, p. 258, Tesis: 1a. CXX/2006. Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Civil.

³⁴ DIVORCIO. EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE ESTABLECE COMO CAUSAL DE AQUÉL, LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR MÁS DE DOS AÑOS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Amparo directo en revisión 963/97. Rosa María Ortega Vaca. 18 de noviembre de 1999. Once votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXXXI/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil. Registro No. 190687 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XII, Diciembre de 2000, p. 28 Tesis: P. CLXXXI/2000 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional, Civil.

Nación a un tribunal constitucional.³⁵ La posibilidad de declaración de inconstitucionalidad para efectos generales una norma, o derrotabilidad, no sólo de origen federal, sino también las promulgadas por los congresos locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene serias implicaciones federales.

[83] Si bien la Controversia Constitucional es la acción por excelencia para definir y delimitar las distintas competencias derivadas de la división de poderes y el sistema federal, la acción de inconstitucionalidad también puede ser utilizada para efectos de cohesión y congruencia del sistema normativo federal. Estos casos se dan, cuando la acción de inconstitucionalidad se presenta por órganos federales en contra de leyes locales que vulneren el ámbito de las garantías individuales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, los sujetos facultados para presentar las acciones son tanto federales como locales. Las acciones de inconstitucionalidad promovidas por órganos locales, tendrán la legitimidad de representar intereses sociales de dicha entidad federativa. Por el contrario, en caso de ser promovida por órganos federales se tratarían de preservar el marco constitucional referente a las garantías individuales, debido a una vulneración directa de las mismas por parte de la legislación local.

[84] No obstante que la Constitución le confiere la posibilidad de presentar acciones de inconstitucionalidad al Procurador General de la República, bajo un sistema de interpretación evolutivo, dicha facultad debe ser interpretada de manera restringida. En primer lugar, es el órgano con menor representatividad democrática, ya que no es electo directa o indirectamente como sucede con las minorías parlamentarias en los Congresos de la Unión y de las entidades federativas. En el caso en cuestión, las minorías parlamentarias representadas en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, no logran una representación suficiente para la presentación de la acción de inconstitucionalidad. Este hecho parece haber sido suplido por la Procuraduría General de la República, lo cual implica una discusión sobre nuestro sistema de control de constitucionalidad en términos políticos y jurídicos, ya que sólo goza de legitimidad federal indirecta por su nombramiento por el Presidente de la República, con ratificación por el Senado.

[85] Otro punto a destacar respecto de la acción de inconstitucionalidad, es que la misma no fue presentada ni por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ni la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal dentro de las facultades que les confiere el artículo 105 de la Constitución. Ambos órganos tienen una mayor independencia del resto de los poderes, al contar con una amplia autonomía, en especial la CNDH que es un órgano constitucional autónomo. Al contrario de la PGR, ambas Comisiones tienen un alto grado de especialidad en materia de Derechos Humanos y cuentan con Consejos Consultivos en los cuales participa la sociedad civil. Por tanto, la negativa de ambos órganos de presentar una acción de inconstitucionalidad, solo puede ser entendida como

³⁵ Cf., FIX FIERRO, Hector y LOPÉZ AYLLON, Sergio. "Cambio jurídico y autonomía del Derecho: un modelo de la transición jurídica en México", en José María Serna de la Garza, *Estado de derecho y transición jurídica*, México, IIIJ-UNAM, 2002, p. 111.

un aval a la constitucionalidad de la reforma al Código Civil del Distrito Federal, al ampliar y no vulnerar la misma, las garantías individuales establecidas en la Constitución.

[86] En este sentido, si la derrotabilidad de las normas estatales no se basa estrictamente en una concepción estricta de protección a Derechos Fundamentales, la esencia del federalismo estaría tocada. Además, del tema de legitimidad democrática, esta acción de inconstitucionalidad también resalta por su falta de sensibilidad social e intromisión en las facultades locales del Distrito Federal por parte de la Procuraduría General de la República. Con la reforma constitucional que permite a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a las comisiones locales presentar acciones de inconstitucionalidad para preservar las garantías individuales y partiendo de la realidad de que son órganos mejor dotados técnica y políticamente para presentar las mismas, la pregunta es: ¿Se justifica la existencia de la legitimación del Procurador General de la República en acciones de inconstitucionalidad? La respuesta en este caso, como lo fue en la acción de inconstitucionalidad presentada por el Procurador en el caso de la interrupción legal del embarazo, es no.

3. Reconocimiento y validez de los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el Distrito Federal en el resto de las entidades federativas

[87] Finalmente el tercer punto de trascendencia sobre el sistema federal en esta acción, es el ejercicio y reconocimiento de las competencias en materia matrimonial por parte de los órganos del Distrito Federal. En líneas anteriores se ha señalado las competencias de la Asamblea Legislativa en materia civil. Partiendo de este hecho, queda solamente determinar como interactúa un sistema de reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo en el Distrito Federal con el resto de las entidades federativas. El principio general que rige es el de entera fe y crédito de los actos celebrados en una entidad federativa por parte del resto, que se establece en el artículo 121 de la Constitución. El mismo dice a la letra:

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

- I. *Las leyes de un estado solo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él;*
- II. *Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación;*
- III. *Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro estado, solo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales solo serán ejecutadas en otro estado, cuando la*

persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronuncio, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio;

- IV. *Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros...*

[88] Por tanto, bajo el principio de entera fe y crédito el artículo 121 establece la obligación del resto de las entidades federativas de reconocer los matrimonios válidamente celebrados y registrados en el Distrito Federal. La primera obligación sería darle plena validez a las actas de matrimonio de personas del mismo sexo expedidas en el Distrito Federal. Bajo el principio de igualdad y no discriminación del artículo 1 de la Constitución, dichos matrimonios tendrán que ser equiparados a las figuras matrimoniales de otros Estados, incluidos los derechos de adopción. También, las sentencias de alimentos, divorcios o nulidad matrimonial, tendrán que ser reconocidos en otros Estados. La fracción IV del 121 se refiere a que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros. Esta fracción reitera el principio de entera fe y crédito del párrafo primero. Inclusive, bajo el sistema de conflicto de leyes locales, los tribunales de otros estados podrán aplicar el Código Civil del Distrito Federal, con su referente definición del matrimonio, cuando los cónyuges tengan su domicilio en esta entidad federativa. De tal manera, se respetan los derechos adquiridos de los cónyuges en el Distrito Federal y se refuerza el verdadero federalismo, en el que todas las Entidades Federativas tienen la posibilidad de regular el matrimonio de la manera más adecuada para sus realidades sociales.

SEGUNDA PARTE

Argumentos a favor de la adopción por parejas del mismo sexo.

I. Homoparentalidad o repensar la familia

[89] Los estudios de género han puesto el acento en cuestiones como la equidad, la igualdad y el derecho a la diferencia de las minorías. La existencia de familias integradas por padres y madres del mismo sexo nos obliga a cuestionar las ideas preestablecidas respecto a lo que debe ser una familia y supone el cambio del paradigma sobre el que se legitima lo que ésta debe ser desde una concepción moral ideal que no representa la realidad compleja y múltiple. En la actualidad existe una considerable cantidad de relaciones de parentesco que no se ajustan al modelo de la familia nuclear, que dependen de relaciones afectivas, biológicas y no biológicas, y que rebasan los alcances de los conceptos jurídicos actuales y que funcionan con normas que no se han formalizado o que han sido mantenidas en los márgenes. La solicitud de derechos matrimoniales por parejas del mismo sexo tiene el objetivo de reclamar el

reconocimiento del estado y la sociedad como sujetos de derecho e integrantes de la institución familiar para las uniones no heterosexuales³⁶.

[90] Con el desarrollo tecnológico actual, las familias que recurren a la adopción o la reproducción asistida, pueden reposar sobre una filiación plural y poner en entredicho el origen biológico de la familia; de esta forma el deseo de acceder a la maternidad y paternidad es cada vez más una posibilidad para cualquier individuo, independientemente de su edad u orientación sexual. Una vez superados los límites de lo biológico, la procreación ya no queda restringida a las parejas heterosexuales dentro del matrimonio³⁷ por lo que es importante pasar al debate del reconocimiento legal y visibilización de las familias homoparentales.

[91] Se teme que las parejas de sexualidad diversa atenten contra el orden vigente y modifiquen todo lo que hasta ahora se tenía establecido, concebido o regulado sobre la maternidad, la crianza de los hijos y los valores que de la división sexual del mundo se desprenden. Debemos preguntarnos por qué algunos grupos se cierran a la idea de nuevos modelos de familia. Se trata aquí de proteger un privilegio. La experiencia muestra que la sociedad y los padres no tratan igual a sus hijos hombres que a sus hijas mujeres. Cuando se es heterosexual, o blanco, u hombre, es decir, cuando se está del lado del grupo hegemónico, la normalidad impone, y no hay razón para reflexionar a propósito de la norma que nos hace sujetos de derechos. La inquietud que puede surgir frente a la democracia sexual que posibilita otras subjetividades es reconocer que el orden de las cosas no es necesariamente natural ni normal. Cuando cuestionamos la norma hegemónica, se produce un malestar, pues nos obliga a pensar que la heterosexualidad no es, por sí sola, normal o natural.

[92] En el fondo se teme que la heterosexualidad sólo mantenga su vigencia por el hecho de ser una institución –como la familia– y si comenzamos por alterar la norma heterosexual, ninguna otra norma parecerá ya absoluta. Lo que queda claro en relación a las familias homoparentales es que su demanda de igualdad ciudadana toca la definición misma de sociedad democrática, y como la democracia se lleva a cabo también en la ética de las normas sexuales, respetar la orientación sexual de todos los individuos implica defender la vida democrática de nuestra sociedad³⁸.

