

Procuraduría General de la República
vs.
Asamblea Legislativa del Distrito Federal y
Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.
INFORME

H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
PRESENTE

La suscrita, Diputada María Alejandra Barrales Magdaleno, en mi carácter de Presidenta de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, personalidad que ostento de conformidad con los artículos 41 y 42, fracción II de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y que acredito con copia certificada del Diario de Debates de la sesión de apertura celebrada el diecisiete de septiembre de dos mil nueve, referente a la integración de la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, misma que acompaña al presente Informe como **Anexo Uno**, señalando como domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos el ubicado en la Carretera México-Toluca No. 3655, Colonia Lomas de Santa Fe, Código Postal 01210 en esta Ciudad; designando como delegados para actuar conjunta o separadamente en los términos del artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al Licenciado en Derecho Alejandro Cárdenas Camacho, al Licenciado en Derecho Jorge A. Díazconti Vila Nueva, al Licenciado en Derecho Alejandro Madrazo Lajous con cédula profesional número 3671309, al Licenciado en Derecho José Antonio Caballero Juárez con cédula profesional 1848266, al Licenciado en Derecho Javier Cruz Angulo Nobara con cédula profesional número 4425511, y a la Licenciada en Derecho Gail Aguilar Castañón con cédula profesional número 4918236; y autorizando para oír y recibir todo tipo de notificaciones al C. Anel Alejandra Valadez Murillo, al C. Juan Guillermo Casillas Guevara, al C. Javier Zuñiga Ramiro, a la C. María Cristina Rosales del Prado, al C. Benjamin Uriel Salinas Morales, a la C. Gloria Azucena Cortés Gómez, al C. Marcos Edgar Zavala Cruz y al C. Víctor Daniel Gutiérrez Muñoz, ante Ustedes respetuosamente comparezco a fin de presentar el siguiente:

I N F O R M E

[1] El presente informe se divide en tres secciones. En la primera se presenta un posicionamiento preliminar en donde se plantea el problema de la improcedencia a la impugnación del artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal. Si bien es cierto que en el momento procesal oportuno esta Asamblea Legislativa planteó un recurso de reclamación sobre la admisión a trámite de la impugnación del artículo referido, en vista de que dicho recurso no ha sido resuelto, se reiteran los argumentos de improcedencia para que, de ser procedente, este Alto Tribunal sobresea la impugnación del artículo 391 en el momento procesal oportuno.

[2] En la segunda sección se presenta un informe detallado en donde se expone el fundamento constitucional de las reformas materia de la presente acción de inconstitucionalidad (párrafos 25 a 167)

[3] Finalmente, en la tercera sección, se da contestación puntual a los conceptos de invalidez planteados por el actor (párrafos 168 y siguientes).

I. Posicionamiento Preliminar: Improcedencia de la Acción de Inconstitucionalidad de Ley en cuanto al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal.

[4] El Procurador impugnó, entre otros, el artículo 391 del Código Civil, el cual fue intocado por la reforma que hoy nos ocupa. Consciente de estar impugnando una norma vigente con anterioridad e intocada por la reforma, el Procurador sostiene la procedencia de la impugnación con base en dos argumentos, a saber:

[5] a.- Que el hecho de que el artículo 391 sea idéntico antes y después de la publicación del decreto no es óbice para su impugnación por vía de la acción de inconstitucionalidad pues, a su parecer, existe un acto legislativo “formal y sustantivamente” nuevo.

[6] b.- Que el artículo 391 constituye un sistema normativo con el diverso artículo 146 y que, siendo –a su parecer– inconstitucional el segundo, el primero también lo es.

[7] A continuación, se abordan los dos argumentos del Procurador y se ofrecen algunas consideraciones que demuestran por qué los argumentos del Procurador no sustentan su pretensión y, en consecuencia, porqué debe estimarse que la acción de inconstitucionalidad contra del artículo 391 del Código Civil resulta improcedente.

1.- Ausencia de modificación, reforma o adición del artículo 391 del Código Civil

[8] El 25 de mayo del año 2000 se publicó en la Gaceta del Distrito Federal el artículo 391 del Código Civil, tal y como se encuentra hoy en todas y cada una de sus partes.

[9] A partir del 25 de mayo del año 2000 corrieron 30 días fatales al titular del ministerio público federal para impugnar el artículo 391 de la legislación sustantiva civil del Distrito Federal, si la consideraba ajena o discrepante con el orden constitucional. La impugnación se hace a varios años de distancia, y en consecuencia, excede por mucho el plazo para interponer una acción de inconstitucionalidad, establecido en la propia Constitución en el encabezado mismo de la fracción II del artículo 105 constitucional en la que se establecen las acciones de inconstitucionalidad y que se ratifica en el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, se actualiza la causal del improcedencia del artículo 19 fracción VII de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución General.

[10] El artículo 391 del Código Civil fue incluido en el decreto que hoy es impugnado debido a que durante el trámite legislativo se consideró una modificación al mismo que finalmente fue rechazada por el Pleno de esta Asamblea vía una reserva en la votación. En consecuencia, el artículo 391 del Código Civil fue incluido en el decreto publicado pero *sin que haya habido cambio alguno en su redacción*. Basta el cotejo de la porción normativa a partir del 25 de mayo del 2000 a la fecha para llegar a la conclusión de que existe identidad normativa.¹

¹ Véase la porción normativa a partir del 2000 a la fecha en el Código Civil.

Artículo 391.-Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán de acreditar, además los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

[11] Los razonamientos anteriores nos llevan a concluir que, no habiendo reforma o adición al artículo 391 del Código Civil, debe estimarse que no existe un acto legislativo que esté en condiciones de impugnarse en la fecha en que fue interpuesta la demanda, pues la norma que ahora extemporáneamente se impugna está vigente desde el 25 de mayo del año 2000, por lo que era susceptible de impugnarse vía acción de inconstitucionalidad sólo durante los siguientes treinta días naturales después de su publicación.

[12] Al respecto, vale la pena subrayar que el hecho de que el término para la impugnación por vía de la acción de inconstitucionalidad sea el único término de su tipo establecido directa y explícitamente en la Constitución, pone en evidencia la importancia que el Constituyente le atribuye a este tipo de litigios y el rigor que espera de quienes pretenden utilizar esta vía para controvertir una decisión tomada democráticamente por un órgano constitucionalmente autorizado para hacerlo. La brevedad y el rango constitucional del término para la interposición de la demanda, debe entenderse como uno más de los mecanismos mediante los cuales el Constituyente instrumenta la presunción de constitucionalidad de que gozan las normas generales impugnadas por esta vía –otro mecanismo establecido en este sentido, es la supermayoría exigida para una declaratoria de inconstitucionalidad–. En consecuencia, la interpretación del término legal debe ser del más rígido estándar.

2.- Inexistencia de sistema normativo entre los artículos 146 y 391 del Código Civil

[13] La Procuraduría General de la República sustenta la procedencia de la impugnación que hace del artículo 391 en una presunta existencia de un sistema normativo conformado por los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal.

[14] El Poder Judicial de la Federación ha señalado que se está en presencia de un sistema normativo cuando las normas impugnadas comparten entre ellas una relación directa entre sí, de forma que los artículos constituyan una unidad indisociable.²

[15] En específico, la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria que dio lugar a la jurisprudencia citada, señala con toda claridad:

[16] “...En ese sentido, el método de impugnación sistemática de las leyes **no puede integrarse ni abarcar disposiciones que sólo hacen una mera referencia, mención o correlación con otras**, sino que es básico que guarden una correspondencia real entre ellas, porque precisamente a partir de esa relación estrecha el particular puede controvertir normas generales...”³

[17] A fin de estar en posibilidades de valorar la procedibilidad de la impugnación del artículo 391 por vía de la presente acción de inconstitucionalidad, es preciso, primero, preguntarnos si, como lo sostiene el Procurador, los artículos 146 y 391 en cuestión comparten entre sí materia, tema, objeto, causa, principio o fuente, tal y como lo exige el criterio jurisprudencial en comento. Esto implica que para que exista el sistema normativo es necesario que el conjunto de normas impugnadas compartan tanto la materia, como el tema, el objeto, la causa y el principio o fuente. Lo cual no ocurre en el caso de mérito.

² Novena Época, No. Registro: 169558, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Junio de 2008, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 100/2008, Página: 400. AMPARO CONTRA LEYES. PARA IMPUGNARLAS COMO SISTEMA NORMATIVO ES NECESARIO QUE CONSTITUYAN UNA VERDADERA UNIDAD.

³ Véase la ejecutoria que da lugar a la tesis de jurisprudencia supra-citada.

[18] El artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal define al matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.

[19] Por su parte el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal establece que los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo 390. El artículo 390, a su vez, establece que los fines de la adopción son procurar el beneficio para la persona que pretende adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma. Asimismo, el artículo 390 exige que el adoptante (en el caso que nos ocupa, los adoptantes) sea persona apta y adecuada para adoptar.

[20] Como se puede apreciar del contenido de los artículos 146 y 391, no existe sistema normativo entre ellos. Existe solamente una *referencia implícita* de una norma a la otra: el artículo 391 contempla la posibilidad de que un matrimonio adopte y el artículo 146 nos dice qué es un matrimonio. Pero ello no es suficiente para afirmar que se trata de una unidad normativa indivisible: sería tanto como afirmar que existe sistema normativo entre el artículo 750 el Código Civil que define lo que son los bienes inmuebles y el artículo 90 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal que establece que:

[21] **Artículo 90.** En el otorgamiento de las licencias en relación con las zonas y los **inmuebles** catalogados como arqueológicos, históricos o artísticos, en los términos de la legislación federal aplicable, se observará la concurrencia con los Institutos Nacionales de Antropología e Historia y de Bellas Artes, en el ámbito de sus competencias.

[22] Si la existencia de una referencia implícita, vía el uso de un término técnico jurídico, se considera suficiente para acreditar que se está ante una unidad normativa indisoluble –un sistema normativo–, entonces *cualquier* norma perteneciente a un orden jurídico positivo forma un sistema normativo con las demás, y se pierde entonces el contenido del concepto de “sistema normativo” para efectos de su impugnación, tal y como fue establecido por la jurisprudencia arriba citada.

[23] En el caso que nos ocupa –la relación entre matrimonio y adopción– la referencia implícita entre ellas no puede estimarse **sistema normativo** pues no hay identidad de sus fines, de su objeto y menos aún se da una correspondencia real entre ellas, es decir, no hay dependencia entre el artículo 146 y los artículos 390 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Una pareja puede casarse sin adoptar. La adopción puede realizarse en pareja o bien como individuo cuando no se está en pareja. La ley autoriza a matrimonios y concubinatos el poder adoptar, pero ello no afecta ni los fines, ni el objeto, ni la materia, ni el tema, ni la causa, ni el principio ni la fuente de ambas instituciones, a menos que se considere que toda la materia civil constituye un sistema normativo o todo el tema de la familia constituye un sistema normativo, etcétera. Lo contrario, dejaría tan abierta la definición de sistema normativo que casi cualquier artículo podría ser impugnado cuando se reformase otro artículo con el cual remotamente se pudiera argumentar una que existe una conexión. Es precisamente para evitar una interpretación tan laxa que el criterio citado en el párrafo [16] establece con toda claridad que no debe considerarse que existe un sistema normativo cuando los preceptos “sólo hacen una mera referencia, mención o correlación con otros.”

3.- Conclusión

[24] Se estima que ese Alto Tribunal debe sobreseer la presente Acción de Inconstitucionalidad de Ley en lo que toca al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, por no cumplir con el plazo del artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y porque tampoco existe un sistema normativo entre los artículos 146 y 391 del propio Código Civil.

II. Informe

1. El marco teórico de la discriminación: represión, patologización y encubrimiento de la homosexualidad

[25] Las sociedades cambian, con frecuencia, mediante oposiciones dialécticas. El cénit y nadir de los cambios sociales está enmarcado en la contradicción de grupos que se ajustan al cambio y otros que resisten. En ocasiones, el nadir de ciertas presunciones o prejuicios encuentra una reacción virulenta por parte de sectores con intereses particulares que pendían de esos prejuicios o de grupos religiosos con pretendida hegemonía para ordenar lo que las personas deben hacer con sus vidas. Tal es el caso de la homofobia.

[26] La homofobia –el miedo y rechazo a la homosexualidad– surgió con la idea misma del sujeto homosexual: cuando la sociedad lo concibió como un *tipo* de persona distinto a los “normales”, y lo intentó reprimir y controlar.⁴ La fobia a la homosexualidad ha recorrido un largo camino en nuestras sociedades. Las formas en que se ha manifestado han cambiado con el tiempo, adaptándose a cada derrota jurídica y cultural pero, desafortunadamente, han logrado persistir aún en muchos espacios. Sin embargo, la fuerza o virulencia con la que las autoridades y el derecho han reflejado, perpetuado y avalado la homofobia es consistentemente más débil en la medida en la que la ciencia exhibe que los supuestos que le sostienen son prejuicios infundados; en la medida en la que la sociedad se reconoce y se acepta como un agregado plural y no un cuerpo homogéneo, y –de particular importancia para el caso que nos atañe– conforme los derechos fundamentales proscriben su permanencia en el espacio público y en el orden jurídico.

[27] No es este el espacio para exponer una historia pormenorizada de la homofobia, pero resulta indispensable recordar momentos claves que marcan la trayectoria de la homofobia del cénit de la prohibición penal al nadir de la proscripción constitucional. Las formas en las que se ha perpetuado la homofobia se pueden clasificar en tres grandes rubros: la **represión** penal, la **patologización** médica y el **encubrimiento** jurídico. Las dos primeras surgieron en el siglo XIX y caducaron al cerrar el siglo XX. Sin embargo, la tercera forma no ha desaparecido aún: el *encubrimiento* es el arma que se utiliza para reprimir y controlar aún hoy a quienes hemos etiquetado como homosexuales.

[28] Como se verá en los apartados siguientes, la resistencia del Procurador al reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo se inscribe en esta trayectoria en la medida en la que propone el encubrimiento jurídico –la *invisibilidad*

⁴ “Varios autores, entre ellos Michel Foucault en su *Historia de la sexualidad*, han planteado que la identidad homosexual es de aparición reciente. Antes del siglo XIX existían actos homosexuales –más o menos tolerados en diferentes sociedades–, pero no personas homosexuales. Quienes practicaban actos homosexuales no se veían a sí mismos como seres aparte, ni tampoco la sociedad los veía así; a nadie se le ocurría plantear la existencia de una identidad fundamentalmente diferente. Esto cambió en la era moderna, cuando los Estados penalizaron la homosexualidad y los médicos la patologizaron. Apareció por primera vez la figura del homosexual, cuya identidad esencial se define por su comportamiento sexual.” Marina Castañeda, *La experiencia homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera*, Paidós, México 1999, p. 24.

para el derecho— de un fenómeno social y de una opción de vida legítima y tutelada por la Constitución: la preferencia por parejas del mismo sexo.

1.1.- La represión penal

1.1.1.- La represión penal de la homosexualidad en los siglos XIX y XX

[29] La forma más violenta por la que el derecho llegó a consagrar la homofobia fue mediante la vía penal. Conductas sexuales no avaladas por la moral obligada y proscritas por las doctrinas religiosas dominantes fueron tipificadas como delitos, con el propósito de escarmentar a sus practicantes. En la Europa Victoriana, por ejemplo, el derecho se utilizó como herramienta para frenar el cambio social y en este sentido en Gran Bretaña, en el año de 1885, se crearon tipos penales para la homosexualidad y para la *indecencia*.⁵

[30] Este fue el contexto en el que se presentó, por ejemplo, el caso emblemático de la persecución penal de Oscar Wilde y su eventual exilio, condena a la pobreza y temprana muerte. Wilde fue procesado en 1895 por el delito de *indecencia*. La *indecencia* del poeta consistió en haber escrito una carta afectuosa dirigida a otro hombre.⁶ Lo que interesa del caso es que ilustra la existencia de figuras jurídicas diseñadas específicamente para imponer una moral determinada, haciendo del derecho una herramienta al servicio de la moral dominante y no de los derechos de las personas. Fue el principio de la igualdad, anclado en los derechos humanos, lo que logró derrumbar el tipo penal de la homosexualidad en Gran Bretaña, a casi 90 años de distancia del proceso seguido contra Oscar Wilde.⁷

[31] Un episodio de la persecución de la homosexualidad menos conocido, pero no por ello menos alarmante se presentó durante el Holocausto y la Segunda Guerra Mundial. Durante este periodo, los campos de concentración nazis clasificaban a sus prisioneros utilizando un emblema visible en la ropa: los judíos, portaban la famosa insignia amarilla; otros “individuos antisociales” portaban un triángulo negro; y los hombres homosexuales –detenidos y llevados a los campos de concentración por motivo de su homosexualidad– portaban un triángulo rosa invertido.⁸

1.1.2.- La represión penal de la homosexualidad en México

[32] La represión penal de la homosexualidad no es ajena a nuestra historia nacional. Por citar solo un ejemplo, en la misma época en la que Wilde era condenado a trabajos forzados en prisión, en nuestro país se presentó uno de los episodios más emblemáticos de la represión penal de la homosexualidad de la dictadura porfirista: el famoso caso de los cuarenta y uno.^{9,10}

⁵ Véase la reforma al capítulo décimo primero del Código Penal Británico de 1885.

⁶ Visible en www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/wilde.

⁷ *Dudgeon v. United Kingdom*, Series A, No. 45, Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1981.

⁸ Kenji Yoshino, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, pp. 1753, 1755.