[93] Lo que se busca proteger e instituir desde esta perspectiva y sobre todo, lo que se defiende en el seno de todo esto, es el derecho a la pluralidad en todos los aspectos de la vida humana y a la libertad del individuo; particularmente en el matrimonio homosexual, pero también en la formación de familias diversas.

³⁶ BUTLER, Judith. "¿Es el parentesco desde ya siempre heterosexual?" en Debate Feminista, año 16, vol. 32, octubre 2005. Pag. 3

³⁷ TORRES ARIAS, María Antonieta. "Reflexiones psicoanalíticas sobre maternidad y la paternidad en parejas homosexuales" en Debate Feminista, año 16, vol. 32, octubre 2005. Pag. 74.

³⁸ LAMAS, Marta. "Las bodas gay en España" en Debate Feminista, año 16, vol. 32, octubre 2005. Pag. 127.

[94] El problema radica, y en eso debemos ser muy claros, en privilegiar una mirada no jurídica, sino social y de hecho religiosa del derecho, la cual es por principio totalmente ajena al ámbito jurídico. La importancia de una verdadera democracia radica en poder darle a las leyes la objetividad y la coherencia con la realidad del país. La Constitución protege las diferencias que representan la diversidad de individuos que forman parte de una misma población, y su texto no excluye a ninguna de éstas especificidades, pero por una razón que no tiene que ver con la ley sino con la subjetividad de quienes la aplican (subjetividad que sí es inconstitucional), las categorías que entran en materia de género, y de "preferencia sexual" sí sufren de esta exclusión.

[95] Otro aspecto del debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo es lo que se refiere a la adopción y los derechos de los hijos de las familias homoparentales. Quienes se oponen a la posibilidad de adopción señalan que se debe evitar la discriminación a que serán sujetos los hijos de estas familias por parte del resto de la sociedad. Más que intentar preservar el modelo de familia tradicional como paradigma del bienestar infantil, hay que entender qué requieren los niños –de cualquier origen familiar– para desarrollarse adecuadamente. La oposición a que los homosexuales adopten sugiere, de manera errónea, que la orientación sexual es una característica decisiva del ejercicio parental, en detrimento de otras cualidades. Se debe señalar que es mucho más importante tener una madre tranquila que una angustiada, un padre cariñoso que uno violento, independientemente de sus prácticas sexuales o de quienes integren el grupo familiar.

[96] Lo que probablemente sí es muy diferente es el entorno social que tienen que enfrentar los hijos de parejas homoparentales, aunque quizá sea un entorno igual de hostil al que deben enfrentar los niños indígenas en ambientes urbanos o los hijos de inmigrantes mexicanos en los Estados Unidos. Todos los niños, hasta llegar a cierta madurez, no quieren ser distintos de sus compañeros y temen sus burlas o agresiones. Y sí, pueden sufrir rechazos por vivir en una familia homoparental, como les ocurrió hace años a los hijos de padres divorciados o madres solteras³⁹, pero si la sociedad tuvo entonces que reconocer una realidad dada respecto a las madres y padres divorciados y madres y padres solteros, hoy en lugar de negar la existencia de familias homoparentales y prohibir la posibilidad de formalizarla legalmente, se deben alentar condiciones sociales de respeto y comprensión.

[97] El debate en torno al tema de la adopción de padres y madres homosexuales tiene que ver con la expresión y la legitimación ante la sociedad de que las uniones homosexuales son tan válidas como las uniones heterosexuales. Simbólicamente afirman el principio del fin de una sociedad que distingue entre ciudadanos de primera y de segunda, y entre familias de primera y familias particulares; es decir, son expresiones de la demanda de igualdad y respeto a sus Derechos Humanos.

³⁹ LAMAS, Marta. "¿Por qué tanto miedo?" en Proceso, No. 1737, enero de 2010. Pag. 54.

[98] Finalmente, alejándonos de la supuesta existencia natural de un modelo único de familia y teniendo en cuenta que “las familias” son producto de la evolución histórica y cultural de las distintas sociedades, subrayamos que las transformaciones de la sociedad exigen del Estado el reconocimiento y atención a los fenómenos emergentes. Las políticas públicas deben partir de diagnósticos actualizados que recojan los hallazgos científicos más recientes sobre la diversidad y complejidad en la que se van construyendo los vínculos familiares y reconocer las nuevas problemáticas que afectan a las familias⁴⁰.

[99] En México se cree que existen cerca de 250 mil familias homoparentales (según el Círculo de Familias Diversas, podrían llegar hasta el millón⁴¹). Conceder razón a la pretensión de la Acción de Inconstitucionalidad de la PGR implica afirmar que los menores criados en esas familias son diferentes. Lo que los menores desamparados y los menores que viven en familias homoparentales requieren es de amor y atención, de seguridad y sobre todo, de certeza sobre su vida en familia. Impedir que una pareja homosexual adopte, implica que muchos menores que viven hoy en familias homoparentales no tengan la posibilidad de quedarse con la pareja de su padre o madre biológicos o adoptivos, en caso de ser necesario. Invisibilizar jurídicamente a estas familias lo único que hace es discriminarlas, y ello lejos de proteger a modelos ideales, discrimina a nuestros niños, niñas y adolescentes.

II. Interés Superior del Niño. Significado y alcance.

[100] Al argumentar en contra de la posibilidad de que matrimonios homosexuales adopten, la PGR parte de una presunción: el hecho de que un menor sea adoptado por una pareja homosexual causa un daño al menor y se le coloca en una potencial posición de desventaja frente a otros menores en *familias ideales*, y por tanto sería discriminado. Textualmente dice que con la adopción por parte de un matrimonio homosexual puede propiciarse que “*los menores adoptados no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo, generando con ello al adoptado una situación de desigualdad o discriminación respecto de otros adoptados por matrimonios conformados por un hombre y una mujer.*”⁴²

[101] Sin embargo, de la lectura de la acción de inconstitucionalidad de la PGR no queda claro por qué se arriba a esa conclusión, la Procuraduría General de la República no aporta pruebas ni argumentos soportados por razonamientos válidos. La PGR pretende demostrar que debido a que el Estado mexicano está obligado a velar por el interés superior del menor, vía artículo 4 de la Constitución y vía Tratados Internacionales,

⁴⁰ Ver: Declaratoria de la ciudad de México: “Familias en el siglo XXI: realidades diversas y políticas públicas”, México, D.F., enero de 2009.

⁴¹ El Universal. Nota de Hernán GÓMEZ BRUERA. 23 de enero de 2010. Con información de Círculo de Familias Diversas.

⁴² Ver *pag.* 85, 86 y *ss* Acción de Inconstitucionalidad de la PGR.

normas que han sido además desarrolladas o aclaradas a través de la interpretación de la Corte, cuyas tesis se aportan en la AIPGR, entonces con base en éste debe discriminar a un grupo de personas solamente por su orientación sexual.

[102] Lo que la PGR pretende, no es muy diferente en cuanto a sus resultados discriminatorios y jerarquizantes, de las leyes antimestizaje de los Estados Unidos⁴³ que prohibían el matrimonio entre personas de distintas "razas" o la custodia de los hijos por segundo matrimonio con una persona de "raza" distinta.⁴⁴ La argumentación de quien pretende prohibir los matrimonios o las adopciones o custodias de menores con base solamente en la orientación sexual, no difiere de la que se utilizó durante décadas en los Estados Unidos para prohibir la "mezcla de razas" por la vía del parentesco civil. El sistema de castas en que se basa la discriminación racial parte de la percepción de que existe una jerarquía entre los seres humanos basada en *principios naturales*, de los mismos que habla la PGR⁴⁵. En el mismo sentido subyace a la AIPGR una jerarquización entre los heterosexuales, *conformes con la naturaleza de las cosas* y los homosexuales, *contrarios a ella*. Por ello considera que no es ni siquiera necesario demostrar por qué un menor adoptado por un matrimonio homosexual sería discriminado o sus intereses serían lastimados, pues es evidente que la PGR tiene un interés en la permanencia jurídica de esta jerarquización de personas que, basada en prejuicios, no sólo sucede jurídicamente⁴⁶ sino que todavía sucede socialmente. El sistema de castas aplica también⁴⁷ a la discriminación hacia las mujeres o hacia las personas homosexuales, pues atribuye a la naturaleza las características personales y en consecuencia parte de la idea de que existen diferencias naturales insuperables entre seres humanos que los hacen no sólo diferentes sino que los jerarquizan, "hay seres humanos superiores e inferiores." El entendimiento de estas diferencias naturales y la consecuente jerarquización entre hombres y mujeres, y entre personas heterosexuales y homosexuales, estaría enclavado en el reconocimiento a unos principios naturales, que según el Procurador definen *la sociedad doméstica y su estructura fundamental*⁴⁸, es decir, que deben ser los que guíen la

⁴³ Ver *Loving v. Virginia*. 388U.S.1(1967).

⁴⁴ Ver *Palmore v. Sidoti*. 466 U.S. 429 (1984).

⁴⁵ En un pasaje, se habla en la Acción de Inconstitucionalidad de la PGR de "principios naturales": *El mismo derecho impele al legislador constitucional y al ordinario a organizar y regular jurídicamente la sociedad doméstica para proteger y garantizar su estructura fundamental y determinar todos aquellos aspectos concretos que no vienen definidos por los principios naturales*. (pag. 17) Resulta que la composición de las familias y las parejas que difieren de lo que la PGR entiende por "natural" son artificiales o contrarias a la naturaleza y por ende, no son familias ni parejas dignas de protección constitucional, pues son "otra cosa" y para ello se han creado instituciones distintas, como la Sociedad de Convivencia, como refiere en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 en la página 34 en adelante.