⁹ En la madrugada del 18 de noviembre de 1901 la policía irrumpió una reunión de cuarenta y dos hombres homosexuales, de los cuales diecinueve (o veinte) vestían ropa de mujer. Se reporta que cuarenta y dos “afeminados” fueron apresados y luego las versiones corrigieron: fueron cuarenta y uno. Rápidamente se corrió el rumor de que “el cuarenta y dos” era el yerno del dictador Porfirio Díaz, Ignacio de la Torre, a quien se le permitió escapar para proteger su reputación y la de su suegro. De los cuarenta y uno que quedaban, diecinueve fueron enviados a Yucatán, no quedando claro si a pelear en contra de los mayas rebeldes en el territorio de Quintana Roo o a realizar trabajos forzados, como Oscar Wilde.

¹⁰ “Lo más significativo de la Redada de los 41 es, reiteradamente el hecho mismo de la detención arbitraria y sin asideros legales de un grupo que se divierten una noche de sábado. Se alegó que los 41 ‘carecían de permiso’ para efectuar la fiesta. En las crónicas de época jamás se menciona la exigencia de permisos o notificaciones previas de reuniones. Por eso no extraña el comentario de *El Hijo del Ahuizote* (noviembre de 1901). En unas frases, Daniel Cabrera explica el por qué del silencio social en torno a la homosexualidad: ‘la mordaza que ponen en nuestro labio el respeto al pudor y las buenas costumbres’. Es por vez primera explícito sobre ‘los sodomitas’. En México no está prohibida la homosexualidad porque la legislación penal se ha tomado en lo básico del Código Napoleónico que por distintas razones (entre las que se mencionan la necesidad de un Código no sujeto a nociones de pecado, la homosexualidad de Cambaceres, que lo promulga, el miedo a describir “lo más nefando”) no menciona el comportamiento específico. En lugar de esto, desde el Código Penal de 1871 se establece en México la consigna exterminadora de la justicia, que dura hasta hoy: el delito es los ataques a la moral y las buenas costumbres,

[33] Lo más interesante del caso mexicano es precisamente lo opuesto al caso británico: aquí no se requiere una proscripción **explícita** de la homosexualidad mediante su tipificación penal: se le interpreta como un “ataque a la moral y las buenas costumbres” y con eso basta para proscribirla y reprimirla penalmente. En el Porfiriato, la ley no **dice** que ser homosexual es un delito, pero la autoridad **lee** en la ley que el homosexual es acreedor de una sanción. De manera semejante, el Procurador echa mano de la misma libertad interpretativa para proscribir a las parejas homosexuales de la tutela legal que ofrecen el matrimonio y la familia: la Constitución no **dice** que la familia debe de ser encabezada por una pareja heterosexual y que el matrimonio no admite a dos personas del mismo sexo, pero el Procurador así lo quiere **leer**. La comparación nos permite entender cómo la lectura prejuiciada del texto normativo puede generar efectos discriminatorios con la consecuente afectación a los derechos de las personas.

1.1.3.- Conclusión

[34] La penalización de la homosexualidad ha corrido un largo camino, aunque en años recientes vemos cómo, por fortuna, fenece. En muchos países, la homosexualidad o –más precisamente– los actos homosexuales, son delito. Todavía en 1986, la Suprema Corte de Estados Unidos estimó constitucional la legislación penal del estado de Georgia que penalizaba a la sodomía y al sexo oral.¹¹ A pesar de su larga vida, la represión penal de la homosexualidad ha cedido y hoy está proscribida en casi todas las democracias constitucionales. En Estados Unidos la Suprema Corte revocó en 2003 su propio fallo de 1986 y declaró que la penalización de la sodomía es inconstitucional en el histórico caso *Lawrence v. Texas*.¹²

1.2.- La patologización y estigmatización de la homosexualidad

1.2.1.- La patologización de la homosexualidad

[35] La estigmatización de la homosexualidad se apoyó, inicialmente, en su patologización: en que haya sido calificada, por muchos años, como “enfermedad mental”. Su clasificación como una enfermedad tuvo una vida larga, pero no tanto como su penalización. Fue en el año de 1974 que la homosexualidad fue desclasificada como una enfermedad mental. En una decisión histórica, la Asociación Americana de Psiquiatría eliminó a la homosexualidad de su *Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, o DSM)*, el canon de la psiquiatría que se usa para identificar y diagnosticar desórdenes mentales. El dictamen sobre la exclusión de la homosexualidad del manual¹³ fue elaborado por el Dr. Robert L. Spitzer, fue aprobado por los distintos órganos rectores de la Asociación entre noviembre y diciembre de 1973 y se publicó en 1974. La votación por la desclasificación de la homosexualidad como patología mental en el seno del Consejo de la Asociación fue **unánime**.¹⁴

[36] El dictamen es ilustrativo y vale la pena referir a algunos de sus pasajes. En primer lugar, es de resaltarse que, al relatar los principales argumentos de los miembros de la asociación proponentes de la desclasificación de la

probados sólo por la interpretación de las vaguedades de la ley.” Carlos Monsivais, *La gran redada*, en Einkidu, visible en http://www.enkidumagazine.com/art/2007/200707/e_1007_063_a.htm, consultado el 19 de febrero de 2010.

¹¹ *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986).

¹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹³ Robert L. Spitzer, *Homosexuality and Sexual Orientation Disturbance: Proposed Change in DSM-II*, APA Document Reference No. 730008, 6ª impresión, p. 44.

¹⁴ Charles Kaiser, “December 1973 Declassification of Homosexuality as an Illness, Charles Kaiser Argues was the Gay Movement’s Most Revolutionary Moment”, *The Advocate*, 12 de noviembre de 2002.

homosexualidad del manual de desórdenes mentales estaban los siguientes: a) Por ser **científicamente incorrecto** catalogar a la homosexualidad como patología; b) Porque confrontaba a la comunidad homosexual con la profesión psiquiátrica; c) Porque dicha clasificación era “mal utilizada por algunas personas fuera de nuestra profesión que desean negar derechos civiles a los homosexuales.”¹⁵

[37] El documento plantea, con claridad, dos motivos para considerar una condición como un desorden psiquiátrico: a) generar malestar subjetivo o b) estar asociado con algún impedimento general para funcionar socialmente.¹⁶ Con contundencia, el documento señala:

[38] “**Claramente** la homosexualidad, en sí, no satisface los requisitos de un desorden psiquiátrico. [...] Si la homosexualidad por sí no satisface los criterios para calificarla como desorden psiquiátrico, ¿qué es? Descriptivamente, **es una forma de comportamiento sexual.**”¹⁷

[39] Más aún, el documento pone en evidencia que la lógica implícita en la patologización de la homosexualidad, de tomarse por buena, llevaría a patologizar casi todas las prácticas sociales no mayoritarias.¹⁸

[40] Finalmente, vale la pena citar un pasaje al cierre del dictamen, en que se señala, con claridad, tanto la discriminación existente en contra de los homosexuales como la forma en la que, mediante la desclasificación de la homosexualidad como patología, se socavaba la justificación utilizada para negar derechos civiles a los homosexuales.¹⁹ La Asociación Americana de Psiquiatría estaba consciente de que a los homosexuales se les privaba de derechos utilizando el mecanismo de achacarles la carga de la prueba y exigirles a ellos probar su capacidad –que se presumía mermada– y su “no peligrosidad” –peligrosidad que se presumía, punto–.

[41] La Organización Mundial de la Salud, a su vez, reconoció que la homosexualidad estaba mal catalogada como patología mental cuando el 17 de mayo de 1990 la Asamblea General de dicho órgano internacional resolvió eliminarla de la Clasificación Internacional de Enfermedades.

1.2.2.- La persistente estigmatización de la homosexualidad y la adopción por parejas del mismo sexo.

[42] La estigmatización de la homosexualidad –y con ella, la homofobia– perdió derecho de piso en la literatura científica hace más de un cuarto de siglo, pero la estigmatización que generó persiste en las narrativas populares e inclusive –la argumentación del Procurador es vívido ejemplo de ello– en los discursos jurídicos. En el ámbito jurídico, los prejuicios han sido estudiados y puestos de manifiesto. Un artículo publicado por Timothy E. Lin en la Revista de Derecho de la Universidad de Columbia, documenta las falsas narrativas sobre la homosexualidad persistentes en el imaginario popular y jurídico en los Estados Unidos. Las semejanzas con el discurso del Procurador hablan por sí solas:

¹⁵ *Ibidem*. Traducción libre del inglés.

¹⁶ “For a mental or psychiatric condition to be considered a psychiatric disorder, it must either regularly cause subjective distress, or regularly be associated with some generalized impairment in social effectiveness or functioning.” *Ibidem*.

¹⁷ “Clearly homosexuality, per se, does not meet the requirements for psychiatric disorder.” *Ibidem*.

¹⁸ “La única forma en que la homosexualidad puede considerarse un desorden psiquiátrico es considerando que impide funcionar heterosexualmente, lo cual es considerado óptimo socialmente y por muchos miembros de la profesión. Sin embargo, si la incapacidad de funcionar de forma óptima en algún aspecto vital fuera juzgado por la sociedad o por la profesión como suficiente para indicar la presencia de un desorden mental, entonces tendríamos que agregar a nuestra nomenclatura los siguientes desórdenes: el celibato (la incapacidad de funcionar de forma óptima sexualmente), la actitud revolucionaria (el retar a las normas sociales irracionalmente), el fanatismo religioso (adhesión rígida o dogmática a una doctrina religiosa), el racismo (odio irracional de ciertos grupos), el vegetarianismo (una evasión anti-natural de la conducta carnívora), y el chovinismo masculino (la creencia irracional sobre la inferioridad de la mujer).” *Ibidem*.

¹⁹ “...estaremos retirando una de las justificaciones utilizadas para negar derechos civiles a individuos cuyo único crimen es orientarse sexualmente hacia miembros de su propio sexo. En el pasado, los homosexuales han sido privados de sus derechos civiles en muchas áreas vitales sosteniendo que, dado que sufren de una ‘enfermedad mental’, la carga de la prueba de demostrar que son competentes, confiables y estables mentalmente, les corresponde a ellos.” *Ibidem*.

[43] “Hay dos narrativas dominantes que circulan en la sociedad Americana y que ayudan a explicar las vicisitudes que sufren las lesbianas y los gays al tratar de adoptar menores y establecer familias. Primero, hay una historia acerca de las lesbianas y los gays que se centra en su sexualidad. Ya sea por repugnancia, confusión o ignorancia sobre la homosexualidad, la sexualidad de lesbianas y gays domina el discurso no sólo en materia de adopción por parejas homosexuales, sino también en todos los aspectos vinculados con las lesbianas y los gays. La clasificación de lesbianas y gays como ‘seres exclusivamente sexuales’ contrasta abiertamente con la percepción de los padres heterosexuales como ‘gente que, junto con muchas otras actividades que llevan a cabo en sus vidas, ocasionalmente participan en la actividad sexual.’ A través de esta narrativa, las lesbianas y los gays son reducidos a criaturas unidimensionales, definidas por su sexo y su sexualidad.”

[44] “Segundo, existe una narrativa sobre la familia, basada en la unión del hombre y la mujer, que, conforme a la definición tradicional, excluye a las familias homoparentales. Esta narrativa parte de la creencia de que ‘los hogares homosexuales son incapaces de proporcionar un ejemplo equilibrado de varias relaciones fundamentales para la formación de una familia sana y estable. Criar a un menor en un hogar con una madre y un padre ofrece al menor una mejor oportunidad de desarrollar atributos sanos como identidades sexuales y emocionales equilibradas.’ La sobresexualización de las lesbianas y los gays, tal y como la articula por la sociedad ortodoxa, es incompatible con la idea de una familia sana y acogedora que la narrativa tradicional enaltece.”²⁰

[45] En particular, nos advierte Lin, la narrativa discriminatoria dominante juega un papel toral en relación con la adopción por parte de parejas del mismo sexo:

[46] “La influencia de la narrativa tradicional es particularmente problemática en el contexto de la adopción, donde el estándar del interés superior del menor puede fácilmente arropar un ánimo personal u otros sesgos hacia la homosexualidad bajo la máscara de preocupación por el bienestar del menor.”²¹

[47] Por supuesto, las narrativas que perpetúan los prejuicios sobre la homosexualidad no siempre determinan el resultado de un proceso judicial. En el estado de Nueva Jersey el Juez Sybil R. Moses concedió la adopción de un menor a una pareja homosexual.²²

[48] Con independencia de los ejemplos puntuales que se puedan encontrar para confirmar o refutar la influencia de las falsas narrativas sobre la homosexualidad, la Asociación Americana de Psicología (que será referida como APA, por sus siglas en inglés y que no se debe confundir con la Asociación Americana de Psiquiatría, referida más arriba) identifica tres preocupaciones²³ distinguibles que, sin sustento fáctico que les respalde, se suelen esgrimir al negar la adopción a parejas homosexuales: a) que los homosexuales son enfermos mentales; b) que las lesbianas son menos maternas que las mujeres heterosexuales; y c) que las relaciones de parejas de los homosexuales les dejan poco tiempo para interactuar con sus hijos.

[49] Respecto de la primera de estas preocupaciones, la APA recuerda que, un año después de que la Asociación Americana de Psiquiatría desclasificó a la homosexualidad como un desorden mental, en 1975 la APA hizo lo propio. Al respecto señala:

²⁰ Timothy E. Lin, “Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases”, *Columbia Law Review*, vol. 99, núm. 3, abril de 1999, pp. 741-743. Traducción libre del inglés.

²¹ *Ibid.*, p. 762. Traducción libre del inglés. El peso de los prejuicios que proyectan estas narrativas sobre la homosexualidad, infunde inclusive en el comportamiento de las autoridades: en los Estados Unidos está documentado el caso conocido como *Weigand* en que, hace apenas poco más de una década, la Suprema Corte de Mississippi llegó al extremo de negarle la custodia a un padre biológico, prefiriendo dejar al niño en un hogar que uno de los jueces disidentes describió como “...un ambiente explosivo en el cual el padrastro desempleado es además un delincuente con antecedentes penales, bebedor, consumidor de drogas, adúltero, golpeador de su esposa y amenaza a menores, y en el que la madre ha sido transitoria, tiene dos trabajos y cuenta con poco tiempo para pasarlo con su hijo.” Voto disidente del Juez McRae de la Suprema Corte de Mississippi en el caso *Weigand v. Weigand*, No. 97-CA-01246-SCT, párrafo 31.

²² Visible en www.aclu.org/news/n102297b.html.

²³ American Psychological Association, *Lesbian and Gay Parenting*, publicación elaborada conjuntamente por los Comités conjuntos de Asuntos Lesbicos, Gays y Bisexuales; de Menores, Jóvenes y Familias y de Mujeres en Psicología todas, de la Asociación Americana de Psicología, publicado en 2005 por la APA, p. 7.

[50] “La decisión de eliminar la orientación sexual de la lista de desórdenes mentales refleja una **investigación extensa** realizada a lo largo de **tres décadas** que demostró que **la orientación homosexual no es un desajuste mental. No existe evidencia confiable de que la orientación homosexual afecte su funcionamiento psicológico**, a pesar de que las circunstancias sociales y de otra índole en la que viven las lesbianas y los hombres gay incluyen la exposición amplia al prejuicio y la discriminación, lo que frecuentemente les provoca desolación.”²⁴

[51] Respecto de las preocupaciones segunda y tercera –esto es, sobre la imputación de una presunta maternidad disminuida de las lesbianas, comparadas con las mujeres heterosexuales, y del presunto descuido por parte de padres homosexuales– la APA señala:

[52] “La creencia de que los adultos gay y lesbianas no son padres adecuados, **tampoco tiene fundamento empírico**. Las lesbianas y las mujeres heterosexuales **no se distinguen de forma asequible por su equilibrio mental en general, ni por su forma de criar a un menor**. De forma similar, las relaciones románticas y sexuales de las lesbianas no les restan habilidad para cuidar a sus hijos. [...] Los resultados de algunos estudios sugieren que las madres lesbianas y los padres homosexuales podrían tener destrezas superiores a las de las parejas heterosexuales en el cuidado de sus hijos. [...] **Sin duda, la investigación no ha encontrado razón alguna para creer que las madres lesbianas o los padres homosexuales sean padres deficientes.**”²⁵

[53] Por su parte, la Asociación Americana de Psiquiatría emitió en el 2002 una posición oficial coincidente con la citada arriba de la APA:

[54] “**Numerosos estudios a lo largo de las últimas tres décadas consistentemente demuestran** que los menores criados por padres gays o lesbianas demuestran **el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual** que menores criados por padres heterosexuales. Estas investigaciones indican que el desarrollo óptimo de los menores no depende de la orientación sexual de los padres, sino de vínculos estables con adultos dedicados y afectuosos. La investigación también demuestra que los menores que tienen a dos padres, con independencia de su orientación sexual, se desarrollan mejor que los menores con solo un padre.”²⁶

[55] Las autoridades científicas citadas demuestran que no existe, desde el punto de vista de la ciencia, indicio alguno que permita presumir que alguna de las preocupaciones que emanan de las narrativas que sustentan la homofobia tienen fundamento en la realidad. No obstante, es importante explicitar los argumentos que suelen esgrimirse desde las narrativas comúnmente adoptadas y gestadas desde el prejuicio de una homofobia que toma tiempo en superarse. Los cuatro principales argumentos que se esgrimen comúnmente se exponen a continuación, señalando evidencia empírica que los contradice:

[56] A.- “Los gays y las lesbianas son más promiscuos que los heterosexuales y no forman parejas duraderas que ofrezcan la estabilidad debida a los menores.”