⁴⁶ Ver el Informe de la Asamblea del Distrito Federal de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 párr. 27 en adelante Sobre las formas de perpetuación de la homofobia: represión penal, patologización médica y encubrimiento jurídico. En especial el encubrimiento jurídico que se explica ampliamente a partir del párrafo 71.

⁴⁷ Ver: *Homosexuality and the Constitution*. Cass R. Sunstein. 70 Ind. Law Journal. 1. 1994-1995. En especial las páginas 12 en adelante.

⁴⁸ Ver AIPGR página 17.

actividad legisladora de un Estado Constitucional. No está de más recordar que el Procurador, en su calidad de funcionario público, está obligado a respetar la Constitución, y la Constitución prohíbe la jerarquización de seres humanos.

[103] Esta Corte de Justicia⁴⁹ ha sustentado en el Amparo directo en revisión 908/2006, resuelto con fecha 18 de abril de 2007, que para establecer el concepto de interés superior del niño se debe atender al concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la

⁴⁹ Registro No.172003, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Julio de 2007, Página: 265, Tesis: 1a. CXXI/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. INTERÉSSUPERIORELDNIÑO. SU CONCEPTO.

Registro No. 165377, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Enero de 2010, Página: 2239, Tesis: I.4o.C.253 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. EL INTERÉSSUPERIORELDNIÑO ESTÁ INMERSO EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL QUE LA REGULA.

Registro No. 169457. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008. Página: 712. Tesis: P. XLV/2008. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. 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.

Registro No. 185753. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002. Página: 1206. Tesis: II.3o.C. J/4. Jurisprudencia Materia(s): Civil. GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Registro No. 178644. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Abril de 2005. Página: 1469. Tesis: II.3o.C.62 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉSSUPERIORELDNIÑO.

Registro No. 179166. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Febrero de 2005. Página: 1798. Tesis: II.3o.C.13 K. Tesis Aislada. Materia(s): Común. SUSPENSIÓN. NO PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DETERMINA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES, SALVO QUE CONCURRAN CONDICIONES ESPECIALES Y QUE DE NO CONCEDERSE SE PERJUDIQUE EL INTERÉSSUPERIORELDNIÑO.

Registro No. 183787. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Julio de 2003. Página: 1153. Tesis: II.3o.C.55 C. Tesis Aislada Materia(s): Civil. MENORES, TESTIMONIO DE LOS, EN LOS JUICIOS DE CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR. SU RECEPCIÓN Y DESAHOGO NO ESTÁN SUJETOS A LAS FORMALIDADES QUE RIGEN LA PRUEBA TESTIMONIAL, PORQUE SE TRATA DE UN ELEMENTO DE CONVICTIÓN QUE DEBE SER APRECIADO LIBREMENTE PARA DECIDIR CON BASE EN EL INTERÉSSUPERIORELDNIÑO.

aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

[104] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos define el interés superior del niño en los párrafos 56 al 61, donde describe que:

"Este principio regulador [el interés superior del niño] de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño." A continuación vincula la Corte el principio con la "Convención sobre Derechos del Niño [que] alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos."

[105] Por otro lado, el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) ha argumentado ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que: "[EL] principio de interés superior del niño/a, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño(a), en el artículo 3, numeral 1, que dice: "En todas las medidas concernientes a los niños/as que tomen las instituciones públicas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial, a que se atenderá, será el interés superior del niño", responde a la doctrina de protección integral, enmarcada en el derecho internacional de los derechos humanos, según la cual, niños y niñas, son sujetos/as de derechos y no solo sujeto/as de protección"⁵⁰.

[106] Asimismo, la Corte Interamericana ha resuelto en diversos casos que el Estado debe velar siempre por su "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece."⁵¹ Así como que el "la condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél."⁵² La CIDH establece de manera clara que "en

⁵⁰ Amicus Curiae que para el caso 12.89 de *Dilcia Yean y Violeta Bosica contra la República Dominicana*, de 22 de febrero del 2001, presentó el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

⁵¹ CIDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). Párr. 146 y 191.

⁵² CIDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 124.

esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁵³ En su decisión sobre el caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana, la Corte afirmó que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”⁵⁴

[107] La acción de inconstitucionalidad de la PGR expone extensamente⁵⁵ la finalidad de la adopción y la importancia de tomar en cuenta los intereses del menor adoptado, la importancia de respetar los derechos de las niñas y los niños y los adolescentes, sin embargo nunca se prueba la relación entre el supuesto daño al interés superior del niño y la posibilidad de que parejas homosexuales adopten. Es decir, la PGR no demuestra por qué considera que vivir con una familia homoparental pueda implicar o significar un daño, ni mucho menos por qué integrar a un menor a una familia homoparental pueda implicar no tomar en cuenta los intereses del adoptado y que esto sea una desventaja o una discriminación.

[108] La reforma al artículo 146 del Código Civil por parte de la ALDF y la relación de éste con el artículo 391 del mismo Código, no pone en discusión el hecho de que el *interés* superior de los niños tenga prelación por encima del *deseo* de adoptar de un individuo o pareja (homosexual o heterosexual) como parece entender la PGR. Esta Corte debe tener en consideración que para adoptar se debe someter al solicitante (individuo o pareja) a un proceso de escrutinio estricto por parte de la autoridad⁵⁶ encargada en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF)⁵⁷ así como por el juez de lo familiar que conozca de la causa, donde debe siempre prevalecer el interés superior del menor.

[109] Para resguardar el interés superior del niño, el proceso de adopción debe ser realizado caso por caso; debe ser entendido como un proceso de compatibilidad entre menores y familias, es decir, las autoridades o instituciones a cargo de menores

⁵³ *ibid.* Párr. 163. Así como: *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, supra nota 122, párr. 56; y cfr. *Caso Bulacio*, supra nota 6, párr. 134.

⁵⁴ CIDH. sentencia de 8 de septiembre de 2005 CIDH. Párr. 134.

⁵⁵ Ver Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 págs. 67 a 99.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos en su *opinión consultiva oc-17/2002* de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos define el interés superior del niño en los párrafo 58: “El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: 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 atenderá será el interés superior del niño.”

⁵⁷ De acuerdo con las obligaciones que México adquirió como parte en el *Convenio de la Haya* en 1993, corresponde al Sistema DIF la supervisión y seguimiento de todas las adopciones de carácter nacional.

huérfanos, deben buscar familias de acuerdo con las necesidades de cada niño. Precisamente la garantía y promoción del interés superior del niño se realiza en la medida en que se toman en cuenta sus necesidades y no las de los adoptantes. Por eso las prohibiciones generales, como la que se busca en la acción de inconstitucionalidad de la PGR con motivo de la orientación sexual, no sólo son irracionales sino que, además, tienen el efecto de reducir el “acervo” de adoptantes potenciales.

[110] La salvaguarda del interés superior del niño que se integrará a una familia a través de la adopción se encuentra protegido por las autoridades encargadas de regular el procedimiento de adopción en México a cargo del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). De acuerdo con las obligaciones que México contrajo como parte del Convenio de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993 y de la Ley de Asistencia Social expedida en 2004, corresponde al Sistema DIF la supervisión y seguimiento de todas las adopciones de carácter nacional. A partir de esto, todas las instituciones tanto privadas como públicas en todos los estados están obligadas a informar sobre las adopciones al Sistema.

[111] Sin embargo, en el Diagnóstico de la Adopción en México elaborado por el DIF y la Secretaría de Salud en 2006⁵⁸, se reporta que el procedimiento de adopción regulado en todo el país a través del DIF todavía se encuentra muy por debajo de los estándares internacionales y de las obligaciones que México adquirió como parte en el Convenio de la Haya en 1993. Según el Diagnóstico “el proceso de adopción tiene fallas e inconsistencias que no han sido atendidas. Como tarea sustantiva es necesaria la revisión y unificación de criterios; la unificación en lo posible de un marco normativo y la estandarización de los procedimientos, criterios de asignación, seguimiento y evaluación en el ámbito nacional. Además, como tarea adjetiva, la sistematización de la información que permita la orientación y la toma de decisiones, garantizando las condiciones de equidad para que todos los niños y las niñas puedan beneficiarse de la adopción, en un marco de honestidad, transparencia, ética, profesionalismo y agilidad en el procedimiento.”⁵⁹

[112] De acuerdo con los datos del Diagnóstico, 30 Sistemas Estatales adoptaban ya para 2006 el procedimiento único. Más adelante se puede consultar en el mismo documento que para 2006 el 70% de esos estados contaban ya con un proceso único establecido para la atención de las solicitudes de adopción. De ellos sólo 24 estados realizaban el procedimiento de idoneidad, 18 realizan un curso de formación para padres y 27 dan un seguimiento post adopción. 30 entidades que cumplen con el procedimiento único

⁵⁸ *Diagnóstico de la Adopción en México*. http://dif.sip.gob.mx/archivos/diagnostico_adopcion.pdf Consultado el 3 de junio de 2010.

⁵⁹ Página 7 del Diagnóstico de la Adopción en México.

realizan valoraciones psicológica⁶⁰ y social⁶¹, cerca de 29 valoran el aspecto médico y poco más de 10 valoran otro tipo de aspectos.

[113] Un dato importante en relación con la garantía del interés superior del menor es que en el 97% de los casos, de los 30 Sistemas Estatales que adoptan el procedimiento único, manifiestan que el proceso de integración del menor a la familia se realiza de manera previa al inicio del juicio de adopción. Además, en el 100% de los Sistemas Estatales DIF que dieron respuesta al cuestionario, el proceso de integración a la familia es supervisado por personal profesional de la institución. De los 30 Sistemas Estatales, 63% reportaron dar un seguimiento post adoptivo.