[57] La proposición anterior es falsa. Contrario a lo que apunta este argumento, en un foro de expertos en derecho familiar de la Barra de Abogados de Estados Unidos, se reportaba, desde el año de 1987, que entre 40% y 50% de los hombres homosexuales vivían en pareja en relaciones estables y de largo plazo; y que este acoplamiento se

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁶ “Numerous studies over the last three decades consistently demonstrate that children raised by gay or lesbian parents exhibit the same level of emotional, cognitive, social, and sexual functioning as children raised by heterosexual parents. This research indicates that optimal development for children is based not on the sexual orientation of the parents, but on stable attachments to committed and nurturing adults. The research also shows that children who have two parents, regardless of the parents’ sexual orientations, do better than children with only one parent.” *Adoption and Co-parenting of Children by Same-sex Couples*, Position Statement, American Psychiatric Association, 2002. Traducción libre del inglés.

elevaba al 70% en el caso de lesbianas.²⁷ Más aún, la tendencia de homosexuales a vivir en parejas estables es creciente.²⁸

[58] B.- “Las lesbianas y los gays son más propensos al abuso sexual que los heterosexuales.”

[59] La hipersexualización de los homosexuales en el imaginario homofóbico lleva también a caracterizarlos como seres sexualmente insaciables, por lo que son más propensos a abusar de los menores. La realidad, sin embargo, dice exactamente lo contrario: son los heterosexuales, específicamente los **hombres heterosexuales**, quienes son estadísticamente los más probables perpetradores de un abuso sexual contra un menor.²⁹ Abrumadoramente, la víctima es una niña menor.³⁰ De hecho, las estadísticas sobre incesto señalan que las más frecuentes víctimas de abuso sexual son hijas y los más frecuentes perpetradores son sus padres heterosexuales.³¹ En términos muy claros, en Estados Unidos, por ejemplo, el 97% de la totalidad de los perpetradores de abuso sexual son hombres heterosexuales.³²

[60] C.- “Los homosexuales reclutan o ‘contagian’ a los menores a quienes crían.”

[61] Uno de los prejuicios –y miedos– más comunes respecto de la homosexualidad es que los menores que crecen con padres homosexuales tienen mayor propensión a ser ellos mismos homosexuales, ya sea porque se presume que la homosexualidad es “contagiosa”, porque los homosexuales le ponen “el mal ejemplo” a los menores o porque activamente son proclives a orientar a los menores hacia la homosexualidad. Los hechos desmienten esta infundada presunción.

[62] En primer lugar, habría que descartar la tesis del “mal ejemplo”: si los ejemplos determinasen la orientación sexual, no habría homosexuales hoy en día, pues la abrumadora mayoría de las personas, sobre todo en el último siglo, nacieron de parejas heterosexuales o, al menos, públicamente heterosexuales. Pero más allá de la lógica, la evidencia empírica contradice esta tesis. Haciendo una revisión de los estudios empíricos existentes, la APA sostuvo:

[63] **“En todos los estudios, la gran mayoría de los hijos tanto de madres lesbianas como de padres gay se describen a sí mismos como heterosexuales. Tomada en conjunto, la información no sugiere tasas elevadas de homosexualidad entre hijos de padres gays o madres lesbianas.”**³³

[64] D.- “Ser hijo de homosexuales sitúa al menor en una situación de estigma social.”

²⁷ “ABA Annual Meeting Provides Forum for Family Law Experts”, *Family Law Reporter* (BNA), 25 de agosto de 1987, vol. 13, pp. 1512-1513.

²⁸ Devjani Mishra, “The Road to Concord: Resolving the Conflict of Law Over Adoption by Gays and Lesbians”, *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 30, p. 94, n. 15.

²⁹ Marc E. Elovitz, “Adoption by Lesbian and Gay People: The Use and Mis-Use of Social Science Research”, *Duke Journal of Gender and Law Policy*, 1995, vol. 2, pp. 207, 209 (“Research on the sexual abuse of children shows that offenders are disproportionately heterosexual men.”); Mark Strasser, “Family, Definitions, and the Constitution on the Antimiscegenation Analogy”, *Suffolk University Law Review*, 1991, vol. 25, pp. 981, 1027 (sostiene: “heterosexual men are statistically more likely to be child molesters”); Marilyn Riley, “The Avowed Lesbian Mother and Her Right to Child Custody: A Constitutional Challenge That Can No Longer Be Denied”, *San Diego Law Review*, 1975, vol. 12, pp. 799, 862.

³⁰ David M. Rosenblum, “Comment, Custody Rights of Gay and Lesbian Parent”, *Villanova Law Review*, 1991, vol. 36, pp. 1665, 1684.

³¹ Elovitz, *op. cit.*, nota 29, p. 216; Mark Strasser, “Legislative Presumptions and Judicial Assumptions: On Parenting, Adoption, and the Best Interests of the Child”, *University of Kansas Law Review*, vol. 45, pp. 49, 66.

³² Hayden Curry y Denis Clifford, *A Legal Guide for Lesbian & Gay Couples*, Ralph Warner (ed.), 1985, p. 131. Al respecto, la Asociación Americana de Psicología, fijó su postura oficial sosteniendo que: “La preocupación de que los hijos de madres lesbianas o padres gay corran mayor riesgo que los hijos de heterosexuales de ser abusados sexualmente ha sido abordada. Los resultados del trabajo en esta área demuestran que la gran mayoría de los adultos que perpetran el abuso sexual son hombres; el abuso sexual por parte de mujeres adultas es extremadamente raro. Mas aún, la abrumadora mayoría del abuso sexual de menores involucran a un hombre adulto abusando de una mujer menor de edad.” American Psychiatric Association, *op. cit.*, p. 12. Traducción libre del inglés.

³³ American Psychological Association, *op. cit.*, p. 10. Traducción libre del inglés.

[65] Las narrativas derivadas de los prejuicios que nos ocupan sostienen, como última trinchera para negar a los homosexuales plenos derechos civiles, el argumento consistente en que es la homofobia *ajena*, no la propia o los supuestos peligros inherentes a la homosexualidad, la que se traduce en un daño para el menor. Bajo este argumento, los hijos de homosexuales padecen de burla, estigma y ostracismo social, lo que justificaría el privar a las parejas homosexuales del derecho a formar una familia. Los datos, nuevamente, refutan este argumento:

[66] “La evidencia empírica indica que la burla [que padecen los hijos de homosexuales] no tiene efectos importantes en el menor, y que no se distingue de la burla y el acoso ‘motivados en la apariencia física, la raza, la religión, el estatus económico o cualquier número de otros factores.’”³⁴

[67] Al respecto, la APA sostiene, sintetizando los resultados de múltiples estudios, que:

[68] “Los resultados de investigaciones a la fecha sugieren que los hijos de madres lesbianas o padres gays tienen relaciones positivas con sus pares y que sus relaciones con adultos de ambos sexos también **son satisfactorias**. El retrato de los hijos de madres lesbianas que se desprende [de las investigaciones] es, en general, de participación en la vida social con sus pares, sus padres, sus abuelos, con los amigos de las madres –tanto hombres como mujeres; homosexuales como heterosexuales. **Temores acerca de** que hijos de lesbianas o gays sean abusados sexualmente por sus padres, condenados al ostracismo por sus pares, o aislados en comunidades lésbicas o gays de un solo sexo **no se sustentan en los resultados de las investigaciones existentes.**”³⁵

[69] La Corte Europea se ha pronunciado sobre lo infundado de los prejuicios sociales que presumen que las parejas homosexuales no son aptas para adoptar, exigiendo “razones serias y justificadas” para cualquier trato diferenciado por motivos de orientación sexual.³⁶

1.2.3.- Conclusión

[70] La patologización de la homosexualidad dio pie a su estigmatización. La ciencia, abierta cual debe estar a la revisión y al examen, hace ya más de tres décadas que abandonó el camino que le había trazado la homofobia. La cultura popular –y jurídica– sin embargo, no está expuesta a la revisión al igual que la ciencia, ni puede someterse al examen de veracidad que la homofobia no pudo pasar en el campo de la ciencia. En consecuencia, la homofobia ha persistido como estigmatización cultural. A pesar de ello, la ciencia empírica ha demostrado *fuera de toda duda* que los miedos que alimentan a y que se alimentan de los prejuicios no tienen razón de ser.

1.3.- El encubrimiento jurídico de la homosexualidad

[71] Habiendo caído de su cénit –articulado mediante la represión penal– y habiendo perdido la legitimidad necesaria en el terreno científico para la patologización de la homosexualidad, la homofobia altera sus tácticas y pretende ahora el **encubrimiento** de la homosexualidad. Es en esta etapa de la homofobia, su nadir, que se ubica la pretensión del Procurador. El Procurador pretende que esta Suprema Corte declare que las familias homoparentales y las parejas homosexuales están proscritas por la Constitución, o por lo menos que la Constitución no las valora ni las protege, inclusive que la Constitución procura su marginación, su abandono en aras de alcanzar el “modelo ideal” de familia. El intento por marginalizar a la homosexualidad es el camino que la homofobia pretende transitar cuando no ha logrado suprimirla.

1.3.1.- Conversión, pase y encubrimiento: tres formas de alcanzar un mismo objetivo, marginalizar y reprimir

³⁴ Timothy E. Lin, *op. cit.*, p. 780. Traducción libre del inglés.

³⁵ American Psychological Association, *op. cit.*, p. 12.

³⁶ *Fretté v. France* (Application No. 36515/97), Corte Europea de Derechos Humanos, de 26 de enero de 2002, párrafo 35.

[72] La teoría constitucional estadounidense, donde la homosexualidad tiene ya un espacio claro entre la doctrina de la no-discriminación, ha generado las categorías que permiten comprender y analizar el fenómeno de la homofobia en su nadir. El Profesor de la Universidad de Nueva York, Kenji Yoshino, describe los siguientes mecanismos de asimilación de la homosexualidad en un mundo predominantemente heterosexual:

[73] “En los hechos o en la imaginación de los otros, los homosexuales pueden asimilarse de tres formas distintas: la conversión, el pasar o el encubrimiento. La **conversión** significa que la identidad subyacente sufre una alteración. La conversión ocurre cuando una lesbiana cambia su orientación sexual para tornarse heterosexual. **Pasar** significa que la identidad subyacente no se altera, pero se esconde. Pasar ocurre cuando una lesbiana se presenta a sí misma ante el mundo como heterosexual. **Encubrir** significa que la identidad subyacente no es alterada ni escondida, pero sí minimizada. El encubrimiento ocurre cuando una lesbiana es y admite ser lesbiana, pero facilita el que los demás desatiendan su orientación.”³⁷

[74] Si revisamos las distintas estrategias históricamente desplegadas por la homofobia –la represión penal y la patologización médica– observamos que iban encaminadas a provocar las estrategias de asimilación que describe el Profesor Yoshino: la patologización buscaba “curar”, esto es *convertir* a las personas homosexuales; la represión penal, más que “curar”, obligaba a las personas homosexuales a vivir su orientación sexual en la clandestinidad, a *pasar* por heterosexuales en su vida pública y cotidiana. La posición del Procurador, de ser adoptada por esta Corte, llevaría a eliminar la posibilidad de que las parejas homosexuales utilicen la vía del matrimonio para dar publicidad a su orientación sexual y a sus compromisos afectivos. En todo caso, el Procurador pretende que las parejas homosexuales no gocen de la protección Constitucional y legal *como familia o como matrimonio*, respectivamente. Estamos ante un ejemplo claro en el que se exige a los homosexuales participar del encubrimiento.

1.3.2.- Las pretensiones del Procurador

[75] El Procurador pretende que el derecho mexicano niegue a las personas homosexuales la oportunidad de vincularse mediante el matrimonio, tal como los heterosexuales tienen derecho a hacerlo. Para el Procurador, la ley puede reconocer una unión homosexual (mediante las sociedades de convivencia), siempre que no se reconozca el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto implicaría que los homosexuales deberán aceptar un régimen “separado pero igual”, tal como el régimen de segregación racial que prevaleció en Estados Unidos hasta que la Suprema Corte de aquel país lo prohibió en la paradigmática decisión *Brown v. Board of Education*.³⁸

[76] Además, el Procurador pretende que las personas homosexuales admitan que la ley diga que sus uniones adolecen de una suerte de *capitis diminutio*: para él, los homosexuales se pueden *unir* como pareja, pero no serán un matrimonio; pueden llegar a tener hijos, pero no pueden aspirar a *formar una familia protegida por la Constitución*.

[77] Las parejas homosexuales podrán serlo y podrán decirlo –inclusive podrán unirse formalmente mediante sociedades de convivencia– pero deberán admitir ser relegadas a una **categoría inferior** a la de las parejas heterosexuales, una categoría que no les reconoce las virtudes suficientes para pasar de ser *pareja* a ser *familia*. O bien, podrán casarse y llegar a ser padres biológicos –sobre todo en el caso de las lesbianas, porque la biología no la puede controlar el Procurador– pero, al excluirseles de la adopción, se les negaría el reconocimiento legal de que **son tan aptos para ser buenos padres como los heterosexuales**.

³⁷ Kenji Yoshino, “Covering”, *Yale Law Journal*, 2002, vol. p. 772. Traducción libre del inglés, énfasis agregado.

³⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

1.3.3.- La inspiración autoritaria del Procurador

[78] La demanda de acción de inconstitucionalidad del Procurador representa una posición intolerante hacia la homosexualidad en su declive, en su nadir. El Procurador General de la República pretende instrumentalizar nuevamente al derecho para frenar el cambio social controvirtiendo en la vía judicial decisiones soberanas de un órgano legislativo que reconoce un cambio social y lo tutela a través de normas jurídicas. En el caso de mérito, la cuestión es todavía más delicada puesto que el fundamento de la pretensión se sustenta en una concepción autoritaria del Estado en relación con la familia y los menores.

[79] La posición autoritaria del Procurador General de la República trata de encontrar sustento en una de las pocas referencias que hace a pie de página en el cuerpo de la demanda, visible a fojas 16 del escrito en cuestión, que a la letra dice:

[80] "... Por otro lado, si bien no debe considerarse a la familia como una persona jurídica con independencia de sus integrantes también los es que sí constituye un organismo jurídico, puesto que sus miembros, no tienen derechos individuales en cuanto integrantes de ella, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca de interdependencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por la ley..." Cita: Cicu, Antonio, *El derecho de familia*, trad, S. Sentís. Melendo, Ediar, B. Aires, 1947, página 117. (Sic)

[81] El Procurador General de la República invoca, a fin de sustentar su "modelo ideal" de familia, a Antonio Cicu. Si se explora la obra de Cicu, más allá de la referencia ofrecida por el Procurador, se encuentran rápidamente nociones incompatibles con el concepto de familia que hoy en día se reconoce en sociedades plurales y que consagran el derecho fundamental a la igualdad:

[82] "Así como la unión sexual se ha elevado a unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana.

[83] "Quien no tenga en cuenta esto, difícilmente podrá entender el concepto y el valor de la **familia legítima** y lo delicado del problema que representa al legislador la tutela de la **prole natural**."³⁹

[84] De la cita se desprende: a) el sustrato religioso que subyace a la concepción de familia de Cicu (unión de almas); b) el que, en su concepto, la distinción entre la "prole natural" y la legítima constituye una categorización válida de la descendencia, y c) la distinción entre familias "legítimas" y "no legítimas". Es evidente que, hoy en día, ni la legislación ni la sociedad mexicana suscriben nociones tan cerradas y excluyentes de la familia, inclusive sin tomar en consideración las familias encabezadas por parejas del mismo sexo.

[85] Sobre los derechos de los menores, las doctrinas sostenidas por Cicu no sólo resultan incompatibles con nuestro derecho constitucional y civil vigente, sino que difícilmente sirven como autoridad para proteger el interés superior del menor. Cicu nos dice:

[86] "Resulta, además, que **no se está dispuesto en general a reconocer al hijo un derecho correspondiente al deber del progenitor. Y con razón** ya que, dado que como elemento constitutivo del derecho subjetivo se considere un poder de voluntad, si, no obstante el defecto en el hijo de tal poder, se puede salvar el concepto mismo en cualquier otro caso con transferir aquel elemento, no se puede hacerlo en el caso nuestro en el que el representante es el propio progenitor."⁴⁰

³⁹ Antonio Cicu, *El derecho de familia*, EDIAR, Buenos Aires, 1947, pp. 110-111.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 129.

[87] Las doctrinas sostenidas por Cicu, tampoco son compatibles con el artículo 4 constitucional, en el pasaje mismo en que la Constitución tutela a la familia, pues mientras nuestra Carta Magna sostiene que la mujer y el varón son iguales, el autor en referencia sostiene:

[88] “...no entendería la esencia de la regulación jurídica de la familia quien desconociese en ella toda organización y la existencia de una voluntad familiar. Como tal debe entenderse la voluntad del jefe de familia en el círculo más restringido [...] Que ésta es la posición del padre y del tutor en la familia, nadie lo querrá desconocer.”⁴¹

[89] Rafael Rojina Villegas, al comentar al autor italiano, identifica plenamente la negación de la libertad personal que subyace al trabajo de Cicu:

[90] “...Partiendo Cicu de su tesis básica, o sea, de la identificación entre las relaciones familiares y las del derecho público, considera que las distintas funciones que el ordenamiento jurídico reconoce para lograr la solidaridad familiar, **excluye toda idea de libertad individual...**”⁴²

[91] Difícilmente se puede afirmar que las nociones de familia antes referidas corresponden a la tradición constitucional mexicana que abreva del ideario liberal de la Constitución de 1857 y del ímpetu progresista incorporado a ella por el revolucionario Constituyente de 1917. Es importante no perder este hecho de vista al valorar las razones que ofrece el Procurador para convencernos que, según su interpretación, el Constituyente que en 1974 incorporó la protección de la familia lo hizo para imponer un “modelo ideal” de familia. Si se toma un poco de distancia crítica y se observa cuál es la pretensión del Procurador y sus fuentes de inspiración, se verá con claridad que su interpretación del texto constitucional resulta francamente incompatible con la tradición constitucional mexicana.

1.4.- Conclusión

[92] Es importante, si se quiere resolver de fondo una controversia, llamar las cosas por su nombre. La visión del derecho, de la Constitución, de la sexualidad y de la familia propuestas por el Procurador ante esta Suprema Corte es, por decir lo menos, autoritaria, puesto que pretende imponer una visión muy particular del concepto de familia y del concepto de matrimonio. Dicha visión no es sólo excluyente, sino también incompatible con nuestro régimen de libertades constitucionales.

[93] Habiendo expuesto el marco teórico, científico e histórico desde el cual debe entenderse el debate relativo a la extensión del derecho a contraer un matrimonio y formar una familia mediante la adopción, se pasa a continuación a exponer en forma sintética los principales fundamentos constitucionales que sustentan la decisión adoptada por el Pleno de esta Asamblea Legislativa.

2. El derecho a la igualdad

[94] La Constitución consagra una multiplicidad de derechos que tienen por objeto tutelar diversos aspectos de la vida de los mexicanos, tanto en lo individual, como a nivel colectivo. La familia, la educación, el trabajo, la expresión, la movilización, la asociación, la conciencia, la vivienda, la participación política y la seguridad son sólo algunos de los aspectos que la Constitución protege y garantiza. La lista podría extenderse, pero, por ahora, lo

⁴¹ *Ibidem*, p. 117-118.

⁴² Visible en Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil I, Introducción, personas y Familia*, Editorial Porrúa, México, 2002, 32ª edición, concordada con la legislación vigente por la Lic. Adriana Rojina García, p. 420.

importante en el caso en cuestión no es sólo señalar la *extensión* de la protección constitucional, sino la premisa de dicha tutela: que se realice siempre en condiciones de igualdad.

[95] La pretensión del Constituyente plasmada en el artículo 1 constitucional no es menor: se trata de que *todos* los mexicanos gocen de los derechos consagrados en el texto fundamental. Para esta Asamblea Legislativa el imperativo constitucional no sólo se traduce en la obligación de que todas sus decisiones futuras cumplan con el principio de igualdad, sino que también la obliga a revisar sus decisiones pasadas y preguntarse si satisfacen *hoy* los requisitos que impone dicho principio. Lo anterior implica, necesariamente, reconocer que las circunstancias cambian. En ocasiones, lo que ayer tenía un sustento que *parecía* razonable y objetivo, hoy carece de él. Al respecto, el Congreso Federal ha establecido explícitamente la proscripción de, entre otras, la discriminación por motivos de preferencia sexual⁴³ al igual que lo hizo esta Asamblea Legislativa.⁴⁴

[96] Esta constante revisión se exige no sólo en el ámbito legislativo, sino también en los ámbitos administrativo y judicial. Los cambios normativos pueden obedecer, por ejemplo, a un nuevo descubrimiento científico o tecnológico, a un nuevo estudio que arroja luz sobre un problema viejo, a un análisis profundo que invita a revisar detalles previamente ignorados. También pueden obedecer a una transformación de la realidad: los problemas a los que se enfrenta la sociedad cambian y las autoridades deben diseñar nuevas estrategias para encararlos. Las armas jurídicas para combatir las injusticias pueden resultar insuficientes en un momento, siendo necesaria su revisión.⁴⁵ Asimismo, los cambios jurídicos también responden a transformaciones profundas de los valores que rigen a la sociedad. En palabras empleadas por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso referido más abajo:

[97] “Conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto. Cuando se adoptó la Declaración Universal [de los Derechos Humanos], el colonialismo y la discriminación eran vistos como fenómenos naturales, consagrados en las leyes de las naciones consideradas civilizadas y bendecidos por muchos líderes religiosos al momento de su denuncia. El patriarcado, al menos tan viejo como la mayoría de los sistemas matrimoniales, defendido por tener sustento en un hecho biológico y condonado por muchos líderes religiosos, ya no es aceptado como la norma, al menos en una gran parte del mundo. La castración severa de las mujeres y los niños era tolerada por el derecho familiar y los instrumentos del derecho internacional en ese entonces, pero hoy se considera intolerable. De manera similar, aunque muchos de los valores familiares han permanecido constantes, tanto la familia como el derecho familiar se han transformado profundamente.”⁴⁶

[98] La reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal obedece, precisamente, a este tipo de cambios. La evolución de la ciencia y las transformaciones constitucionales obligan hoy al reconocimiento de los homosexuales como *sujetos* de *derechos* y no ya como *objetos* de injurias, persecuciones y estigmatizaciones. En este sentido, se estimó indispensable permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, como parte de la

⁴³ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, artículo 4º.

⁴⁴ Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Distrito Federal, artículo 5º.

⁴⁵ Esta Asamblea Legislativa interpreta así el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, incluido en el texto fundamental en el 2001: el Constituyente, para no dejar lugar a dudas, especificó el derecho a la igualdad, prohibiéndonos discriminar con base en el género, las preferencias o el estado civil. Esta misma Suprema Corte ha interpretado el mandato constitucional de forma tal que, al enfrentarse a una situación en la que esté presente este tipo de discriminación, realizará un *escrutinio estricto* de las normas (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). Novena Época, Primera Sala, abril de 2008, Tesis 1a./J. 37/2008, Jurisprudencia).

⁴⁶ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (Doctors for Life International and Others, Amicus Curiae) (CCT 60/04); Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others (CCT 10/05)*, Corte Constitucional de Sudáfrica, 1 de diciembre de 2005, párrafo 102.

garantía del derecho a la igualdad y a la no discriminación de este grupo de la población. Las razones concretas de la decisión se abundan a continuación.

[99] El matrimonio, en su antigua definición consagrada en el Código Civil, excluía a las parejas del mismo sexo, lo que implica que diferenciaba según el género y las preferencias sexuales de los contratantes. Según esta misma Suprema Corte, tratándose de diferenciaciones, el margen de discrecionalidad que la Constitución otorga a los órganos legislativos se acota cuando a) el criterio diferenciador importa un trato desigual en cuanto al goce de otros derechos y libertades protegidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y b) el criterio diferenciador sea de los expresamente prohibidos en la propia Carta Magna.⁴⁷

[100] En primer lugar, resulta innegable que la diferenciación en cuestión importaba un trato desigual en cuanto al goce de, al menos, un derecho fundamental protegido en la Constitución: el derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia. Según el artículo 138 Quáter y 138 Quintus del Código Civil del Distrito Federal, el matrimonio es una relación jurídica familiar (esto es, un conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia). Conforme al artículo 138 Ter del Código Civil del Distrito Federal, las disposiciones que se refieran a la familia tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros. En otras palabras, las disposiciones familiares del Código Civil tienen por objeto hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 4º constitucional, primer párrafo. En este sentido, al excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio se estaba afectando su goce del derecho a la protección de la organización y desarrollo de la familia.

[101] En segundo lugar, el **criterio diferenciador** que excluía a ciertas parejas de la posibilidad de consagrar su unión mediante el matrimonio **era uno de los motivos expresamente prohibidos** en la propia Carta Magna. El que el matrimonio estuviera contemplado sólo para parejas conformadas por personas del sexo opuesto implicaba que se estaba realizando una distinción basada en las preferencias sexuales. Según el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, esa es una forma de discriminación expresamente prohibida. Ahora bien, como esta misma Suprema Corte ha reconocido, lo anterior no implica que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de esta categoría en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo.⁴⁸

[102] De acuerdo con esta misma Suprema Corte, para mantener la diferenciación entre parejas del mismo sexo y parejas de sexo opuesto o bien, para restringir el acceso a la adopción de los matrimonios del mismo sexo, hubiera sido necesario comprobar que:

[103] a) La diferenciación normativa perseguía un fin **imperativo** y no sólo “constitucionalmente aceptado” ya que se estaría diferenciando con base en una de las prohibiciones específicas y explícitas de discriminación contenidas en el artículo 1, párrafo tercero de la Constitución.

[104] b) La diferenciación normativa debía ser una medida **directamente conectada** con el fin perseguido.

[105] c) La diferenciación normativa debía ser **proporcional**, es decir, debía comprobarse que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.⁴⁹

⁴⁷ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD. Novena Época, Segunda Sala, junio de 2008, Tesis aislada 2a. LXXXV/2008.

⁴⁸ 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). Novena Época, Primera Sala, abril de 2008, Tesis 1a./J. 37/2008, jurisprudencia.

⁴⁹ IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Novena Época, Segunda Sala, junio de 2008, Tesis aislada 2a. LXXXIV/2008.

[106] Sobre la exclusión de parejas homosexuales del matrimonio o la adopción, la Suprema Corte del estado de Vermont, en Estados Unidos, en su histórica decisión *Stan Baker, et al. v. State of Vermont*, expresó lo siguiente en relación al “interés del Estado” en garantizar la procreación a través del matrimonio:

[107] “Está más allá de la discusión el que el Estado tiene un interés legítimo [...] en promover un compromiso permanente entre las parejas para proteger a sus hijos. De la misma forma es innegable que el interés del Estado se garantiza extendiendo el reconocimiento público y la protección a la unión o matrimonio, de aquellas parejas que se consideran son capaces de tener hijos, esto es, hombres y mujeres. [...] Tampoco está bajo discusión que muchas parejas del sexo opuesto se casan por razones que no están relacionadas con la procreación, que algunas de estas parejas nunca pretenden tener hijos, y que otras incluso son incapaces de tenerlos. Por lo tanto, si el propósito de la exclusión legal de las parejas del mismo sexo es “avanzar el vínculo entre la procreación y la paternidad”, [la exclusión legal] es **significativamente subinclusiva**. El derecho extiende los beneficios y las protecciones del matrimonio a muchas personas que no tienen una conexión lógica con el proclamado fin gubernamental.”

[108] “Más aún, y aunque sea difícil conseguir estadísticas precisas, no existe una disputa respecto de que **un número significativo de niños hoy están de facto siendo criados por padres del mismo sexo, y que un número creciente de niños están siendo concebidos por dichos padres a través de una variedad de técnicas de reproducción asistida.**”

[109] “Así, con o sin el reconocimiento del matrimonio, la realidad hoy es que un número creciente de parejas del mismo sexo están empleando técnicas de reproducción asistida cada vez más eficientes para concebir y criar hijos.”

[110] “Por lo tanto, al grado en el que el propósito del Estado de otorgar licencias era, y es, legitimar hijos y protegerlos, **las leyes excluyen llanamente a muchas parejas del mismo sexo que no son diferentes de las parejas del sexo opuesto para efectos del propósito perseguido**. En última instancia, la exclusión de las parejas del mismo sexo de las protecciones jurídicas que implican el matrimonio expone a sus hijos precisamente a los riesgos para los que, según el Estado, el matrimonio está diseñado a impedir. En corto, **la exclusión marital trata a personas que están en una posición similar, para efectos de la ley, de manera distinta.**”⁵⁰

[111] Algunos detractores de la reforma en cuestión esgrimieron como fin la protección del matrimonio “ideal” (entiéndase heterosexual). Suponiendo sin conceder que el matrimonio ideal se alcanzara con la simple heterosexualidad de los contrayentes y que asegurar que los matrimonios fuesen exclusivamente del tipo “ideal” fuera un fin “válido” (que no lo es), habría que comprobar que la exclusión de las parejas del mismo sexo *protege al matrimonio heterosexual*. Esto es, habría, primero que acreditar que con la *inclusión* del matrimonio homosexual, el heterosexual sufriría un menoscabo. **Reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo es inclusivo, no exclusivo y ello no genera perjuicio a persona alguna.**

[112] Tratándose de los gays y las lesbianas, “estos son los *hechos*”, que nadie de buena fe puede negar:

[113] Tienen un derecho constitucionalmente protegido a la dignidad e igualdad;

[114] Son tan capaces como los heterosexuales de expresar y compartir su amor en sus múltiples formas, incluyendo el afecto, la amistad, el erotismo y la caridad;

[115] Son también igualmente capaces de formar relaciones íntimas, permanentes, comprometidas, monógamas, leales y duraderas, de brindar un apoyo emocional y espiritual, de proveer un cuidado físico, apoyo financiero y asistencia en el hogar común;

⁵⁰ *Stan Barker et al. v. State of Vermont*, 170 Vt. 194, 744 A.2d 864 (1999).

[116] Son, conforme al derecho vigente previo a la reforma hoy impugnada, capaces de adoptar niños – individualmente o bien, mediante las sociedades de convivencia- y en el caso de las lesbianas, de parirlos;

[117] En corto, tienen la misma capacidad para establecer un *consortium omnis vitae*.⁵¹

[118] De ahí que no exista razón alguna para cuestionar la modificación al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.

3.- La libertad de expresión

[119] El matrimonio es una conducta *expresiva*. En consecuencia, se encuentra tutelada por el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo hace efectiva la garantía de libertad de expresión de las personas con preferencias sexuales distintas a las heterosexuales. Esta ampliación es importante por su vínculo con dos valores constitucionalmente protegidos: el libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y la diversidad y equidad en el debate democrático, por otro.

3.1.- El matrimonio como conducta expresiva

[120] Como se afirmó con anterioridad, el matrimonio es una conducta *expresiva*. El matrimonio *no sólo* es un acto jurídico a través del cual se adquieren derechos y obligaciones, sino que también es una ceremonia social con una importante carga simbólica a través del cual se expresan los valores, las ideas, las expectativas y los gustos propios en relación a la pareja y el amor de una manera pública y solemne, sancionada por la ley y, en consecuencia, por la sociedad.

[121] El matrimonio es una forma de expresar un mensaje, a saber: que es voluntad de los contratantes unirse ante la sociedad, con pretensión de permanencia, y que al hacerlo asumen un compromiso y que desean realizar una comunidad de vida. Si se atiende al contexto social y cultural actual, el mensaje puede ampliarse: casarse es expresar el amor que se tiene por la pareja, el compromiso exclusivo que se asume con ella, el deseo de crear un hogar común, de formar una familia, etcétera.⁵²

[122] Sin duda, los mensajes pueden ser variados y cambiar de persona en persona y de pareja en pareja, pero es necesario reconocer que las personas no sólo se casan por los beneficios legales que puede acarrear el acto, sino por la dimensión *simbólica* del mismo: **el matrimonio es una forma de expresión**.⁵³ Así lo reconoció la Corte de

⁵¹ Cfr. *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (Doctors for Life International and Others, Amicus Curiae)* (CCT 60/04); *Lesbian and Gay Equality Project and Others v Minister of Home Affairs and Others* (CCT 10/05), Corte Constitucional de Sudáfrica, 1 de diciembre de 2005, párrafo 53.

⁵² En *Baehr v. Miiike*, No. 91-1394, (1996), el Tribunal del Primer Circuito de Hawaii en Estados Unidos refirió a las múltiples razones por las cuales una persona podría desear el matrimonio: “En Hawaii y en otras partes, las personas se casan por diversas razones, que incluyen, pero no se limitan a, las siguientes: 1) tener o criar hijos; 2) la estabilidad y el compromiso; 3) la cercanía personal; 4) la intimidad y monogamia; 5) establecer una base para una relación duradera; 6) significado personal; 7) el reconocimiento de la sociedad; y 8) ciertas protecciones, beneficios y obligaciones legales y económicas. En Hawaii y otras partes, los hombres gay y las mujeres lesbianas comparten las mismas razones para querer casarse.”

⁵³ El académico David B. Cruz ahonda en el mensaje que se expresa a través del matrimonio: “Primero y antes que nada, el matrimonio civil casi siempre es un acto y una expresión de un compromiso. El compromiso marital se expresa no sólo a través de ceremonias, anillos y regalos. También se expresa a través del acto de entrar a y continuar viviendo bajo las responsabilidades del matrimonio civil, y hacer del conocimiento general que uno está viviendo como parte de un matrimonio civil. Los votos maritales adquieren una credibilidad mayor con el estatus civil. Una propuesta de matrimonio (civil) es una invitación para la pareja para unirse en una institución valorada públicamente, y no sólo para mantener una relación en el ámbito de lo privado”. “‘Just Don’t Call It Marriage’: The First Amendment and Marriage as an Expressive Resource”, *Southern California Law Review*, 2001, vol. 7, p. 933. Traducción libre del inglés.

Apelación de Ontario, Canadá en la sentencia *Halpern et al. v. Attorney General of Canada et al.* (2003), en la cual estableció que negarle el matrimonio a las parejas del mismo sexo era inconstitucional:

[123] “El matrimonio es, sin duda, una de las formas de relación personal más significativa [...] A través de la institución del matrimonio, los individuos pueden expresar públicamente su amor y compromiso. A través de esta institución, la sociedad **reconoce públicamente las expresiones de amor y compromiso entre los individuos, otorgándoles** respeto y **legitimidad** como pareja.”⁵⁴

[124] La dimensión *simbólica, pública y expresiva* del matrimonio se hace manifiesta cuando se revisa, incluso, el mismo procedimiento *legal* que se establece para su constitución, específicamente la solemnidad exigida por el artículo 102 del Código Civil del Distrito Federal:

[125] “El Juez del Registro Civil **leerá en voz alta** la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones legales que contraen con el matrimonio, *para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.*”

[125] Con el artículo anterior queda claro que el matrimonio no es sólo la *firma* de un contrato, sino directamente la expresión de un deseo y una voluntad –“Acepto...”– y la manifestación pública de sus consecuencias –“Los **declaro** unidos en nombre de la ley y de la sociedad”–.⁵⁵

[126] Si se reconoce, además, el proceso previo a la celebración del matrimonio, así como la celebración misma, la importancia que para los individuos tiene en tanto *expresión* de su amor y compromiso es manifiesta: basta pensar en lo fundamental que puede llegar a ser, por ejemplo, la propuesta del matrimonio y la portación del anillo de compromiso, la preparación de la ceremonia, el anuncio en diversos medios de la unión venidera o la difusión de la unión que ocurrió, la portación de los anillos maritales, el primer beso como pareja casada, el primer baile como pareja casada, etcétera.