[114] En 2006 se reportaron 2,817 solicitudes de adopción, de las cuales el 92% se recibieron en los Sistemas Nacional y Estatales del DIF, el 8% restante de instituciones públicas, privadas o particulares. El Diagnóstico reporta que el 68% de las solicitudes de adopción concluyen satisfactoriamente el proceso de adopción. El 100% de los 30 estados encuestados cuentan con lista de espera cuyo número de solicitudes de adopción aprobadas que se encuentran en espera de asignación, con corte al mes de diciembre de 2006 fue de 1,667.

[115] Según proyecciones del Consejo Nacional de Población, en el Diagnóstico de la Adopción en México se estima que para 2010 México tendría una población de 100 millones y entre ellos, habría cerca de 30,000 niños y niñas en casa hogar, orfanatorios y casas cuna. Dicha población de menores se irá incrementando gradualmente hasta llegar a los 33,242 para 2050, donde según el INEGI, México contaría con una población de 125 millones. Estamos hablando de más de 30 mil menores que tienen el derecho a tener una familia.

[116] Datos del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) del año 2005⁶², señalaron que en México había **1.6 millones de niños huérfanos** debido a diferentes causas. De acuerdo con el Diagnóstico de la Adopción en México existen poco más de **28 mil menores en centros de asistencia públicos y privados** en las 32 entidades del país⁶³. Todos ellos, son menores en espera de una familia.

⁶⁰ La valoración psicológica es realizada por una psicóloga clínica en el 93% de los 30 Sistemas Estatales del DIF encuestados. La valoración se integra por entrevistas, pruebas psicológicas, autobiografía, integración de resultados y diagnóstico o conclusiones. 29 Sistemas Estatales del DIF cuentan con criterios que permiten la orientación de la valoración psicológica.

⁶¹ La valoración social incluye aspectos como la entrevista preliminar, la visita domiciliaria, la integración de estudios y otras cuestiones relevantes para determinar la idoneidad de los solicitantes como adoptantes. En el 93% de los casos encuestados por el DIF la valoración social se basa en criterios generales y documentados.

⁶² www.unicef.org/spanish/infobycountry/mexico_statistics.html

⁶³ Página 11 del Diagnóstico.

[117] El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece⁶⁴ las obligaciones del Estado para con los menores en caso de adopción. De ello se desprende que es en el mejor interés del niño si los padres pueden relacionarse directamente con él o ella y asistir al menor en su desarrollo y en sus problemas. La evidencia indica que no hay mejor modo de promover el interés de los menores por parte de la autoridad que darle una familia estable, que le dé amor y apoyo, y esto puede ser a través de padres heterosexuales, pero también homosexuales. ¿Podemos estar seguros de que ese bebé abandonado estaría mejor en la casa cuna que con unos padres homosexuales que le den el amor y cuidado que necesita? ¿Puede acaso el Estado decir que actúa en el mejor interés del menor cuando niega de entrada a una persona homosexual la adopción de un menor con una discapacidad mental o física, que de otra forma tendría que permanecer en la casa hogar por el resto de su vida? ¿El interés superior de niño se respeta cuando no se permite que un adolescente homosexual sea adoptado por una persona o a una pareja homosexual? ¿Qué sucede con las adopciones secundarias, en los casos de los hijos biológicos de una persona homosexual que se casa con su pareja?

[118] Las convenciones que protegen los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes reconocen en ellos el derecho a decidir, si están en condiciones, sobre la adopción. ¿Sería en el mejor interés del menor imponerles unos padres heterosexuales, sólo por el hecho de que para la PGR esta es la familia ideal que la Constitución protege y promueve? ¿Y qué pasa con esos hermanos que quieren separar, pero que la pareja de mujeres esta dispuesta a adoptar? Quizá sería mejor permitir que sean las autoridades encargadas de buscar una familia quienes determinen qué familia necesita cada niño, dependiendo de sus necesidades.

[119] Al permitir en la norma que se admita a todas las personas adoptar sin tomar en consideración su raza, sexo, orientación o religión, se abren las posibilidades de que la autoridad administrativa encargada de aplicar la ley encuentre una familia adecuada para cada menor. Las cuestiones de adopción, la idoneidad de los adoptantes y la

⁶⁴ Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

garantía y promoción del interés superior del niño deben ser decididas caso por caso a través de los procedimientos administrativos y judiciales. No es posible saber de antemano qué característica personal del adoptante será adecuada para el adoptado. Prohibir la adopción a los matrimonios homosexuales, únicamente por su orientación sexual, es equivalente a prohibir la adopción a los matrimonios pertenecientes a los Testigos de Jehová, únicamente por practicar esa creencia.

[120] Ser adoptado por un individuo o pareja heterosexual no es una garantía para el menor *per se*. Partir de la presunción de que sería desventajoso, discriminatorio o dañino para un menor vivir con unos padres homosexuales solamente por la orientación sexual de los padres, es en sí discriminatorio. La pretensión de la PGR discrimina no sólo a los potenciales matrimonios homosexuales, sino que discrimina a las familias homoparentales existentes, pues, aunque pretenda encubrir jurídicamente la homosexualidad, olvida la PGR que existen muchos menores en familias integradas por padres homosexuales. Establecer en una norma de carácter general que las parejas homosexuales no son aptas para adoptar menores y que ello sería dañino para los menores, constitucionaliza los prejuicios y discrimina a todos los menores que hoy viven con dos padres o dos madres y buscan precisamente que se deje de discriminarlos, parece que la PGR buscara perpetuar el rechazo de ciertas familias. En términos tanto de la Constitución, como del Derecho Internacional De los Derechos Humanos, en México no puede ser factor la condición sexual, religiosa o étnica de una persona para juzgar *a priori* que una persona puede ser un buen o un mal padre.

III. Jurisprudencia Aplicable

1. Corte Europea de Derechos Humanos

[121] En uno de los casos más recientes en que la Corte de Estrasburgo se ha pronunciado a favor de la adopción por parte de personas homosexuales es el de E.B. vs. Francia⁶⁵. En él la Corte ha reiterado que "para efectos del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, lo que significa que no persigue un fin legítimo y que no hay proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende realizar. Cuando la orientación sexual es el asunto en cuestión, existe la necesidad de que las razones sean particularmente convincentes y de peso para justificar la diferencia de trato con respecto a los derechos contenidos en el artículo 8 de la Convención. En este sentido la Corte observa que la Convención es un "instrumento vivo" que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes. En opinión de la Corte, si las razones

⁶⁵ *Caso E.B. v. France* (Application no. 43546/02) Judgment ECHR Strasbourg 22 January 2008. Ver. Párr: 4-6. La Corte cita como relevantes: *inter alia*, Karlheinz Schmidt, §24; Petrovic, § 30; and Salgueiro da Silva Mouta, §29. *mutatis mutandis*, Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, § 89, ECHR 1999-VI; Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom, nos. 31417/96 and 32377/96, §82, 27September 1999; and S.L. v. Austria, no. 45330/99, § 37, ECHR 2003-I. *inter alia*, Johnston and Others, citado, § 53. see Salgueiro da Silva Mouta, citado, § 36.

presentadas para tal diferencia de trato estuviesen basadas únicamente en las consideraciones sobre la orientación sexual de la aplicante, esto implica una discriminación bajo los términos de la Convención.” La Corte se apoya a su vez en los casos que se han presentado a su consideración y que versan también sobre parentalidad de personas homosexuales y discriminación con motivo de su orientación sexual; *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal (2000)*⁶⁶ y *Kerkoven & Hinke contra Países Bajos (1992)*⁶⁷. También es relevante *Karner contra Austria (2003)*⁶⁸ para efectos de discriminación con motivo de la orientación sexual. En todos ellos la Corte ha llegado a la conclusión general de que la orientación sexual de las personas no es una razón para limitar su derecho a formar una familia.

[122] En el caso *Fretté vs. Francia* de 2002, el Sr. Fretté le fué rechazada su aplicación para adoptar a un menor de edad por su orientación sexual. La Corte falló que “Excluír a todas las personas homosexuales solteras de la posibilidad de adoptar con base en el interés del menor que necesita unos padres adoptivos, demuestra que la diferencia de trato estaba basada en la orientación sexual del aplicante [...] y si esto es así entonces hubo una violación al artículo 14 de la Convención, pues prohíbe una diferencia de trato basada en la orientación sexual”. Más adelante consigna: “Aunque el Gobierno refiere como motivo de la negativa los intereses del menor, lo que está en juego en el instante de la solicitud no son los intereses de un menor en específico, sino los de todos los menores en el mundo que necesitan padres adoptivos. La irrefutable presunción de que ningún homosexual provee garantía suficiente para proporcionar un hogar adecuado a un menor adoptado, lo que es precisamente el corolario de la referencia de ese interés,

⁶⁶ *Op. Cit.* Este caso a un padre homosexual le fué negada la custodia de su hija debido a que él le brindaba un ambiente familiar menos tradicional que el que le ofrecía la madre. La Corte falló en forma unánime a favor del argumento del padre, en cuanto a que el tribunal portugués había violado sus derechos protegidos por el Artículo 8 y el Artículo 14 de la Convención Europea, dado que la única consideración nueva del tribunal para revocar un veredicto anterior que le había otorgado la custodia al padre, fueron argumentos que invocaban específicamente su orientación sexual.

⁶⁷ *Op. Cit.* En este caso los tribunales holandeses decidieron que dos mujeres que vivían juntas y criaban a la criatura de una de ellas no constituían una familia. La Corte interpretó el artículo 8 de la Convención Europea de forma amplia y concedió la razón a las demandantes.