[127] En este sentido, la Corte Constitucional de Sudáfrica también se pronunció respecto de la dimensión expresiva de la *ceremonia* del matrimonio y el impacto negativo que tiene en las parejas del mismo sexo cuando el derecho les niega esta forma de expresión.

[128] “Se debe señalar que el daño intangible que sufren las parejas del mismo sexo [provocado por la exclusión al matrimonio] es tan severo como la privación material. Para empezar, no tienen derecho a celebrar su compromiso en un evento público de júbilo reconocido por ley. Están obligados a vivir en un estado de vacío jurídico en el cual sus uniones resultan privadas de los regalos y las conmemoraciones de los aniversarios tan celebrados en nuestra cultura. [...] Si las parejas heterosexuales tienen la opción de decidir casarse o no, las parejas del mismo sexo deberían tener la opción de buscar un estatus y un conjunto de derechos y obligaciones a la par de los que disfrutaban las parejas heterosexuales. Se sigue que, dada la importancia que se le atribuye al matrimonio y a sus consecuencias en nuestra cultura, negarle a las parejas del mismo sexo esta elección es negarles su derecho a auto-definirse [...]”⁵⁶

⁵⁴ *Halpern et al. v. Attorney General of Canada et al.*, Corte de Apelación de Ontario, Canadá, 10 de junio de 2003, párrafo 5.

⁵⁵ Siguiendo esta línea, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica (*op. cit.*, nota 51, párrafo 64) repasó las diversas formalidades que se requieren para constituir el matrimonio, para concluir lo siguiente:

“Aunque las partes entran al matrimonio de manera libre, éste debe realizarse de manera pública y formal y una vez concluido, debe registrarse. Las formalidades para la celebración del matrimonio están perfectamente establecidas en la Ley del Matrimonio [...] y tienen por objeto asegurar que es del conocimiento público precisamente quién se casa y cuándo se casa. La certeza es importante para la comunidad a la luz de la amplia gama de implicaciones legales del matrimonio. De esta manera, el matrimonio es tomado en serio no sólo por las partes, sus familias y la sociedad, sino por el estado también.”

El énfasis que hace en el fin de las formalidades –que sea del conocimiento público quién se casa y cuándo se casa–, y las consecuencias que se le imputan a ello –que la unión *sea tomada en serio* por las partes, sus familias, la sociedad y el estado–, implica el reconocimiento de la dimensión *expresiva* del matrimonio.

⁵⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, *op. cit.*, nota 51, párrafo 72.

[129] Ahora, como bien refiere la Corte Constitucional de Sudáfrica, la expresión que implica el matrimonio va más allá de la exteriorización de los deseos y expectativas de las parejas en relación a su amor y compromiso. “Dada la importancia que se le atribuye al matrimonio y a sus consecuencias en nuestra cultura”, el mensaje que los contratantes envían podría considerarse, incluso, político: al pactar se asume el bagaje religioso, cultural, social y jurídico que está detrás del matrimonio. En este sentido, los individuos *legitiman la institución*: asumen que quieren formar parte de *ella* y lo que *significa*. No sólo le dicen que “Sí” a su pareja, le dicen “sí” a la institución, al derecho que la regula y al Estado que la sanciona.

[130] De forma refleja, la sociedad y el Estado *reconocen* esa expresión a la pareja, esa *constitución* de la pareja a través de un *acto simbólico* y *solemne*. Esto lo reconoció la Corte de Apelación de Ontario en la sentencia citada, en la cual estableció que negarle el matrimonio a las parejas del mismo sexo era inconstitucional:

[131] “El matrimonio es, sin duda, una de las formas de relación personal más significativa [...] A través de la institución del matrimonio, los individuos pueden expresar públicamente su amor y compromiso. A través de esta institución, la sociedad reconoce públicamente las expresiones de amor y compromiso entre los individuos, otorgándoles respeto y legitimidad como pareja.”⁵⁷

[132] En esta línea, si algo resulta fundamental del matrimonio entre parejas del mismo sexo es que, desde esta misma institución, buscan manifestar una idea *diferente*: que su amor es válido, tan válido como el amor entre parejas de sexo diverso; que sus preferencias son legítimas, tan legítimas como las preferencias de los heterosexuales; que la relación que entablan públicamente merece respeto y reconocimiento, el mismo respeto que merecen las relaciones heterosexuales. Al reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Estado valida a sus emisores y legitima su mensaje, *expresado de esta forma*.

3.2.- La tutela del matrimonio a la luz de la normatividad aplicable

[133] La Constitución mexicana, en su artículo 6º, define el objeto que tutela la garantía de libertad de expresión: la manifestación de ideas.⁵⁸ La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 13º, párrafo 1 y 19º, párrafo 2, respectivamente, especifican el objeto tutelado por la garantía, a saber: la manifestación de información e ideas, que se transmiten de manera oral, escrita, impresa, artística *o por cualquier otro procedimiento*.⁵⁹ Con ello reconocen que la manifestación de ideas se puede realizar de diversas *formas*. Una de esas formas, que ha sido reconocida sobre todo por la doctrina judicial internacional, es la denominada *conducta expresiva* (o *discurso simbólico*).

[134] Bajo esta categoría se incluyen las acciones u omisiones que puede realizar una persona o un grupo de personas, con el objeto de transmitir un mensaje. En el derecho comparado tenemos que se ha reconocido, por ejemplo, que la quema de una bandera puede ser un mensaje político de protesta,⁶⁰ que la quema de una cruz “transmite un mensaje de una forma dramática y efectiva”⁶¹ y que dormir en el parque que está enfrente de la

⁵⁷ Corte de Apelación de Ontario, *op. cit.*, nota 54, párrafo 5.

⁵⁸ Artículo 6. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

⁵⁹ Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 19.2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

⁶⁰ *Texas v. Johnson* (1989), 491 U.S. 397.

⁶¹ *Virginia v. Black* (2003), 538 U.S. 343.

Casa Blanca puede ser un mensaje de protesta.⁶² Esta misma Suprema Corte ha reconocido, por ejemplo, que “llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, es *símbolo* y *expresión* de la filiación religiosa judía o católica, respectivamente” y que los *actos* de culto público pertenecen “al ámbito de la *expresión institucionalizada* de la religión” (por lo que entran bajo la tutela de la “*vertiente externa*” de la libertad religiosa).⁶³

[135] En esta misma línea, esta Asamblea Legislativa reconoce que el matrimonio *–casarse–* es una conducta *expresiva*. La diferencia entre el matrimonio y los ejemplos anteriormente citados, sin embargo, radica en que el primero es un medio *creado por el Estado*. Es él quien fija los criterios sobre quién accede a este medio de expresión, establece las condiciones que deben satisfacerse para expresarse por este medio y autoriza el pacto, caso por caso. Modificar la definición del matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo, en este sentido, era fundamental para garantizar la libertad de expresión de estas personas. Vale la pena referir aquí la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que ofreció su interpretación del artículo 13º, párrafo 1 anteriormente citado:

[136] “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.”⁶⁴

[137] En esta misma línea, esta Asamblea Legislativa reconoce que la celebración del matrimonio *–casarse–* es una conducta *expresiva* y que, por lo mismo, debe hacerse extensivo a las parejas del mismo sexo para ampliar su libertad de expresión. Las parejas del mismo sexo deben tener acceso a este medio de expresión, de la misma manera en la que las parejas de sexo opuesto lo tienen.⁶⁵

3.3.- La libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad

[138] Ahora bien, ampliar la libertad de expresión de las personas con preferencias distintas a las heterosexuales en relación al matrimonio debe estimarse como un imperativo constitucional por la vinculación que guardan el matrimonio *–como acto simultáneamente público e íntimo–* con el libre desarrollo de la personalidad, derecho constitucionalmente protegido. Valga hacer referencia, de manera extensiva, al Amparo Directo Civil 6/2008, en el que esta misma Suprema Corte reconoció y definió el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su conexión con diversos derechos, para entonces vincularlo con la libertad de expresión:

[139] “El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes.”

[140] “De ahí, el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, definida ésta por el Diccionario de la Real Academia Española, como la singularización, el distintivo de la

⁶² *Clark v. Community for Creative Nonviolence* (1984), 468 U.S. 288.

⁶³ LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS. Novena Época, Primera Sala, Febrero de 2007, Tesis 1ª. LXI/2007, Tesis Aislada, Registro No. 173252.

⁶⁴ Opinión Consultiva 5/85, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 13 de noviembre de 1985, (Ser. A.) No. 5 (1985), párrafo 31.

⁶⁵ En *Reflexiones sobre la cuestión gay*, Didier Eribon refiere a la expresión pública del afecto de los heterosexuales y homosexuales de la siguiente manera: “La esfera pública es, por ejemplo, el lugar en donde los heterosexuales pueden manifestar su afecto, su sexualidad. La calle ofrece todos los días, a cualquier hora y en todas partes, el espectáculo de parejas heterosexuales de todas las edades que se besan, se cogen de la mano, por los hombros... Y los jóvenes gays, las jóvenes lesbianas -y asimismo los menos jóvenes- no tienen, durante muchos años de su vida, ninguna otra imagen de parejas y de afecto entre dos personas que la que les transmite esa representación pública de la heterosexualidad. Porque, a la inversa, la “esfera pública” es el lugar en donde los homosexuales no pueden manifestar su afecto, cogerse de la mano, besarse... so pena de que les insulten o les agredan. No pueden hacerlo y, de hecho, no lo hacen.” (*Reflexiones sobre la cuestión gay*, Anagrama, Barcelona, 2001, p. 147.)

persona. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público.”

[141] “Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo **desea proyectarse** y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.”

[142] “El derecho a la intimidad, es decir, a no ser conocidos por otros en ciertos aspectos de nuestra vida y que, por tanto, cada sujeto puede decidir revelar, es el reconocimiento del ámbito propio y reservado del individuo ante los demás, sean poderes públicos o particulares, que le garantiza el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona o familia, sus pensamientos o sentimientos. Es la plena disponibilidad sobre su vida y la decisión **de lo que puede revelar de su intimidad a los demás.**”

[143] “El ataque a la vida privada de la persona puede ocasionar un daño irreparable, en tanto toda persona tiene derecho a vivir su propia vida y desarrollarse como pueda y pretenda, sin que ello signifique ocultar información, sino que ésta pueda desarrollar su vida con libertad y con la posibilidad de resolver, a voluntad propia, qué aspectos de su vida admite exponer al conocimiento de otros, para salvaguardar su dignidad humana.”

[144] “[El] derecho a la identidad personal [...] se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. Por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.”

[145] “De igual forma, se implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera.”⁶⁶

[146] Bajo el criterio sostenido por esta Suprema Corte, existe en nuestro sistema constitucional un **derecho al libre desarrollo de la personalidad**, que implica que es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. A su vez, este derecho se desdobra en el **derecho a la identidad personal** que es, en concreto, el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia **y en la opinión de los otros**. De este último derecho, esta Suprema Corte derivó entonces un **derecho a la identidad sexual**, que implica que cada individuo se proyecta frente a sí mismo y frente a la sociedad en cuanto a sus preferencias sexuales.

[147] Ahora bien, si se considera el criterio que esta misma Suprema Corte ha fijado sobre la libertad de expresión como una “instancia esencial de autoexpresión y desarrollo individual”,⁶⁷ resulta ser que se trata de la garantía que permite que “toda persona pueda ser uno mismo, en la propia conciencia *y en la opinión de los otros*” y que “un individuo *proyecte* frente a sí mismo *y frente a la sociedad* sus **preferencias sexuales**”.

[148] Si el matrimonio es una forma de expresar no solo las preferencias sexuales de las personas, sino los compromisos y vínculos íntimos que se forman a partir de dichas preferencias, o bien los “valores, ideas, expectativas y gustos” en relación a la pareja y al amor, resulta ser que el matrimonio es un **medio** para ejercer el

⁶⁶ Amparo directo civil 6/2008. Ministro ponente: Sergio Valls Hernández. Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte, el 6 de enero de 2009.

⁶⁷ LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. Novena Época, Primera Sala, Diciembre de 2009, Tesis 1ª. CCXV/2009, Tesis Aislada, Registro No. 165760.

derecho a la identidad sexual, a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Desde esta perspectiva, a partir de las reformas que el Procurador pretende ahora suprimir, las parejas del mismo sexo ya pueden comunicar lo que sienten, lo que desean, lo que esperan, lo que *son* no sólo en la intimidad, sino de forma pública, formal y jurídica también. Pueden *ser* lo que son tanto en lo privado, como en lo público y el Estado les reconoce no sólo la posibilidad de serlo, sino la legitimidad de serlo.⁶⁸

[149] El impacto de la reforma, en este sentido, sólo puede ser positivo ya que, en palabras de la Corte de Apelación de Ontario:

[150] “[el] reconocimiento público y el aval de las relaciones maritales refleja la aprobación de la sociedad de los deseos, sueños y aspiraciones personales que subyacen a las relaciones conyugales amorosas y comprometidas. Esto sólo puede aumentar el sentido de valor y dignidad propios de un individuo.”⁶⁹

3.4.- La libertad de expresión y la pluralidad en el debate democrático

[151] Ahora, ampliar la libertad de expresión de las personas con preferencias distintas a las heterosexuales en relación al matrimonio debe estimarse como un imperativo constitucional por la importancia que ello tiene respecto del debate democrático.

[152] Sin duda, se parte de la premisa de que la libertad de expresión es relevante no sólo por su dimensión *individual* o de autoexpresión, sino también por su dimensión *colectiva*: es, como ha reconocido esta misma Suprema Corte, una pieza básica para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.⁷⁰ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[153] “La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público.”⁷¹

[154] ¿De qué manera es relevante el matrimonio, en tanto expresión, para una *sociedad democrática*? ¿Cómo es que el matrimonio, en tanto idea, forma a la opinión pública? Como ya se afirmó con anterioridad, a través del matrimonio se expresan diversas ideas, que pueden ser de carácter íntimo, pero también de carácter **político**: además del amor y del compromiso, nos dice mucho del papel de los sexos, los roles de género y la importancia de la sexualidad y de la reproducción en una relación, asuntos todos de interés público, como bien demuestra el contexto político que se ha desatado a partir de la reforma que hoy nos ocupa.

[155] Al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, se le da *voz* a un sector de la sociedad que, previamente, no había podido manifestar sus ideas de *esta forma*. En este sentido, se pone a su disposición un

⁶⁸ En este sentido, incluso podría afirmarse que la reforma también hace efectivo el derecho a la intimidad, tal y como esta Suprema Corte lo concibió en el Amparo Directo Civil 6/2008: como el derecho “que le garantiza [al individuo] el poder de decisión sobre la publicidad o información de datos relativos a su persona o familia, sus pensamientos o sentimientos” (*Ibidem*). Con la reforma, las personas con preferencias sexuales distintas a las heterosexuales cuentan con un ámbito, constitucionalmente protegido, que va desde lo íntimo hasta lo compartido, desde lo privado hasta lo público, de lo personal a lo político para expresar sus preferencias, sus compromisos, sus elecciones, sus relaciones: pueden ya *decidir* qué callar o qué expresar, y de qué manera.

⁶⁹ Corte de Apelación de Ontario, *op. cit.*, nota 54, párrafo 5.

⁷⁰ LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. Novena Época, Primera Sala, Diciembre de 2009, Tesis 1ª. CCXV/2009, Tesis Aislada, Registro No. 165760.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 64, párrafo 70.

medio –el matrimonio– que es, dada su historia y relevancia política y cultural, *fundamental* para el debate que *se está suscitando*. Se legitima al interlocutor y se le da entrada a su expresión al debate público.

[156] Se permite, así, la *oferta de un nuevo discurso*. Se permite que sean ellos –los gays y las lesbianas, los bisexuales o cualquier persona con una preferencia *distinta a la heterosexual*– que sean los que hablen. Ellos hablan, y no sólo los *Otros*. Ellos *informan* y no sólo los *Otros*. Ellos *recrean el discurso* y no sólo los *Otros*. “Se trata de producir uno mismo sus propias representaciones y, mediante este gesto, producirse como sujeto del discurso *rechazando ser únicamente el objeto del discurso de los Otros*.”⁷²

[157] Lo anterior implica reconocer que la persecución, estigmatización y encubrimiento operan también en el *lenguaje*; que ha existido (y sigue existiendo) un aparato mediático y simbólico encaminado a estigmatizar, estereotipar y silenciar a la homosexualidad. “Anormales”, “enfermos”, “perversos” y “desviados” inundan los discursos proferidos y reproducidos a lo largo y ancho del país.

[158] Considérense las siguientes expresiones –proferidas en otro contexto y desde una posición privilegiada para influir en el debate público– por el Cardenal Norberto Rivera:

[159] “[La reforma legislativa que permiten matrimonios homosexuales] ha abierto las puertas a una **perversa** posibilidad para que estas parejas puedan adoptar a niños inocentes, a quienes no se les respetará el derecho a tener una familia constituida por una madre y un padre, con los consecuentes daños psicológicos y morales que provocará tal injusticia y arbitrariedad.”