⁶⁸ *Karner v. Austria* (Application no. 40016/98) Judgment ECHR Strasbourg 24/10/2003. Párr. 39 en adelante. En este caso sobre la negativa del Gobierno a proporcionar una pensión de viudez a parejas de hecho por razones de su orientación sexual, la Corte explica que podría aceptar el sentido de la obligación de protección de la familia en el sentido tradicional, pues es en principio una razón de peso y legítima que puede justificar una diferencia de trato. Sin embargo, queda por dilucidar si el principio de proporcionalidad ha sido respetado. El objetivo de proteger a la familia en el sentido tradicional requiere de la implementación de una variedad abstracta y amplia de medidas concretas. En los casos en que el margen de apreciación otorgado a los estados sea estrecho, como lo es en la posición donde la diferencia de trato está basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no requiere solamente que esa medida elegida sea adecuada para realizar ese fin. Se debe demostrar también que la medida era necesaria para lograr ese fin, que la Corte no encuentra en las razones del Gobierno argumentos para llegar a la conclusión de que sea proporcional al fin, el excluir a ciertas categorías de personas – en este caso las personas viviendo en una relación homosexual-. En el mismo sentido: *case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (Application no. 33290/96) Judgment ECHR Strasbourg 21/03/2000 In accordance with the case-law of the Convention institutions, a difference of treatment is discriminatory within the meaning of Article 14 if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see the *Karlheinz Schmidt v. Germany* judgment of 18 July 1994, SeriesA no. 291B, pp. 32-33, § 24).

refleja un prejuicio social y un miedo irracional de que los menores criados por personas homosexuales 'estarían en mayor riesgo de volverse homosexuales o de desarrollar problemas psicológicos' y la creencia de que sufrirían en cualquier caso de los prejuicios homofóbicos contra sus padres adoptivos. A través de la suposición de que los homosexuales son padres menos cariñosos y atentos, el prejuicio social niega la existencia de la común humanidad entre homosexuales y heterosexuales. Numerosos estudios científicos han demostrado la irracionalidad de esa suposición y ninguno ha presentado evidencia alguna de las supuestas 'incertidumbres que afectarían el desarrollo del menor' si éste fuera adoptado por una persona homosexual, incertidumbres en las que el argumento del Gobierno se basa."⁶⁹

2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

[123] A principios de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió su informe final sobre el caso de Karen Atala e Hijas vs. Chile⁷⁰, en donde se resuelve acerca de la custodia de tres hijas biológicas de Atala, quien mantiene una relación homosexual. La Comisión resolvió a favor de Atala pues no encontró en su orientación sexual razón alguna para prohibirle la convivencia con sus hijas, más aún, la Comisión recomienda a Chile reparar el daño causado a Karen Atala y sus hijas, así como adoptar legislación y medidas no discriminatorias en contra de las personas homosexuales.

[124] En el documento de la CIDH se analizan el derecho a la igualdad, la no discriminación, el reconocimiento de categorías sospechosas para la aplicación del test de escrutinio estricto de las medidas que diferencien entre personas. En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza⁷¹.

⁶⁹ ECHR. *Fretté v. France* (26.05. 2002) Application no. 36515/97. párr. 28 , 32 y 34.

⁷⁰ *Karen Atala e Hijas v. Chile*. Caso 12.502. Ver CIDH, Petición Karen Atala e hijas vs. Chile, 1271-04 Informe 42/08, www.cidh.org.

⁷¹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84*, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55, citado en la demanda presentada en el caso de César Contreras. Ello se relaciona directamente con la tesis adoptada por esta Corte: Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009 Página: 8 Tesis: P. LXV/2009

Tesis Aislada Registro No. 165813. Materia(s): Constitucional. DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.

[125] La Comisión explica que "cuando las distinciones se encuentren basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, existe un consenso en el sentido de que el examen o *test* que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato es especialmente estricto. Esto se debe a que por su naturaleza dichas categorías son consideradas 'sospechosas'⁷² y por lo tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana. En tal sentido, sólo pueden invocarse como justificación 'razones de mucho peso' que deben ser analizadas de manera pormenorizada. Este análisis estricto es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean a las categorías sospechosas de distinción."⁷³ Más adelante la Comisión señala que la orientación sexual ha sido aceptada como categoría sospechosa tanto por la Corte Europea, como por el Comité de Derechos Humanos, pues "ambos organismos han establecido de manera consistente que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación de los tratados internacionales respectivos. Asimismo, se ha establecido la aplicación de un escrutinio estricto cuando la distinción se basa en la orientación sexual. Además del consenso que existe en el sistema de casos mencionado en el párrafo precedente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció recientemente que la 'orientación sexual' es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de 'cualquier otra condición social'."⁷⁴

⁷² De acuerdo con la Suprema Corte de los Estados Unidos se debe realizar un escrutinio estricto en el caso de medidas discriminan contra un grupo identificable como de riesgo. Éstos grupos deben cumplir con tres características para ser identificadas como pertenecientes a una categoría sospechosa: (i) si están sujetas a prejuicios; (ii) si existe un historial de discriminación, pasado y presente; y, (iii) si el grupo carece de poder político. Ver: *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado los siguientes criterios para determinar si una categoría es sospechosa: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales." Ver: Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-101/05* discutida en CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/III. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80, nota 113.

⁷³ *Karen Atala e Hijas v Chile*. Párr. 96. Se citan: Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Párr. 211. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC- 18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 84. CIDH: *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. , Doc. 68. 20 enero 2007. Párr. 81 a 83. Entre otros.

⁷⁴ *Karen Atala e Hijas v Chile*. Párrafos 100 y 101. Se cita: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2 de julio de 2009. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Párrs. 15 y 27.

3. Suprema Corte de Justicia de la Nación

[126] Esta Corte ha expresado en diversas ocasiones⁷⁵ una postura garantista a favor de una interpretación abierta de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución conforme con las obligaciones en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la jurisdicción de las instituciones internacionales protectoras de derechos humanos. En especial se encuentra esta tesis:

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos⁷⁶.

[127] En este mismo sentido, la Suprema Corte mexicana ha asumido que ante el caso de "categorías sospechosas"⁷⁷, como lo son las contenidas en el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, se deba realizar un test de escrutinio estricto para verificar si las

⁷⁵ Registro No. 169108. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Agosto de 2008. Página: 1083. Tesis: I.7o.C.46 K. Tesis Aislada Materia(s): Común. DERECHOSHUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Registro No. 180431. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Septiembre de 2004. Página: 1896. Tesis: I.4o.A.440 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTANDERECHOSFUNDAMENTALES.

Registro No. 179233. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005. Página: 1744. Tesis: I.4o.A.464 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. PRINCIPIOPROHOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

Registro No.172003, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Julio de 2007, Página: 265, Tesis: 1a. CXLII/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. INTERÉSSUPERIOREDELNIÑO. SU CONCEPTO.

⁷⁶ Registro No. 168312. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Diciembre de 2008. Página: 1052. Tesis: I.7o.C.51 K. Tesis Aislada. Materia(s): Común. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DEDERECHOSHUMANOS.

⁷⁷ Ver nota al pie num. 32.

medidas que dan trato diferencial a las personas son legítimas y proporcionales al fin que la autoridad busca⁷⁸. En especial la siguiente tesis de jurisprudencia:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 10. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto [...] Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de

⁷⁸ Registro No.164779. Localización:Novena Época. Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXXI, Abril de 2010
Página: 427. Tesis: 2a./J. 42/2010. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional. IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.

Registro No.169490. Localización:Novena Época. Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008.
Página: 439. Tesis: 2a. LXXXV/2008. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD. Ejecutoria: Registro No. 21182. Asunto: AMPARO EN REVISIÓN 1260/2006. Promovente: EDUSER INMOBILIARIA, S.A. DE C.V. Localización:9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Octubre de 2008; Pág. 576.

Registro No.169209. Localización:Novena Época. Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008
Página: 462. Tesis: 1a. LXVI/2008. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Registro No. 168069. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX, Enero de 2009. Página: 2788. Tesis: I.4o.A.666 A. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa. PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO.

salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas [...] En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.⁷⁹

4. Estudios sobre los efectos de la homoparentalidad en menores bajo su crianza

[128] Desde que la homosexualidad fue descartada del Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales, instituciones privadas y gubernamentales de diversas áreas (pediátricas, sociológicas, legales y psicológicas) han realizado diversos estudios para medir si existen verdaderamente perjuicios en el desarrollo social y psicológico de menores viviendo en familias homoparentales, y si las personas homosexuales pueden ser “buenos padres”. Más de 30 años de estudios han demostrado de forma general que los niños, niñas y adolescentes que han crecido con padres o madres homosexuales no presentan ninguna desventaja con respecto de otros menores en familias tradicionales.

[129] Existe un estudio⁸⁰ realizado por la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas (IGLHRC por sus siglas en inglés) que presenta un enfoque **internacional** sobre la cuestión de la pater/maternidad homosexual. En este trabajo de investigación la IGLHRC realiza un muestreo de la legislación internacional vigente sobre matrimonio, familia y parentalidad de personas homosexuales, así como un estudio sobre la realidad de las familias homoparentales. El estudio concluye con una serie de recomendaciones en el sentido de asegurar los derechos de las personas LGTBI, levantar los límites y barreras que existen en el derecho de familia de la gran mayoría de países y llevar a cabo medidas pertinentes para acabar con los prejuicios y la discriminación de personas homosexuales.

[130] En un estudio realizado por encargo del Ministerio de Justicia Federal Alemán por el Instituto Bávaro de Investigación Familiar de la Universidad de Bamberg y que fue complementado con un estudio psicológico de menores del Instituto Bávaro de Pedagogía Temprana en Munich, se muestra que la orientación sexual de los padres no es una garantía ni ningún impedimento para ser un buen padre o formar una familia en donde se busque el bienestar del menor⁸¹.

⁷⁹ Registro No.169877. Localización: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. Materia(s): Constitucional. IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).

⁸⁰ *Concebir La Mater/Paternidad: Ser Madres, Ser Padres, y los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgenero, Sus Hijas E Hijos*. 2000. Consultado el 6 de junio de 2010: <http://www.lasotrasfamilias.cl/documentos/iglhrc.pdf>

⁸¹ Estudio del Ministerio Federal de Justicia Alemán. Consultado en diciembre de 2009. http://www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Adoption/LSVD_Essentiels-BMJ-Studie.pdf

[131] Un estudio⁸² de la *American Civil Liberties Union (ACLU)* describe los resultados de 25 estudios de parentalidad homosexual realizados en los Estados Unidos. En ellos, se evalúan distintos parámetros, entre los que se encuentran: el desarrollo emocional y psicológico del menor, su bienestar y ajuste con otros menores, relaciones con otros menores, desarrollo cognitivo, funcionalidad social y escolar, prácticas y actitudes de los padres o madres, el bienestar psicológico de los padres o madres, sexualidad de los hijos. En ninguno se encontraron diferencias entre menores en familias heteroparentales y homoparentales. En general los menores evaluados presentaron relaciones saludables con otros niños y niñas, un desarrollo emocional y psicológico normal, relaciones saludables con sus padres o madres, con sus abuelos. En general, los problemas a los que los menores se enfrentan, respecto de su salud emocional y psicológica, y sus relaciones para con su familia y otras personas, o su desempeño en la escuela, no difieren con respecto de otros menores.

[132] Un estudio⁸³ estadounidense de la *American Psychological Association* demuestra que las parejas gay son tan estables y felices como las parejas heterosexuales, con el "inconveniente" de no poder formalizarse (jurídica y socialmente) y ser, por lo tanto, víctimas del rechazo y la discriminación.

[133] En España existen también estudios como: "Desarrollo psicológico en las nuevas estructuras familiares", que llevaron a cabo las Universidades del País Vasco y Sevilla, bajo la dirección del profesor Enrique Arranz y de Alfredo Oliva. Este estudio ponía de manifiesto que otras estructuras familiares diferentes a la tradicional (monoparentales, homoparentales, adoptivas, reconstituidas o múltiples) podían ser contextos tan favorables o más para el desarrollo de niños y niñas. Los resultados indicaron que fueron las familias homoparentales las que alcanzaron una puntuación más alta desde el punto de vista de la calidad del contexto familiar para la promoción del desarrollo infantil. En estos hogares se encontraron ambientes muy estimulantes, estilos parentales de crianza muy adecuados y escasa conflictividad marital; todo lo que de acuerdo con los autores, un niño necesita para crecer sano y feliz. De acuerdo con Alfredo Oliva: "los resultados de este estudio coinciden con los de otros, llevados a cabo tanto dentro como fuera de España, en indicar que la familia homoparental representa un contexto tan válido como otro cualquiera para que un niño o niña crezca sin ningún tipo de problema, siempre que unos adultos atentos y cariñosos cuiden de él."⁸⁴

[134] Asimismo, con motivo de la reforma a la ley civil en España que permite tanto el matrimonio homosexual, como la adopción para matrimonios homosexuales, se

⁸² Estudio *Too High A Price. The Case Against Restricting Gay Parenting*. Consultado el 9 de junio de 2009. http://www.aclu.org/images/asset_upload_file480_27496.pdf

⁸³ Estudio APA. Consultado en diciembre de 2009. <http://www.apa.org/pi/lgbcpolicy/marriage.pdf>

⁸⁴ Ver: *Desarrollo psicológico en las nuevas estructuras familiares*. Enrique ARRANZ FREIJO y Alfredo OLIVA DELGADO. Ed. Piramide. 2010. Reflexiones de un Psicólogo Evolutivo. Blog personal de Alfredo Oliva. <http://alfredo-reflexiones.blogspot.com/2008/10/familias-homoparentales.html> consultado el 9 de junio de 2010.

publicaron⁸⁵ una serie de opiniones de expertos, así como el informe del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid realizado en el año 2002 sobre la adopción por parte de las parejas homosexuales, junto con una serie de investigadores del departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla. En él se analizaron las dinámicas familiares, vida cotidiana y desarrollo infantil y adolescente dentro de este tipo de familias, denominadas homoparentales por los autores. El estudio concluye: "Lo importante de un hogar no es su forma externa, si está construido de piedra o de madera, si tiene una o dos plantas o si tiene tejado o azotea. Lo importante, realmente, es que sirva para las funciones de acomodo y protección que debe ejercer". Se estudiaron los casos de 28 familias: 15 de ellas compuestas por madres lesbianas con hijos de anteriores relaciones heterosexuales; 10 por madres lesbianas o padres gays que tuvieron a sus hijos por adopción o por inseminación artificial y tres en las que los padres no tenían la custodia pero convivían con los hijos. "El respeto a los demás y la tolerancia" es uno de los valores centrales de la educación en estas familias, caracterizadas además por "niveles altos de afecto y comunicación y niveles generalmente bajos de conflicto".

[135] En Brasil se ha publicado el estudio "Adopción por Homosexuales"⁸⁶ mismo que ha sido citado por la Corte Suprema de ese país al reconocer la adopción de dos menores por parte de una pareja homosexual.

[136] En **Francia** existe el estudio *Les Enfants du PACS – Réalités de l'Homoparentalité* (Niñas/os del PAC – Realidades del homomater/paternidad) en donde se afirma que "El razonamiento de jueces y políticos acerca de los derechos parentales de los gays y los derechos maternales de las lesbianas suele fundarse en dos premisas falsas: a) no hay en la actualidad ninguna pareja del mismo sexo que tenga hijas o hijos; b) para impedir que tales parejas tengan hijas o hijos alcanza no legislar a favor de los derechos de gays y lesbianas a la adopción."⁸⁷

[137] En Australia se ha publicado el *Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Parented Families. A Literature Review prepared for the Australian Psychological Society*,⁸⁸ en donde se demuestra que los menores criados en familias homoparentales no tienen ninguna desventaja con respecto de otros menores criados en familias tradicionales.

⁸⁵ Estudio en España en la nota de El Mundo.es octubre de 2004. Consultada en junio de 2010. En la nota se tiene acceso a las opiniones de diversos especialistas sobre la adopción por parte de parejas homosexuales, en general la opinión es favorable. Consultar: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2004/09/30/pediatria/1096566915.html>

⁸⁶ Decisión de la Corte Superior de Justicia de Brasil de fecha 27 de abril de 2010. Recurso especial 889 852-RS. 2006/0209137-4. *Adoção por Homossexuais - A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*. Mariana de OLIVEIRA FARIAS e Ana Cláudia BORTOLOZZI. Editora: Juruá Editora. 2009.

⁸⁷ El texto de Leroy-Forgeot describe presupuestos que subyacen a las leyes y políticas de muchas naciones: que (tal vez con algunas poquísimas excepciones) las lesbianas, gays, personas bisexuales y transgénero no están ya criando niñas o niños (en forma individual o en parejas); que el Estado debería impedirle que lo hagan y que puede hacerlo (Cita del Informe de la IGLHRC op. Cit. Pag. 2.

⁸⁸ Consultado el 9 de junio de 2010. <http://www.psychology.org.au/Assets/Files/LGBT-Families-Lit-Review.pdf>

[138] La revista *Pediatrics* ha publicado primero en 2006⁸⁹ y recientemente en 2010⁹⁰, sendos estudios que reportan los efectos positivos de los matrimonios y uniones civiles en menores de edad en los Estados Unidos.

[139] En el Reino Unido, Stonewall UK, ha publicado en junio de 2010 *Different Families - The experiences of children with lesbian and gay parents*,⁹¹ en donde se pueden leer experiencias de menores viviendo en hogares homoparentales y cómo coinciden en que los problemas que enfrentan son los prejuicios de otros.

[140] En el caso *Karen Atala e Hijas vs Chile*⁹², la Comisión Interamericana se refiere a informes de entidades como la Organización Panamericana de la Salud, el Departamento de Psicología de la Universidad de Chile, y la Facultad de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en donde se refiere que los menores educados en familias homosexuales no sufren desventajas psicológicas ni sociales, ni diferencias significativas en su desarrollo en comparación con menores educados en familias heterosexuales, y no serán necesariamente discriminados por sus pares.⁹³

[141] En México se ha publicado la disertación de María de los Angeles Haces, *¿Maternidad Lesbica, Paternidad Gay? Del autorreconocimiento homoerótico al ejercicio parental. Una aproximación antropológica a las homofamilias*,⁹⁴ en donde la autora hace una investigación profunda, teórica y de campo, sobre el tema de la parentalidad de personas homosexuales en México. La autora concluye que: "desde la perspectiva de estos padres y madres, sus hijos tienen ciertas ventajas en comparación con los hijos de padres heterosexuales. Estos varones y mujeres por su propia historia de vida han tenido que ser muy reflexivos en cuanto a ellos mismos, a su realidad sexoafectiva, a su familia, a su maternidad y paternidad. Lo que los ha capacitado y habilitado para que al momento de ejercer roles paternos y maternos lo hagan, entre otras cosas, de forma negociada con la pareja. Lo anterior ha otorgado a sus hijos ciertas habilidades que no todos los niños tienen. Los varones y mujeres afirman que sus hijos han tenido que vivir diversos sucesos que si bien han sido difíciles, los han colocado ante situaciones que les obligan a madurar."⁹⁵ Sobre la parentalidad, Ángeles Haces concluye que: "la reproducción de los roles parentales es otro aspecto que resultó más que evidente. Estos hombres y mujeres

⁸⁹ American Academy of Pediatrics: *The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-being of Children*. *Pediatrics*. Vol. 118 No. 1 July 2006, pp. 349-364. Consultado el 8 de junio de 2010 <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/reprint/118/1/349>

⁹⁰ *US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*. *Pediatrics* Doi:10.1542/peds.2009-3153. Publicado el 7 de junio de 2010. Consultado la misma fecha: <http://pediatrics.aappublications.org/cgi/reprint/peds.2009-3153v1>

⁹¹ Consultado el 9 de junio de 2010. http://www.ilga-europe.org/home/issues/families/parenting/extrenal_resources/different_families_the_experiences_of_children_with_lesbian_and_gay_parents

⁹² *Vid. Op. Cit.* Cita num. 58.