[160] “La Iglesia considera una **aberración** equiparar las uniones entre personas del mismo sexo con el matrimonio, pues éstas son incapaces de alcanzar los fines que dieron origen a esta imprescindible institución que, para los cristianos, no obedece sólo a una forma de organización social, sino que **es un orden instituido por Dios desde la creación del mundo**, y sobre esta voluntad divina que rige la moral conyugal no puede estar ninguna ley humana.”⁷³

[161] Los ejemplos de la violencia simbólica que se ejerce en contra de las personas con preferencias distintas a las heterosexuales podrían multiplicarse.

[162] Sin duda, las personas con preferencias sexuales diferentes a las heterosexuales han ido abriéndose camino en los espacios públicos, apropiándose de su lugar en el concierto de discursos que debe alimentar una democracia deliberativa. Fundamental en ello, ha sido la adquisición de una voz.⁷⁴ La reforma que hoy defendemos tiene por objeto permitir esa *representación*, esa *reapropiación*. Con ello, cambia el debate público. Ya no sólo existe una voz, si no varias. Ya no sólo existe una idea, si no varias.

[163] Con la reforma, se permite que entren a la arena pública nuevas ideas que informan qué ocurre y puede ocurrir con la familia. En este sentido, también materializa un principio democrático fundamental: el de la **diversidad**. Con la nueva definición del matrimonio, le corresponde a cada ciudadano expresar qué papel cree que debe jugar, al menos, en cuanto al sexo, el género, la sexualidad, la reproducción y el amor en las relaciones

⁷² Eribon, *op. cit.*, nota 65, p. 110.

⁷³ “Inmorales y aberrantes, las reformas aprobadas: Norberto Rivera”, *Periódico La Jornada*, martes 22 de diciembre de 2009.

⁷⁴ En palabras de Didier Eribon: “La movilización política, la acción política, son siempre batallas por la representación, el lenguaje y las palabras. Lo que se dirime ahí es saber quién define la percepción y la definición de un grupo y la percepción y la definición del mundo en general. La movilización, la acción política, muchas veces consiste, para un grupo, en la tentativa de hacer valer, de imponer la manera en que se percibe él mismo y escapar de este modo a la violencia simbólica ejercida por la representación dominante. Para los gays y lesbianas es absolutamente necesario, vital, poder dar de sí mismos sus propias imágenes, a fin de escapar las que durante tanto tiempo se han creado sobre ellos, y ofrecer de esta forma modelos positivos (o neutros, o en todo caso más conformes con la realidad) a los que y a las que sólo tienen delante imágenes negativas.” (Eribon, *op. cit.*, nota 64, p. 109.)

personales. De ahí que los únicos requisitos que debe cumplir la *comunidad de vida* que se forme son los del respeto, la igualdad y la ayuda mutua: lo demás, le corresponde a los ciudadanos determinarlo y hacerlo saber.

[164] Esta Suprema Corte reconoció, explícitamente y de forma contundente, la función del Estado, “como guardián de la libertad de expresión y del derecho a la información”, su obligación de fomentar **la pluralidad y diversidad** del debate, con el fin de “generar una sociedad más integrada, más educada y, sobre todo, más justa”.⁷⁵

[165] Es con este propósito (entre otros), y acatamiento al espíritu de la interpretación constitucional que esta Suprema Corte ha hecho de la libertad de expresión, que la representación popular de la ciudadanía del Distrito Federal aprobó la reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.

4. Conclusión

[166] Para concluir, tomamos prestadas las palabras de la Suprema Corte del estado de Massachusetts, Estados Unidos, cuando declaró inconstitucional la legislación que impedía a parejas del mismo sexo contraer matrimonio:

[167] “La prohibición del matrimonio [a parejas del mismo sexo] infunde una carga profunda e hiriente en un segmento real de la comunidad sin motivo racional alguno. La ausencia de una relación razonable entre, por un lado, una descalificación absoluta de las parejas del mismo sexo que desean vincularse mediante un matrimonio civil y, por la otra, la protección de la salud, la seguridad o, en general, el bienestar públicos, sugiere que la restricción al matrimonio tiene raíces en prejuicios persistentes en contra de personas que son (o que se cree que son) homosexuales. ‘La Constitución no puede controlar esos prejuicios, pero tampoco puede tolerarlos. Los sesgos privados pueden estar fuera del control del derecho, pero el derecho no puede, directa o indirectamente, hacerlos efectivos.’”⁷⁶

III.- Respuesta puntual a los conceptos de invalidez

1.- Primer concepto de invalidez

1.1.- Supuesta violación al artículo 16 constitucional

[168] A lo largo de las cuarenta y nueve hojas en que desarrolla su primer concepto de invalidez, el Procurador General de la República pretende que la Suprema Corte declare la inconstitucionalidad de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal por violar, a su parecer, el artículo 16 de la Constitución por considerar que al emitir las normas hoy impugnadas, el legislador omitió motivarlas suficientemente. Al respecto, se precisa lo siguiente.

[169] El artículo 16 constitucional limita el poder público al exigirle que funde y motive todos sus actos. El alcance de dicho artículo constitucional varía según el acto de que se trate. Ha sido la interpretación judicial la que ha precisado el alcance de esta exigencia para cada tipo de acto del poder público. En lo que respecta a la exigencia constitucional de fundamentación y motivación en los actos legislativos, la jurisprudencia claramente señala los alcances del artículo 16 constitucional: a) la debida fundamentación se actualiza cuando el órgano legislativo actúa

⁷⁵ Acción de inconstitucionalidad 26/2006, decidida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia el 7 de junio de 2007.

⁷⁶ “The marriage ban works a deep and scarring hardship on a very real segment of the community for no rational reason. The absence of any reasonable relationship between, on the one hand, an absolute disqualification of same-sex couples who wish to enter into civil marriage and, on the other, protection of public health, safety, or general welfare, suggests that the marriage restriction is rooted in persistent prejudices against persons who are (or who are believed to be) homosexual. ‘The Constitution cannot control such prejudices but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.’” *Goodridge v. Dept of Pub. Health*, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003). Traducción libre del inglés.

dentro de sus facultades constitucionales originarias, y b) la motivación se satisface en la medida en la que el legislador regula una relación social determinada.⁷⁷

[170] A mayor abundamiento, la jurisprudencia señala con claridad, desde la séptima hasta la novena época, que el requisito de motivación no puede llegar al extremo de una explicación o justificación pormenorizadas en la exposición de motivos para la expedición de la norma jurídica. Incluso señala que está autorizada la omisión de motivación en los actos legislativos, siempre que atiendan una relación social existente.⁷⁸

[171] En consecuencia, con fundamento en los artículos 49º y 122º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene la más amplia libertad de configuración normativa dentro de su ámbito competencial, con el único límite de que el contenido de las normas no afrente al texto de la misma Constitución.

[172] La propia Procuraduría General de la República conoce estos criterios, pues a fojas 27 del escrito inicial de demanda es visible la tesis que al rubro se indica como: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”. Al citarla, el Procurador subraya y enfatiza la porción del criterio que, al descontextualizarlo, pretende le favorezca, mientras omite referir el siguiente pasaje: “...sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deben ser necesariamente materia de motivación específica...”

[173] En conclusión, debemos reconocer que el primer concepto de invalidez del Procurador General de la República es ineficaz a la luz de la libertad de configuración normativa que tienen los actos legislativos. Lo anterior, es así, por virtud del mandato de los artículos 49º y 122º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su interpretación del Pleno de ese Alto Tribunal en el cual la motivación no es un elemento esencial para la existencia de la norma jurídica.

1.2.- Razonabilidad y objetividad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al emitir la norma impugnada

[174] Como se expuso en el párrafo [170] de esta sección, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es clara sobre el alcance del significado de la fundamentación y motivación en relación a los actos legislativos: la validez de una norma general no depende de la existencia de una motivación concreta y específica de conformidad con los precedentes de la jurisprudencia que va de la séptima a la novena época.

[175] A mayor abundamiento, en diciembre de 2009, la Suprema Corte emitió una jurisprudencia sobre los niveles de exigencia que el juez constitucional debe tener a fin de no vulnerar la libertad política del legislador. La

⁷⁷ FIDUCIARIAS. LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 32-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, ADICIONADA MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 28 DE JUNIO DE 2006, NO VIOLA LA GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. Novena Época, Primera Sala, octubre de 2007, Tesis aislada 1a. CCXXXV/2007, Página: 191, No. Registro 171174.

⁷⁸ Véase: FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE LA AUTORIDAD LEGISLATIVA, Séptima Época, Pleno, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, 181-186, Primera Parte, Registro No. 232351; y FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN USO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Novena Época, Primera Sala, Tesis de jurisprudencia 1ª./J. 41/2007, mayo de 2007, No. Registro 172518.

jurisprudencia en cuestión distingue entre motivación reforzada y ordinaria,⁷⁹ y que sólo en la primera de ellas puede la autoridad judicial exigir una motivación estricta por parte del legislador. Así, se actualiza la necesidad de revisar si hay motivación reforzada sólo en el caso de que se presente una “categoría sospechosa”, esto es cuando el legislador pudiera vulnerar o infringir los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Debemos entender, por ejemplo, que estamos ante una “categoría sospechosa” cuando el legislador establece en ley un trato diferenciado entre personas por las circunstancias que refiere explícitamente el párrafo tercero del artículo 1º constitucional: raza, religión, género, preferencia, edad, discapacidades, condición social, etcétera.

[176] Pero incluso nos parece que en el caso de la existencia de una “categoría sospechosa”, el requisito de motivación establecido en la tesis de este Alto Tribunal cumple con una función justificatoria del acto soberano legislativo y que la inconstitucionalidad material de la norma en cuestión sólo puede derivar del contenido de la misma en relación con la afectación de un derecho fundamental. Para tal efecto, este Alto Tribunal al igual que muchos otros en el mundo emplean herramientas técnicas (*tests*) de escrutinio constitucional.

[177] Ahora bien, lejos de menoscabar derechos fundamentales, la reforma hoy impugnada los amplía al *eliminar* una disposición que debe calificarse dentro del concepto de “categoría sospechosa”: la exclusión del matrimonio que la ley hacía de las personas con preferencias sexuales distintas a las heterosexuales. Es más, la presente es una reforma que aterriza el derecho fundamental a la no discriminación y amplía otros derechos fundamentales como claramente se deriva del proceso legislativo que le dio origen. Estas consideraciones se contienen tanto en la iniciativa de ley como en los dictámenes y en el debate legislativo. Por todo lo anterior, debe considerarse que el concepto de invalidez esgrimido por el actor es ineficaz.

[178] Con independencia de los razonamientos vertidos en los apartados anteriores, vale la pena analizar la tesis del Procurador de que la norma impugnada carece de razonabilidad objetiva. En su demanda, el Procurador sostiene:

[179] “...la demandada no acredita, mediante una razonabilidad objetiva de que (sic) modo la institución jurídica del matrimonio hasta antes de la reforma impugnada, violaba el principio de libertad e igualdad de las personas con preferencias por otras del mismo sexo.”⁸⁰

[180] De la cita anterior se desprende que el Procurador considera que la Asamblea a) tenía la obligación constitucional de **acreditar** la oportunidad de la reforma y b) que dicha “acreditación” debía presentarse mediante la satisfacción de un criterio de “razonabilidad objetiva”. Ahora bien, esta aseveración opera en los casos en los que el acto legislativo limita los derechos fundamentales, tal y como se desprende de la jurisprudencia cuyo rubro es **GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.**⁸¹ En el caso de marras, la reforma aprobada por la Asamblea no limita derechos, sino que los amplía y por ende no le es aplicable el requisito argüido por el actor. En efecto, la reforma impugnada por el Procurador

⁷⁹ MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS, Novena Época, Pleno, diciembre de 2009, Tesis de jurisprudencia P./J. 120/2009, Registro No. 165745.

⁸⁰ Visible en la foja 34 del escrito inicial de demanda.

⁸¹ “De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.” Novena Época, Pleno, Diciembre de 2007, Tesis de jurisprudencia P./J. 130/2007, Registro No. 170740.

extiende los alcances de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución mediante el desarrollo de los de los artículos 1º, 4º, 6º y 16, entre otros. Más aún, el Procurador no acredita en qué consiste la limitación o la regulación de derechos fundamentales en el acto legislativo en cuestión. En conclusión, la validez del acto legislativo de la Asamblea no está sujeto a los criterios de objetividad y racionalidad porque no restringe derechos, sino que simplemente el acto se emitió dentro de las facultades constitucionales y reconoce una realidad social. Para controvertir el acto, la Procuraduría debió probar su afirmación sobre la limitación a los derechos fundamentales generada por el acto impugnado y su falta de razonabilidad, lo que en ningún momento hace. En todo caso, es precisamente el planteamiento del Procurador, el que debe estar sujeto a la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, toda vez que implica la restricción de derechos.

[181] El Procurador esgrime que las sociedades de convivencia son la institución que permite que las parejas del mismo sexo opten por una vida en común. Del fraseo del Procurador no sólo se desprende una mala lectura de los alcances de la Ley de Sociedad de Convivencia, sino también un lenguaje abiertamente discriminatorio hacia las parejas del mismo sexo al no expresar que dichas sociedades son una alternativa para formar una familia. La posición es errónea porque existe una clara distinción entre las instituciones del matrimonio y de la sociedad de convivencia. Determinar si la sociedad de convivencia es la regulación adecuada para las parejas del mismo sexo, no corresponde al Procurador sino a la Asamblea. Más aún, la sociedad de convivencia es apta para parejas de todo tipo (de distinto sexo o del mismo sexo). La Constitución establece la obligación de la autoridad de proteger a la familia, pero no fija parámetros para definirla o la forma en la que ésta puede integrarse. En ese sentido, corresponde a los órganos legislativos establecer diversas modalidades para su establecimiento. En el caso en cuestión, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal opta por establecer diversas alternativas para la vida en común y en su caso, para la formación de familias. De esta manera, las parejas pueden determinar qué alternativa –matrimonio, concubinato o sociedad de convivencia– se ajusta mejor a su visión de la vida, a sus proyectos y a sus intereses. Ello les permite un goce efectivo de la libertad de expresión, evita la discriminación y permite una protección adecuada de las familias, desde una concepción abierta y libre de prejuicios.

[182] Adicionalmente, existen importantes diferencias entre el matrimonio y las sociedades de convivencia. La primera y más importante tiene que ver con el nexo jurídico que se genera con motivo del matrimonio. Dicho nexo genera un compromiso conjunto y permanente de proyecto de vida que excluye otras relaciones con terceros. A diferencia de ello, la rigidez del nexo matrimonial no se hace patente en la sociedad de convivencia. Ésta permite incluso la existencia de un carácter transitorio en la relación. La sociedad de convivencia se equipara al concubinato con lo cual la regulación vigente opta por dar a la sociedad de convivencia el estatus de una situación de hecho como lo es la que regula el concubinato. En segundo lugar, el matrimonio es un acto solemne para cuya desintegración se requiere de una declaración expresa de autoridad competente. En el caso de las sociedades de convivencia la desintegración se puede dar *ipso iure*. Otra diferencia es que el régimen de bienes del matrimonio tiene una regulación expresa mediante la sociedad conyugal y la separación de bienes. En el caso de las sociedades de convivencia, existe un reenvío a la regulación establecida para el concubinato. Los derechos de una pareja en matrimonio son distintos a los de una pareja en sociedad de convivencia, ello se ilustra con temas de representación, seguridad social y extranjería, entre otros. Además, las sociedades de convivencia no son excluyentes. Esto quiere decir que se permiten el acceso de parejas del mismo sexo o de parejas heterosexuales. Seguir el argumento del Procurador en el sentido de sostener que las sociedades de convivencia son un régimen suficiente para regular las relaciones de parejas del mismo sexo, implica pensar que las parejas heterosexuales podrían gozar de la misma condición que las parejas en matrimonio con integrar una sociedad de convivencia.

1.3.- La interpretación de familia y matrimonio que el Procurador pretende imponer no se sostiene.

[183] Con independencia de su inoperancia, la interpretación del Procurador es insostenible lógicamente por las siguientes razones:

[184] A.- La existencia de figuras legalmente reconocidas, distintas al matrimonio, con base en las cuales una pareja puede legalmente formar una familia ponen en evidencia que el modelo único que pretende el Procurador no encuentra sustento en ley. En efecto, ¿existiendo otras instituciones jurídicas que regulan el estado civil, como el concubinato, por qué la Procuraduría sostendría que el matrimonio es la única vía de acceder a la familia? No toda pareja, para formar una familia, necesita recurrir al matrimonio.

[185] B.- La existencia de relaciones de parentesco independientes del matrimonio o de la pareja –entre ascendientes y descendientes o familias cuyos padres se han divorciado, por ejemplo– ponen en evidencia que la pretensión del Procurador de establecer un vínculo necesario entre familia y pareja tampoco es sostenible.

[186] C.- La ausencia de capacidad reproductiva de una pareja –infertilidad o bien, *ya no estar en edad de reproducirse*, como ocurre, por ejemplo, en las parejas mayores– no les impide ni casarse ni, para tal caso, extender el vínculo familiar por vía de la adopción. En consecuencia, la capacidad reproductiva tampoco es una condición necesaria ni del matrimonio ni de la familia.

[187] En síntesis:

[188] A.- La capacidad reproductiva no es condición necesaria, ni suficiente para formar un matrimonio o una familia.

[189] B.- La pareja tampoco es condición necesaria o suficiente para la formación de una familia.

[190] C.- El matrimonio tampoco es necesario ni suficiente para la formación de una familia.