⁹³ *Caso Karen Atala e Hijas v Chile*. *Op. Cit.* Párr. 59.

⁹⁴ Tesis Doctoral presentada en el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. México, 2006.

⁹⁵ HACES, Ma de los Ángeles. *Op. Cit.* Página 225.

ejercen su maternidad y paternidad de forma similar a los sujetos que tienen como pareja sexoafectiva a una persona de otro sexo/género, aunque existen algunas diferencias, éstas son producto de aspectos personales, como la formación académica y la propia reflexión sobre el ejercicio materno o paterno que han llevado a cabo. La parentalidad, entonces, no es un ejercicio que esté determinado por a quién se ama y con quién se tienen relaciones sexuales.”⁹⁶

[142] Respecto a la identidad de género que pueden asumir los hijos de familias homoparentales y que parece ser parte de la oposición al derecho de las personas homosexuales a adoptar o reproducirse, los estudios comparativos entre familias heterosexuales y homosexuales muestran que los hijos de lesbianas y homosexuales siguen el patrón esperado de identidad de género. Los hijos de las generaciones de los últimos 20 años de familias homoparentales muestran que, la “preferencia” de los padres no define en nada su propia identidad sexual. Si el temor es que los hijos de padres homosexuales sean a su vez homosexuales, cabe preguntarse cómo es que los hijos de madres y padres heterosexuales asumen una orientación o preferencia sexual distinta a la de estos.

[143] El mayor riesgo que corren los hijos de lesbianas y homosexuales es un ambiente hostil a la homosexualidad fuera de sus casas, en los espacios públicos y otras instituciones como la escuela, y lo que cuestionan específicamente es más el engaño, la verdad silenciada, la mentira piadosa, que daña su percepción de la realidad.

[144] La experiencia de las familias homoparentales ha aportado una consciencia más amplia y comprometida con la diversidad cultural y la diferencia sexual, resultado de las características de responsabilidad, compromiso y voluntad que implica la decisión de fundar una familia homoparental. Cuando los hijos de lesbianas y homosexuales crecen en una comunidad que muestra señales homofóbicas, como las que se perpetuarían al rechazar la posibilidad de adoptar por parte de personas homosexuales, evitan revelar la orientación sexual de sus padres o madres pues temen ser objeto de discriminación, ello sí supone una violación a sus Derechos Humanos pues los confina al ostracismo y la invisibilidad y los despoja de los derechos en cuyo nombre se quiere negar la existencia de sus propias familias. Además, en el ámbito público –del que todos somos responsables–, las actitudes hirientes de los compañeros y amigos también igualmente se dan cuando se trata de niños de otro color de piel, de una religión distinta, de otra nacionalidad o con una discapacidad. El asunto es enseñar a los niños y a los adultos a respetar todas las diferencias y a no permitir la discriminación de nadie⁹⁷.

[145] Pocos días después de presentada la acción de inconstitucionalidad de la PGR, el DIF-DF se pronunció en favor de la adopción de menores por parte parejas del mismo sexo, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos y evaluaciones que se aplican a

⁹⁶ *ibid.* Páginas 233 y 234.

⁹⁷ LAMAS, Marta. “¿Por qué tanto miedo?” en Proceso, No. 1737, enero de 2010. Pag. 55.

cualquier interesado. La directora de la institución, Martha Patricia Patiño, dijo que la ética de una persona no se define por su preferencia sexual y, por lo tanto, no es condicionante para la adopción de un menor. (Reforma, Excelsior, Crónica, 19/02/10)

[146] Resulta que la evidencia a favor de la crianza de menores en familias homoparentales es rica y abundante y se tiene ya una experiencia de más de 30 años, de manera que sólo es posible concluir que la pretensión de la acción de inconstitucionalidad de la PGR es que esta Corte mantenga jurídicamente protegidos prejuicios que no hacen más que discriminar a un grupo de personas por su orientación sexual. En su decisión en el caso Palmer vs. Sidoti, el Ministro Burger de la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió a la juridificación de prejuicios, inaceptable en un régimen constitucional democrático:

“La cuestión sin embargo es si la realidad de los prejuicios privados y el posible daño que se pueden infligir son consideraciones permisibles para remover la custodia de un menor de su madre biológica. No tenemos gran dificultad en concluir que no lo son. La Constitución no puede controlar esos prejuicios, pero tampoco puede tolerarlos. Los prejuicios privados deben estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, directa o indirectamente, darles efecto. Los funcionarios públicos que han jurado cumplir la Constitución no pueden evitar una obligación constitucional por rendirse a los efectos hipotéticos de un prejuicio racial privado que ellos asumen que será amplia y profundamente compartido.”⁹⁸

III. Proporcionalidad de la medida propuesta en la Acción de Inconstitucionalidad de la PGR

[147] En el caso de la adopción, la PGR aduce que existe una colisión de valores entre el interés superior del niño y la posibilidad de que un matrimonio entre personas del mismo sexo pueda adoptar a ese menor. Si bien es cierto que el Estado como un todo está obligado a velar en todo momento por el interés superior del niño y a garantizar sus derechos y libertades, esta obligación se reparte entre las formas de ejercer el poder político del Estado. Es decir, velar por el interés superior del niño corresponde a todas las autoridades de las tres ramas en que clásicamente se divide el poder del Estado. En este sentido, el legislador está obligado a generar normas que coincidan con los intereses de los niños y las niñas y los adolescentes, y aunque es legítimo el interés del Estado de proveer para los mejores intereses de los menores de edad que necesitan ser adoptados, ello no significa que el legislador requiera hacer uso de medidas que excluyan categóricamente a todas las parejas homosexuales de la posibilidad de convertirse en padres y madres y de proveer de un hogar a un menor que lo necesita. Esta medida además de ser injusta, por no cumplir con los criterios de proporcionalidad, es además

⁹⁸ *Palmore V. Sidoti*. 466 U.S. 429. (1984). Citando a su vez *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217, 260-261 (1971).

contraria al interés superior del niño pues reduce sus posibilidades de ser adoptado por una persona o pareja que puede darle una familia.

[148] Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una familia, y es obligación de la autoridad tomar en consideración todos los factores que determinen qué familia o qué persona sería la adecuada para proveer el mejor interés del menor, sin discriminar de antemano a las personas a través de prejuicios infundados. El interés superior del niño es garantizado en la revisión casuística de cada adoptante y adoptado que es realizado por la autoridad administrativa y la judicial.

[149] El Estado mexicano está obligado a velar por el interés superior del niño en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 4 de la Constitución concretizado en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El interés superior del niño implica que el Estado tiene la obligación de reconocer, proteger, garantizar y promover los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La tarea del Estado va más allá de simplemente remover obstáculos para el ejercicio de los derechos de los menores, pues está obligado a establecer medidas para su protección activa, su vigilancia y promoción. Por ello, el interés superior del niño prevalece sobre el de los adultos, especialmente por encima de aquellos que de forma individual o en pareja pretenden adoptar a un menor de edad. Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de examinar el proceso de adopción deberán aplicar este estándar a todas las personas que presenten una solicitud de adopción.

[150] Por otro lado, el Estado mexicano está obligado a respetar el principio de igualdad y no discriminación en los términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del artículo 1 de la Constitución. Al no ser absolutos los derechos, puede el Estado establecer medidas que den un trato diferenciado a las personas siempre y cuando sean razonables y proporcionales con respecto a un fin legítimo. Sin embargo, considerar *ex ante* que la orientación sexual de una persona no es compatible con el interés superior del menor y descartar con antelación, y por la vía de una norma general, a todas las parejas homosexuales contradice plenamente a la Constitución mexicana y a los tratados internacionales de derechos humanos firmados por México.

[151] Existen estudios que demuestran que los menores de edad criados en familias homoparentales no sufren ningún daño y que tienen un desarrollo normal. Por ello, la pretensión de la PGR de limitar la adopción únicamente para las parejas y matrimonios heterosexuales, fundada en la protección del interés superior del niño, no cumple con los criterios de razonabilidad ni de proporcionalidad. Los argumentos presentados en la Acción de Inconstitucionalidad de la PGR se basan en estereotipos y prejuicios que no pueden ser aceptados por esta Corte de Justicia. Aceptar esos argumentos equivaldría a aceptar que el Estado puede violar derechos de minorías con base en la ignorancia compartida por un grupo de personas.

[64] Un Estado constitucional democrático implica que el Estado tiene la obligación positiva de promover los derechos de las minorías, así como promover la educación precisamente para erradicar estereotipos y desterrar prejuicios. Al ser los derechos humanos límite a la actuación del Estado, no pueden estar sujetos a las decisiones de mayoría y que esta Corte tiene la obligación de garantizar una Constitución democrática que rechaza la positivación de la discriminación. En consecuencia, esta Corte debe rechazar la pretensión de la PGR por contravenir la Constitución, así como el derecho internacional de los Derechos Humanos obligatorio en México por la vía del artículo 133.

CONCLUSIONES

1. En contra de lo afirmado por la PGR, el matrimonio es una institución dinámica que se ha adaptado y *debe* adaptarse a los cambios que se susciten en la sociedad y **no existen razones de peso para establecer un modelo único de familia** tal y como pretende la Procuraduría en su acción de inconstitucionalidad. De aquí se infiere entonces que existen razones fundadas para que la institución matrimonial se amplíe a las personas del mismo sexo.
2. Si en lugar de optar por la interpretación subjetiva del espíritu del legislador, se optara por la interpretación objetiva y sistemática y se siguieran los principios de interpretación constitucionales dinámicos (unidad, funcionalidad, integración, concordancia y fuerza normativa), además de tomar en cuenta el principio *pro homine*, se arribaría a las conclusiones a las que llegó el Distrito Federal para **ampliar derechos a un grupo de personas que han sido marginadas de la sociedad por su orientación sexual**.
3. Todos los individuos poseen el derecho a desarrollarse plenamente; a optar por el modo de vida que ellos consideran correcto (en la medida en que no se afecten derechos de terceros) y a encontrar los modos mediante los cuales ese proyecto de vida se materializa en la práctica. De acuerdo con lo anterior, hemos defendido que **el matrimonio constituye un medio para dar *publicidad* a las relaciones afectivas que libremente construyen los individuos y que es deber del Estado garantizarlo** para *todos* los ciudadanos para efectos de reconocerles la igual dignidad que poseen.
4. La reforma en el Código Civil del Distrito Federal remedia un sistema de *apartheid* sexual *de facto*, que solamente permite que algunos ciudadanos sean de primera, al poderse casar de forma libre.
5. La Asamblea Legislativa tiene la facultad para **modificar la definición de matrimonio** para incluir a las personas del mismo sexo y dicha modificación al Código Civil **es un ejercicio de federalismo** que trata de dar una solución, **democráticamente respaldada**, hacia el reconocimiento de grupos sociales tradicionalmente discriminados.

6. **La acción de inconstitucionalidad proviene del órgano con menos legitimidad democrática, el Procurador General de la República, y puede seriamente afectar el régimen federal** y las competencias legislativas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En este mismo contexto, no existen minorías parlamentarias con suficiente representación para presentar la acción localmente, ni la misma fue presentada por los órganos federales ni locales de protección de Derechos Humanos.
7. **Bajo el principio de entera fe y crédito** del artículo 121 de la Constitución y en consonancia al sistema federal, **los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en el Distrito Federal deben tener pleno reconocimiento en el resto de las entidades federativas.**
8. Las normas establecidas en el Código Civil para el D.F., están encaminadas a dar protección a los diversos tipos de familia, pues está proscrito cualquier tipo de discriminación que pretenda ejercerse sobre alguno de esos modelos de familia. Esas reformas no sólo no establecen distinciones que discriminen entre personas, sino que están encaminadas precisamente a terminar con la exclusión de la figura del matrimonio para personas del mismo sexo. Es por ello que, en todo caso, se debe ver con recelo aquellos **argumentos, como los presentados por la PGR, que buscan restringir derechos y perpetuar discriminaciones legislativas.**
9. La censura que pretende establecerse en contra de las recientes modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal debería establecer de manera clara una **justificación objetiva, razonable y proporcional que persiga un fin legítimo sin que se vulnere el derecho a la igualdad y la no discriminación.**
10. Apelar a circunstancias de hecho como puede ser que los niños adoptados puedan sufrir discriminación; que corran riesgos psicológicos al ser criados dentro de familias homoparentales, etc., no es una razón para negar el *derecho a tener una familia*. A partir de una premisa fáctica no puede darse el salto a una conclusión normativa sin caer en contradicción lógica. Por tanto **no puede apelarse a una posible situación fáctica o contrafáctica dada como razón para negar la posibilidad de adoptar por parte de parejas homosexuales.**
11. Que el Estado mexicano está obligado a velar por **el interés superior del niño** en los términos del derecho interno e internacional de los Derechos Humanos, ello implica que el Estado tiene la obligación de reconocer, proteger, garantizar y promover los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, sobre los de los adultos.
12. Que el Estado mexicano, en términos del derecho vigente, está obligado a respetar el **principio de igualdad y no discriminación** y que, aunque puede establecer medidas que den un trato diferenciado a las personas siempre y

cuando sean razonables y proporcionales con respecto a un fin legítimo, el hecho de considerar *ex-ante* que la orientación sexual de una persona como no compatible con el interés superior del menor contradice plenamente a la Constitución mexicana y a los tratados internacionales de Derechos Humanos firmados por México.

13. Que existen **estudios** que demuestran que los menores de edad criados en familias homoparentales no sufren ningún daño y que tienen un desarrollo normal. Se ha probado que científicamente es falso que las personas homosexuales están enfermas, sean anormales o sufran de un trastorno mental y que la creencia popular de que los homosexuales, *per se*, son incapaces de formar una familia, son inestables o que abusen de los menores de edad, está basada en estereotipos y prejuicios irracionales.
14. Que existen cerca de medio millón de familias homoparentales en México que sufren del rechazo social e invisibilidad jurídica al no existir la posibilidad de la adopción secundaria. Aceptar la pretensión del Procurador para **prohibir la adopción por parte de parejas homosexuales en razón de su orientación sexual, condena también a esas familias homoparentales ya existentes al rechazo, al estigma y a la discriminación.**
15. Que seguir afirmando la verdad de **prejuicios y falacias** que han sido científica y racionalmente probados como irracionales y como falsos, equivaldría a seguir afirmando que la tierra es plana, que el sol gira alrededor de la tierra, que los indígenas no tienen alma o que las mujeres son seres mentalmente débiles.
16. Que **la pretensión de la PGR** de limitar la adopción únicamente para las parejas y matrimonios heterosexuales, fundada en la supuesta protección del interés superior del niño, no cumple con los criterios de razonabilidad ni de proporcionalidad pues los argumentos presentados en la acción de inconstitucionalidad de la PGR se basan en estereotipos y prejuicios que no pueden ser aceptados por esta Corte de Justicia. Aceptar esos argumentos equivaldría a aceptar que el Estado puede violar derechos de minorías con base en la ignorancia compartida por un grupo de personas.
17. Que en consecuencia, **esta Corte debe rechazar la pretensión de la PGR** por contravenir la Constitución, así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obligatorio en México por la vía del artículo 133. Por lo anterior una Corte de Justicia verdaderamente garantista debe evitar la incorporación de prejuicios en el sistema jurídico mexicano.
18. No podemos permitir que los prejuicios se conviertan en un triste obstáculo para el avance de los derechos, esto es, para el reconocimiento de la igualdad en la distribución y disfrute de los mismos y en barrera para la garantía de la dignidad de nuestros ciudadanos. No es posible permanecer impávidos frente a los intentos por consolidar una red de creencias generalizadas en contra de ciertos

sujetos en virtud de sus preferencias sexuales usando el Derecho como su medio de legitimación. Debemos tener siempre presente que **las ideas discriminatorias, el discurso del rechazo, de la exclusión y de la estigmatización a ciertos ciudadanos simplemente por sus preferencias sexuales o su condición sexual no tiene cabida en el discurso del constitucionalismo democrático.**

19. **La Suprema Corte de Justicia de la Nación**, como máximo intérprete de la Constitución, ocupa un lugar estratégico para **llevar a cabo la materialización de los ideales del constitucionalismo democrático** incorporando a su práctica las técnicas de razonamiento judicial que le son propias. La consecuencia de asumir dichos compromisos conlleva, a nuestro modo de ver, a confirmar la constitucionalidad del matrimonio y la adopción en el DF.
20. Por las anteriores razones este comité de expertos piensa que debe hacerse un **llamado respetuoso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a que se protejan los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a tener una familia, a la honra y al reconocimiento de la dignidad humana**, desarrollados en los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal por estar acordes con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PETITORIOS

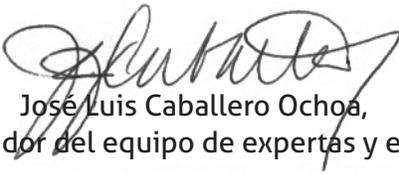
Por lo anteriormente expuesto y fundado, este equipo de expertos, organizaciones e instituciones solicita atentamente:

I. Al Señor Ministro Sergio Armando Valls Hernández:

1. Se tenga por presentado este *amicus curiae*.
2. Correr traslado de este documento a los señores Ministros y Ministras.

II. Al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Único.- En virtud de los argumentos ofrecidos declarar infundada la acción de inconstitucionalidad 2/2010 presentada por la Procuraduría General de la República y, por consecuencia, dejar incólumes las reformas al Código Civil del Distrito Federal que reconocen el derecho a contraer matrimonio y a la adopción por parte de parejas homosexuales.



José Luis Caballero Ochoa,
coordinador del equipo de expertas y expertos



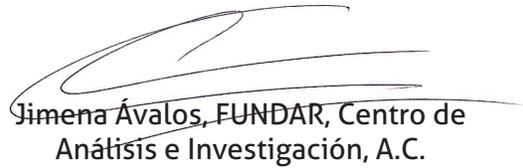
Leopoldo Gama, redactor



Geraldina González de la Vega, redactora



Oscar Concha Jurado



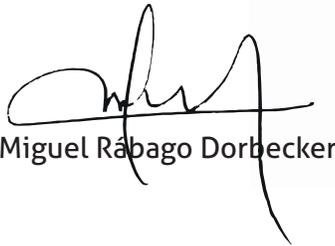
Jimena Ávalos, FUNDAR, Centro de
Análisis e Investigación, A.C.



Gerardo Mejía, Programa Universitario de
Estudios de Género - UNAM



Alfredo Narváez Lozano



Miguel Rábago Dorbecker



Mario Santiago Juárez,
i(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C



México, 28 de Junio de 2010.