[191] Por todo lo anterior, debe reconocerse que es insostenible pretender que pareja, capacidad reproductiva, matrimonio y familia constituyan una misma hipótesis normativa o una “unidad indisoluble” como lo pretende el Procurador.

[192] Así las cosas, no se entiende por qué el Procurador estima que no puede modificarse la regulación del matrimonio, por decisión del legislador ordinario, siendo que nuestra Carta Magna en ningún pasaje prevé al matrimonio y al concubinato, ni las uniones civiles, ni la sociedad de convivencia como únicos o necesarios medios para formar una familia. Al contrario, la Constitución, en todo caso, consagra el derecho a la protección de la familia, sin distinguir cómo está formada, quiénes la forman y la manera en la que se forma.

[193] De este modo, si la Asamblea Legislativa del Distrito Federal considera que la institución del matrimonio debe ser una vía abierta para la integración de una familia, no existe motivo sustancial para impedir tal reforma. Por el contrario, la reforma en cuestión amplía derechos a las personas, como ya se ha expresado en el presente documento. El legislador local está en libertad para diseñar la institución del matrimonio, siempre que no vulnere derechos fundamentales, como por ejemplo, discriminar por motivos de género o de preferencia. En ese sentido, la Constitución no restringe la facultad del legislador para normar el matrimonio, únicamente establece la obligación

del Estado en el sentido de proteger a la familia. Como ya se ha expresado, el concepto de familia no tiene una regulación restrictiva dentro del texto constitucional.

1.4.- La ampliación de derechos es constitucional y no exige acreditar su necesidad

[194] Como se señaló anteriormente, el Procurador argumenta una falta de motivación de las normas jurídicas impugnadas sosteniendo lo siguiente:

[195] “...En efecto, no acreditó qué derecho fundamental se restringía a las personas con orientaciones o preferencias por otras del mismo sexo antes de la reforma. Tampoco acredita la forma en que la legislación ordinaria del Distrito Federal antes de la reforma generaba discriminación, violencia, prejuicios, exclusión o anulación de igualdad...”

[196] Al respecto, cabe señalar que, con independencia de las razones por las que esta Asamblea Legislativa estimó necesario modificar la legislación por considerarla que restringía indebidamente los derechos de las personas – razones que se pueden constatar en el expediente legislativo anexo y sobre las que se abundó en el apartado II del presente escrito– la exigencia de acreditación planteada por el Procurador está fuera de lugar. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las garantías individuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos que ella misma prevé. En consecuencia, las legislaturas locales no pueden restringir las garantías constitucionales. Sin embargo, la Constitución no establece un límite a los derechos que el legislador puede otorgar por encima de las garantías constitucionales. Las garantías constitucionales son piso de los derechos fundamentales para una sociedad democrática, pero las legislaturas pueden ampliar dichos derechos fundamentales. Por tanto, el argumento del actor que señala que la Asamblea no probó la existencia de normas o actos que generaran perjuicio a parejas del mismo sexo es inválido e ineficaz ya que, en la reforma en cuestión estamos ante una ampliación de derechos, ampliación cuya “necesidad” la Constitución no exige “acreditar”. Pero sí lo demanda la realidad social.

[197] El argumento del Procurador es tan absurdo, como lo sería exigirle al Congreso de la Unión que si pretende ampliar derechos a los trabajadores por la vía legislativa, debe de “acreditar” la necesidad de ir más allá del artículo 123 constitucional. En otras palabras, el Procurador parece tener una visión *limitante* de los derechos fundamentales, en virtud de la cual la carga de la prueba estaría del lado del legislador que pretendiese favorecer al ciudadano por encima de lo establecido en la Constitución. Sobra decir que esta interpretación choca con el principio *pro homine* que rige a la forma en que deben interpretarse los derechos fundamentales.

[198] Si los razonamientos anteriores no bastasen para demostrar la inoperancia del argumento del Procurador consistente en sostener que no se *acreditó* la *necesidad* de ampliar derechos, la jurisprudencia es clara al señalar que la ampliación de derechos es una facultad de los congresos locales según su ámbito de competencia.⁸²

[199] En este contexto, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal conforme al artículo 122º, apartado C, Base Primera, fracción V, inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene facultades para emitir leyes en materia civil. Las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para emitir leyes en

⁸² DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA, Novena Época, Segunda Sala, noviembre de 2002, Tesis aislada 2a. CXXXIX/2002; y DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Novena Época, Primera Sala, julio de 2008, Tesis aislada 1a. LXV/2008.

materia civil son tan amplias y bastas como para emitir las porciones normativas que hoy son materia de debate, tal y como lo ordenó el órgano revisor de la Constitución General en 1996. Sirve de sustento para la afirmación anterior, la ejecutoria de la jurisprudencia que a pie de página se indica.⁸³ De tal suerte que la ampliación de derechos es claramente una facultad constitucional de la Asamblea Legislativa.

1.5.- Omisión legislativa

[200] El Procurador General de la República sostiene:

[201] “Como se aprecia de la simple lectura de la sesión de las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, de Equidad y Género y de Derechos Humanos, de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (...) **no se desprende que, antes de aprobar las normas impugnadas, se haya entrado al estudio integral del probable impacto psico-emocional de los menores sujetos a la adopción por matrimonios o concubinatos conformados por personas del mismo sexo**; es decir, el pleno de dicho cuerpo colegiado no analizó el dictamen presentado desde el punto de vista del interés superior del menor y sólo se centró otorgar (sic) un “derecho de adopción” a los matrimonios o uniones concubinarias celebrados entre personas del mismo sexo.”

[202] De la cita anterior, se infiere que el Procurador:

[203] A.- Presume –sin sustentar por qué ni con base en qué lo hace– que la adopción de un menor por una pareja del mismo sexo constituye en sí un daño o, al menos, un riesgo para el menor.

[204] B.- Habría esperado que la Asamblea Legislativa estableciera una cláusula que excluyera a los matrimonios entre parejas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar.

[205] Con independencia del hecho de que las presunciones, mejor dicho, *prejuicios* del Procurador resultan infundados y sin sustento (que será una cuestión que se abordará en abundancia en la respuesta al tercer concepto de violación), es indispensable abordar el problema técnico procesal que presenta su pretensión: reclamar una presunta *omisión* de la Asamblea del Distrito Federal al no haber establecido una adición al artículo 391 impugnado que excluyera de la posibilidad de adoptar a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

[206] Al respecto, es preciso señalar que:

[207] A.- En principio, la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para impugnar omisiones legislativas. Los criterios sustentados por esa Suprema Corte de Justicia sostienen que la acción de inconstitucionalidad no es el medio idóneo para que las minorías legislativas, el Procurador General de la República, los partidos políticos o en su caso, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnen la inacción del poder legislativo.⁸⁴

[208] B.- Por otro lado, los criterios del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que admiten la procedencia de la acción de inconstitucionalidad de ley por omisión legislativa se refieren a casos nítidamente acotados, que reúnan los siguientes requisitos: (i) Que exista un *mandato expreso del Constituyente Permanente* de

⁸³ Cfr. Ejecutoria de ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. EL EMPLEO DE LOS VOCABLOS EXPEDIR, LEGISLAR Y NORMAR EN EL ARTÍCULO 122, APARTADO C, FRACCIÓN V, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SE REFIEREN A SU FACULTAD DE EXPEDIR LEYES, Novena Época, Pleno, septiembre de 1999, Tesis de jurisprudencia P./J. 85/99, No. Registro 193371.

⁸⁴ OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA, Novena Época, Pleno, diciembre de 2007, Tesis aislada P. XXXI/2007.

legislar cierta materia o cierta medida; (ii) Que dicho mandato establezca un término para la creación de la norma; y (iii) Que la omisión sea parcial.⁸⁵

[209] En el caso de mérito, no se reúnen las características que exige el criterio de la Suprema Corte ya que:

[210] A.- No existe mandato alguno del Constituyente para legislar en materia de adopción y mucho menos de legislar en forma discriminatoria en perjuicio de los matrimonios entre personas del mismo sexo; y en consecuencia no existe término alguno para cumplir con dicho mandato.

[211] B.- No puede argumentarse que exista una omisión parcial del legislador, pues existe una regulación completa y suficiente de la materia de adopción.

[212] En específico, el Procurador pretende que la Asamblea Legislativa genere argumentos para no modificar una norma que no fue modificada. ¿Realmente se podría obligar a las representantes políticos a discutir la no reforma de una norma que no se modifica? ¿Cuáles son las expectativas del Procurador General de la República? ¿Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación obligue a las fuerzas políticas a discutir una norma no modificada? El planteamiento, por absurdo, no exige –ni posibilita– mayor refutación.

2.- Segundo concepto de invalidez

[213] En este apartado se responde al segundo concepto de invalidez planteado por el Procurador. En él, se muestra cómo el Procurador plantea una lectura restringida y errónea del texto del artículo 4º constitucional y del material legislativo que dio lugar a la reforma publicada el 31 de diciembre de 1974. Al efecto, se contestan punto por punto los argumentos de la actora.

[214] El procurador inicia su argumentación en el segundo concepto de invalidez con una breve exposición sobre lo que denomina “(...) *hermenéutica e interpretación de la Carta Magna* (...)”⁸⁶ A continuación añade lo siguiente:

[215] “Sobre el particular existe una multiplicidad de métodos o criterios para interpretar la Norma Suprema de la Nación, las cuales son válidas, siempre que justifiquen la aplicación material de su contenido o que desentrañen el espíritu de su creador –Poder Constituyente– y sobre todo se debe estudiar la realidad que impera en el momento histórico en que se modifican las normas constitucionales.”⁸⁷

[216] La lección de interpretación constitucional continúa en esa misma página:

[217] “Lo anterior se inicia con una interpretación histórica (se analizan los aspectos históricos, es decir, se examinan los debates parlamentarios), en su caso se puede hacer una interpretación gramatical, que por lo regular no es la adecuada, pues atiende al significado del texto de las palabras y realiza las operaciones necesarias para establecer el sentido de la norma constitucional; otra corresponde a una interpretación lógico-sistemática.”

[218] En la página siguiente, el actor continúa con su heterodoxa exposición sobre interpretación constitucional, misma que concluye sin citar una sola fuente jurisprudencial. Hecho lo cual, considera que el campo está preparado

⁸⁵ SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LAS LEGISLATURAS LOCALES NO HAYAN CREADO ANTES DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2006 LAS LEYES, INSTITUCIONES Y ÓRGANOS PARA LA APLICACIÓN DEL DECRETO DE REFORMA AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE DICIEMBRE DE 2005, CONFIGURA UNA VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL POR ACTUALIZARSE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA, Novena Época, Pleno, septiembre de 2008, Tesis de jurisprudencia P./J. 72/2008.

⁸⁶ Página 53 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

⁸⁷ Página 53 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

para proponer una muy particular lectura del artículo 4º de la Constitución a la luz del proceso legislativo que dio lugar a la reforma de dicho precepto publicada el 31 de diciembre de 1974.

[219] La propuesta de interpretación constitucional resulta inatendible e insostenible. El actor no proporciona elemento alguno para sostener sus argumentos y, por el contrario, ignora tanto la jurisprudencia, como la doctrina sobre la materia. Este Alto Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la técnica a seguir en materia de interpretación constitucional.

[220] En efecto, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, los criterios establecidos para interpretar la Constitución son diversos: gramatical, analógico, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico⁸⁸ y en materia de derechos humanos, la interpretación puede ser conforme a la jurisprudencia internacional.⁸⁹ Además, esta Suprema Corte de Justicia “ha establecido que para fijar el justo alcance de una norma constitucional, el intérprete puede acudir indistintamente a cualquiera de los aludidos métodos” atendiendo al grado de dificultad para interpretar la norma o así resulte jurídicamente conveniente, de manera que no “*en todos los casos deban agotarse los referidos métodos de interpretación, pues basta con que uno de ellos la aclare para que se considere suficiente y del todo válido para lograr el objetivo buscado.*”⁹⁰

[221] A pesar de lo planteado en el apartado anterior, el Procurador considera que la interpretación idónea del texto constitucional que debe prevalecer sobre las demás es la interpretación histórica. Esta aseveración excluye los demás métodos de interpretación de la Constitución disponibles, que amplían el sentido y alcance de las garantías individuales que ella protege. Además, no existe razón o argumento alguno para justificar el empleo de dicho método de interpretación.

[222] El método empleado por el actor también ignora las reformas posteriores a la de 1974 sobre la que basa su propuesta de interpretación. Cabe señalar que de 1974 a la fecha se han publicado más de cien decretos que reforman la Constitución. Entre ellos, destacan 8 modificaciones al artículo 4º constitucional y la reforma mediante la cual se incorporó el párrafo tercero del artículo 1º constitucional que proscribía la discriminación por motivos de género y de preferencia.

[223] En cuanto a la manera en la que el actor define los alcances del artículo 4º de la Constitución, cabe señalar que su planteamiento es consecuente con los postulados de un Estado totalitario.⁹¹ Al respecto sostiene que dicha reforma tiene por objeto la igualdad del hombre y la mujer. Pero que otro de sus objetivos fue “*(...) proteger la organización y desarrollo de la familia, concebida por el Constituyente Permanente, partiendo de un modelo ideal para las generaciones futuras, como aquella conformada por padre, madre e hijos (...)*”⁹² En un pasaje posterior, el actor afirma lo siguiente: “*No escapa al suscrito que el modelo ideal así descrito por el Constituyente Permanente, no es el único que se erige como parte de la sociedad contemporánea, pero sí es el punto de referencia que debe*

⁸⁸ INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN, Novena Época, Pleno, junio de 2000, Tesis de jurisprudencia P./J. 61/2000, Registro No. 191673.

⁸⁹ JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, diciembre de 2008, Tesis aislada I.7o.C.51 K., Registro No. 168312.

⁹⁰ REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. BASTA CON QUE SE UTILICE UNO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL PARA QUE SE CUMPLA CON EL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. Novena Época, Pleno, mayo de 2007, Tesis aislada P.XVIII/2007, Registro No. 172334.

⁹¹ Ver la referencia a Antonio Cicu en el segundo apartado de este documento.

⁹² Página 54 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

guiar los actos de la autoridad ordinaria, sean federal o local, y por ello, para cumplir cabalmente el sentido de la disposición constitucional (...).⁹³

[224] Las anteriores afirmaciones indican cómo el actor concibe –mediante su peculiar técnica de interpretación– dentro del texto constitucional la existencia de un modelo de familia que debe constituirse como el punto de referencia de los actos legislativos. Ello implica la exclusión no sólo de las parejas del mismo sexo, sino también de viudas, viudos, divorciadas, divorciados y madres o padres solteros, entre otras categorías existentes en nuestra sociedad. Tal parece que desde esta lectura la aspiración de quienes no se acercan al ideal definido por el actor se encuentran sujetos a, en el mejor de los casos, políticas residuales del Estado. La visión del actor es particularmente preocupante no sólo por su limitada capacidad para interpretar el texto constitucional, sino también por su absoluta ignorancia sobre las características de la sociedad mexicana contemporánea.⁹⁴

[225] Contrario a lo sostenido por el actor, el texto del artículo 4º de la Constitución no establece un concepto cerrado de familia, sino que establece la obligación del Estado de proteger a la familia. Ello no implica la protección de un tipo particular de familia sino la protección de **todas** las familias. Este planteamiento es acorde con el sentido del artículo 1º de la Constitución cuyo tercer párrafo establece prohibiciones expresas a la discriminación motivada por *origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

[226] Bajo la anterior perspectiva, el artículo 4º constitucional aparece como el punto de partida para el establecimiento de una regulación orientada a la protección de la familia. Pero ello no implica que imponga una visión particular de lo que debe entenderse por familia. En tal virtud, los legisladores federal y local tienen la posibilidad de emitir legislación que garantice la protección del Estado a la familia, en las múltiples formas y modalidades que ésta adopta en nuestra sociedad plural y diversa. Para ello, tienen la posibilidad de extender este concepto de tal manera que se incorporen al mismo diversas manifestaciones sociales cuya regulación se estime necesaria y que permita ampliar el goce de las garantías constitucionales de la no discriminación, la libertad de expresión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada, así como la protección constitucional a la familia a personas que forman familias que no se encuentran reconocidas por la ley.

[227] La argumentación de la actora continúa en las páginas 59 y 60 de la Acción en donde sostiene lo siguiente:

[228] “(...)el matrimonio es una institución de orden público, porque el interés que con él se tutela no es el particular o individual de quienes lo forman, sino un interés superior –el de la familia–, siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y ya no meramente privado. En ese contexto, permitir a través de la reforma al Código Civil del Distrito Federal, la unión matrimonial de dos personas sin importar su sexo, no se ajusta al Texto Fundamental de proteger la organización y desarrollo de la familia tal y como la definió y concibió el Órgano Revisor de la Constitución de 1974.”

⁹³ Página 56 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad. Cabe mencionar que en esta página aparece la Tesis XXVIII/98 cuyo rubro es INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O PODER REVISOR. Sin embargo, el actor en ningún momento establece que el primer párrafo del artículo 4º constitucional es oscuro o insuficiente como para justificar la interpretación que pretende hacer del mismo.

⁹⁴ Verbigracia: Ciudad Juárez, uno de los más claros ejemplos de la ineficacia de la Procuraduría General de la República. El actor es incapaz de entender que parte de la problemática en esa ciudad tiene que ver precisamente por la existencia de visiones fragmentadas y segregantes que son incapaces de observar las necesidades de familias integradas por madres solteras, entre otras variables de familia que ahí se presentan. Una visión excluyente de familia como la que propone impide entender nuestros problemas sociales y evidentemente entorpece la acción del Estado para resolverlos.

[229] En su argumentación el Procurador no expresa de qué manera el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo afecta el derecho fundamental de proteger la organización y el desarrollo de la familia. Adicionalmente, la caracterización que realiza de la familia y del matrimonio sugiere que estas instituciones son superiores a los derechos de las personas. Esta visión parte del Estado hacia sus súbditos y no de los ciudadanos como el objeto central de protección del Estado. De seguir el planteamiento propuesto por la actora, sería necesario reconocer que los ciudadanos deben subordinarse a la forma en la que el Estado decide caracterizar a la familia y al matrimonio. Bajo esas condiciones, aspectos como el divorcio o el reconocimiento de hijos se encontrarían directamente sujetos a la visión del Estado sobre los mismos. Ello implicaría un grave retroceso en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas.

[230] En la página 61, el actor sostiene que no todas las instituciones jurídicas son para todos. Plantea que la definición de qué institución es adecuada es una cuestión de idoneidad material. La actora no expresa en qué aspecto estima que no existe idoneidad material en el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo. En líneas posteriores establece lo que identifica como *derechos y obligaciones* del matrimonio. Entre ellos establece la libertad de procreación de sus hijos para lograr su propia descendencia. Si esta es la falta de idoneidad material a la que se refiere la actora, no acierta, toda vez que la procreación dejó de ser un fin del matrimonio desde el año 2000. Ahora bien, incluso asumiendo que el descuido del actor tuviera algún sentido, su caracterización de dicha institución como idónea en tanto que uno de sus fines es la procreación, dejaría fuera de dicha institución no sólo a las parejas del mismo sexo, sino también a parejas de distinto sexo que no pueden procrear. En consecuencia, el acceso al matrimonio no sólo debería vedarse a las personas del mismo sexo, sino también a personas de diferente sexo que no puedan procrear. Semejante conclusión lleva a caracterizar el matrimonio como una institución cerrada cuyo único fin es la procreación. Con ello reduce la posibilidad de que cualquier persona opte por la institución del matrimonio como una vía para formar una familia.

[231] La conclusión a la que llega el actor en el sentido de que el artículo 146 del Código Civil viola el artículo 4º de la Constitución carece de todo fundamento. La interpretación que ofrece sobre los alcances del artículo 4º de la Constitución no tiene sustento alguno. Por otro lado, no muestra de qué forma se genera una afectación al concepto de familia con la promulgación del precepto impugnado. Tampoco presenta argumento alguno para establecer que en su cuestionable concepción de familia y de matrimonio, la reforma en cuestión significa una afectación a dichas concepciones. También debe hacerse notar el carácter excluyente de la concepción de familia y matrimonio que pretende sostener la actora. Caracterización que resulta excluyente, discriminatoria y que coloca al Estado por encima de las personas.

[232] Por el contrario, la concepción de matrimonio establecida en la nueva redacción del artículo 146 se encuentra enteramente conforme con el texto constitucional, toda vez que amplía la esfera de derechos de las personas y garantiza que no exista discriminación alguna motivada por sus preferencias.

3.- Tercer concepto de invalidez

[233] En el tercer concepto de invalidez, el Procurador impugna la validez constitucional del artículo 391 en relación con el artículo 146, pues estima que vulneran los artículos 1º y 4º párrafos sexto y séptimo, constitucionales.

[234] El Procurador *presume* –sin acreditarlo– que una adopción por un matrimonio homosexual representa un perjuicio para el menor adoptado. Sostiene que se vulneran sus derechos a la igualdad y no discriminación, sin precisar en qué sentido. La posición del Procurador sobre la adopción por una pareja homosexual establece que a los menores adoptados se:

[235] “...les priva del derecho de estar en igualdad de circunstancias, al tiempo de que al no atender al concepto de familia a que se refiere el numeral 4º constitucional, se incumplió la obligación que tenía la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de estimar en su actuar, las mejores condiciones posibles, es decir, el interés superior del menor.”⁹⁵

[236] En las páginas que siguen se analizan pormenorizadamente las afirmaciones del Procurador, pero vale la pena señalar aquí las principales razones por las que la posición del Procurador no tiene sustento.

[237] A.- Que la adopción por una pareja homosexual constituya un perjuicio para el menor es un **prejuicio** del Procurador, no un hecho sustentado. La distinción entre personas, a fin de no caer en trato discriminatorio, debe ceñirse a criterios de objetividad y razonabilidad. La orientación sexual no es definitoria para establecer si una persona o una pareja es idónea para cumplir con las funciones que demanda el ejercicio de la paternidad/maternidad. Las decisiones sobre la idoneidad para establecer quién es apto para adoptar corresponden a las instituciones competentes de conducir el procedimiento de adopción y a ellas les toca determinar, caso por caso, quién es apto y quién no lo es, después de revisar las circunstancias y condiciones que exige la ley. Considerar que una persona o una pareja no es apta para adoptar en función de sus preferencias implica un trato desigual y diferenciado que no es razonable ni objetivo y consecuentemente, resulta opuesto a lo establecido en el artículo 1º de la Constitución.

[238] B.- Al sostener que ser adoptado por una pareja homosexual “priva del derecho de estar en igualdad de circunstancias” al menor adoptado, el Procurador está implícitamente sosteniendo que a) la preferencia sexual y/o el sexo de los padres es una variable determinante en su *calidad* como padres o madres; y b) que el ser homosexual hace *no tan buenos padres o madres* a las personas. Las afirmaciones del Procurador se estiman discriminatorias e infundadas, por lo que no pueden sustentar una imputación de inconstitucionalidad y, por el contrario, reflejan actitudes inadmisibles en un funcionario público a la luz del artículo 1º constitucional en su párrafo tercero. Se insiste, la determinación sobre la aptitud para adoptar debe ser el resultado de un análisis concreto y basado en las circunstancias y condiciones particulares de los aspirantes.

[239] C.- El argumento del Procurador es ineficaz, con independencia de que sea falso. Los homosexuales pueden, desde tiempo atrás, adoptar como individuos (pues la regulación de la adopción en nada remite a la preferencia sexual del adoptante para determinar su idoneidad como candidato a adoptar) y como parejas (pues como se explicará, vía sociedades de convivencia las parejas homosexuales ya tenían posibilidad de adoptar desde el año 2006). En este contexto, negar a los matrimonios homosexuales la posibilidad adoptar resulta no sólo absurdo, sino contraproducente, pues se estaría excluyendo de la adopción *sólo* a las personas homosexuales casadas. Los individuos homosexuales y las parejas homosexuales unidas en sociedad de convivencia podrán continuar gozando del derecho a adoptar, y los menores a ser adoptados.

⁹⁵ Página 98 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

3.1.- El interés superior del menor de 18 años y la pretensión del Procurador de imponer un modelo específico de familia

[240] Una vez que quedó demostrado que la pretensión del Procurador de declarar inconstitucional el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal es improcedente por razones técnico-procesales (ver *supra* posicionamiento preliminar), y a fin de no obviar el debate de fondo que el Procurador pretende entablar en torno a la constitucionalidad del artículo 391, pasamos a analizar sus argumentos sustantivos.

[241] Al pasar a la sustancia de los argumentos del Procurador, encontramos que su pretensión de inconstitucionalidad del artículo que regula la adopción se centra en la figura del “interés superior del menor”. Como se demostrará en los apartados subsecuentes, el Procurador (a) pretende utilizar el interés superior de la infancia como justificación para imponer un modelo único de familia e, igualmente grave, (b) sustenta sus argumentos en prejuicios, no en hechos. Veamos.

[242] Tras una larga exposición⁹⁶ que versa sobre la adopción en general, el principio constitucional del interés superior del menor y su consagración en distintos instrumentos nacionales, internacionales y jurisprudenciales, y la relación entre ambos –exposición en la que ni se aluden a, ni se ofrecen argumentos que sustenten la inconstitucionalidad de las normas impugnadas– el Procurador concluye que:

[243] “En suma a todo lo anteriormente expuesto, el ejercicio de los derechos fundamentales de las niñas y niños, se encuentran por encima de cualquier otro interés, incluyendo el de sus padres, pues al ser la infancia concebida ya como sujeto de derechos, los niños y niñas pueden ejercerlos en todo momento y las autoridades están no sólo obligadas a garantizar ese ejercicio, sino a velar por que el mismo se cumpla. Cuando se anteponen (sic) los derechos de la infancia con los de sus padres, **la autoridad tiene obligación de ponderar por encima de cualquier otro, ese derecho infantil.**”⁹⁷

[244] En este punto el Procurador General de la República trata de colocar al Máximo Tribunal en un falso debate, pues nunca especifica en qué consiste la colisión de derechos. Ello es así, pues no existe tal colisión. Los artículos 390 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal son el mecanismo diseñado para garantizar la idoneidad de los aspirantes al acto de adopción. Existiendo este mecanismo, no se puede discutir una posible colisión de derechos. En el caso de mérito, por ser normas de corte heteroaplicativo será caso por caso donde se decida el interés superior de la infancia por parte de nuestros jueces y autoridades administrativas.

[245] La tesis del Procurador de que todo menor tiene derecho a vivir en una familia integrada por una pareja de personas de distinto sexo, no se sostiene, en primer lugar, porque como quedó demostrado en el apartado en que se dio respuesta al Segundo Concepto de Invalidez, es falso que la Constitución tutele solamente un “modelo ideal” de familia y mucho menos que pretenda imponerlo. Ahora bien, obviando esta razón fundamental de la inviabilidad de la tesis del Procurador tenemos que:

[246] A.- El interés superior del menor no puede identificarse ni siempre, ni como regla general, por la correspondencia de su familia a un modelo ideal. El interés superior del menor debe ser siempre ponderado caso por caso y no presupuesto mediante la identificación con un modelo específico de familia, pues de lo contrario se dejarían de tomar en consideración, precisamente, los intereses de cada menor.

⁹⁶ Páginas 65 a 83 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

⁹⁷ Página 83 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

3.2.- El presunto daño a los menores adoptados por matrimonios entre personas del mismo sexo

[247] Partiendo de un presupuesto no sustentado, demostrado o explorado –que el tener padres/madres del mismo sexo representa un riesgo y/o un daño para los menores– el Procurador sostiene que la obligación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal prefirió los derechos de los adultos por encima de los derechos de los menores. A continuación se analizan las afirmaciones del Procurador y se demuestra que su pretensión resulta insostenible.

[248] El Procurador sostiene lo siguiente:

[249] “Lo anterior cobra mayor relevancia si atendemos a **la posibilidad** no explorada, ni razonada ni considerada siquiera por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la emisión de las normas que aquí se combaten, de que mediante las modificaciones legales antes enunciadas, **se pueda propiciar que los menores adoptados por matrimonios de personas del mismo sexo, 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.**”

[250] “Así, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, mediante los preceptos impugnados, contrario al principio del interés superior del menor, **otorgó una injustificada e inconstitucional prevalencia al derecho de los adultos de formar una familia, sin tomar en cuenta el impacto que representa en los derechos y el interés superior del niño.**”

[251] “Ello aunado a que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no razona ni expone en el dictamen ni en la discusión en comisiones **alguna evidencia probada** o argumento sólido en el sentido **de que con el otorgamiento de menores en adopción a matrimonios o uniones concubinarias conformados por cónyuges del mismo sexo no se afecta el integral desarrollo del menor, su igualdad y su no discriminación.** Dicha omisión trae como consecuencia una flagrante violación al numeral 4º constitucional por lo que hace al principio del interés superior del menor que estaba obligado a atender el demandado emisor de la norma y su promulgador.”

[252] “...no se deben emitir ordenamientos jurídicos que **ocasionen que los menores adoptados se encuentren en condiciones de desigualdad** respecto a otros adoptados por matrimonios formados por un hombre y una mujer.”⁹⁸

[253] De la cita anterior se desprende que:

[254] A.- El Procurador **presume** que pertenecer a una familia homoparental representa un daño a un menor.

[255] Es importante analizar con detalle cómo el Procurador construye su presunción de daño. Como se puede apreciar de la cita, el actor inicialmente habla de “la posibilidad” de que “se pueda propiciar” que los hijos en familias homoparentales “no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo.” Hasta aquí, las afirmaciones del Procurador son moderadas y cautas. Sin embargo, rápidamente, el Procurador pasa a hacer aseveraciones más categóricas, al sostener que el pertenecer a una familia homoparental “representa” un “impacto” en los “derechos e interés superior del niño”. Hacia el final del pasaje citado, el Procurador sostiene que el permitir que menores sean adoptados por parejas homosexuales “ocasión (sic) que los menores adoptados se encuentren en condiciones de desigualdad respecto a otros adoptados por matrimonios formados por un hombre y una mujer.”

⁹⁸ Páginas 85 y 86 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

[256] Como se puede apreciar, el Procurador pasa de afirmar una posibilidad –de que las parejas homosexuales no sean el ambiente “más propicio”– a sostener categóricamente que la posibilidad de ser adoptado por una pareja homosexual es causa (ocasiona) de que el menor reciba un trato desigual y sea discriminado.

[257] Al respecto, es fundamental subrayar que **en ningún momento durante su argumentación** el Procurador sustenta con hechos sus presunciones. En ningún momento acredita no sólo el daño, sino inclusive su posibilidad. En consecuencia, y en la medida en la que el Procurador no acredita con hechos sus aseveraciones, debemos de tener siempre en mente que la discusión parte de un presupuesto –más precisamente, de un **prejuicio**– del Procurador.

[258] B.- El Procurador considera que el decreto impugnado *abrió la posibilidad* de que parejas homosexuales adopten a menores. (“el otorgamiento de menores en adopción a matrimonios o uniones concubinarias conformados por cónyuges del mismo sexo”)

[259] C.- El Procurador considera que la Asamblea Legislativa estaba obligada a *demostrar* que la adopción de un menor por parte de una pareja homosexual no constituye un perjuicio al menor. Esto es, el Procurador considera que la Asamblea estaba obligada a **acreditar el hecho negativo** consistente en la **ausencia de una afectación** a los menores adoptados por un matrimonio homosexual.

[260] D.- Tomando en cuenta que el Procurador, en el concepto de invalidez en comento, pretende la inconstitucionalidad del artículo 391 referente a la adopción podemos inferir que el Procurador habría querido que la Asamblea Legislativa, al legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, hubiera establecido un precepto que *excluyera* a los matrimonios formados por personas del mismo sexo de la posibilidad de adoptar.

[261] A continuación se responde a cada una de las posturas del Procurador enunciadas en el apartado inmediato anterior, en orden inverso al en que fueron sintetizadas en el apartado anterior:

[262] A.- Respecto de lo sostenido por el Procurador e identificado en el apartado anterior con los numerales [259] C.- y [260] D.- se precisa que la reforma impugnada equiparó a las personas para efectos de estar en posibilidades de contraer matrimonio, eliminando la referencia a su sexo. En consecuencia, el Legislador local simplemente aplicó para el caso del contrato de matrimonio los mandatos constitucionales consistentes en la prohibición de discriminar en función del género o preferencia sexual (artículo 1º constitucional) y en la igualdad jurídica entre varones y mujeres (artículo 4º constitucional). En este sentido, el Legislador ordinario simplemente aterrizó en ley ordinaria el mandato/presunción constitucional de **igualdad de las personas ante la ley**.

[263] El establecimiento de un “candado” por parte de la Asamblea Legislativa que excluyese a los matrimonios del mismo sexo de la posibilidad de adoptar, habría constituido un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales unidas en matrimonio y las parejas homosexuales unidas en matrimonio por motivos de la **preferencia sexual**. Por tratarse de un trato diferenciado por razón de una de las categorías sospechosas de ser motivo de discriminación contempladas explícitamente por el texto del artículo 1º constitucional resultaba particularmente delicado legislar en este sentido.

[264] En efecto, una norma que establece un trato diferenciado, en especial tratándose de un trato diferenciado por una de las razones explícitamente contempladas en el texto constitucional como lo es la preferencia sexual, debe de pasar una prueba de constitucionalidad que ha sido cabalmente establecida por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Primera Sala de éste Máximo Tribunal ha establecido el siguiente criterio establecido en jurisprudencia firme:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que **no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley** en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, **sino también en la ley (en relación con su contenido)**. El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a **una finalidad objetiva y constitucionalmente válida**: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: **es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido**. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que **el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales**, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye 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 insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.**⁹⁹

[265] Ahora bien, la jurisprudencia citada nos indica que se deben satisfacer los siguientes requisitos a fin de dar trato desigual a los iguales:

[266] (i) Que a la distinción subyazca un propósito que sea constitucionalmente sea válido, como lo puede ser, por ejemplo, la justiciabilidad de los derechos laborales de quienes por sus circunstancias de hecho no podrían tener acceso efectivo a la justicia de otro modo más que de un trato especial o privilegiado.

[267] (ii) Que la distinción sea razonable y apta para la consecución del fin último que la motiva; es decir la diferenciación entre dos situaciones, individuos o colectividades debe descansar en juicios o valores que atiendan a **circunstancias objetivas e irrefutables** conforme a la realidad actual de la sociedad en donde ha de aplicarse, y que además la discriminación que se pretende sea legítima ha de ser eficaz para alcanzar los fines que persigue.

⁹⁹ Novena Época, Primera sala, septiembre de 2006, Tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, Registro No. 174247.

[268] (iii) Que la distinción sea una medida proporcional, lo que a sabiendas de que cualquier trato inequitativo apareja una afectación a terceros, se traduce en que dicho demérito no puede ser mayor al beneficio que se pretende obtener con la diferenciación.

[269] (iv) Que la Constitución, en algunos casos, exige estándares particularmente altos para admitir un trato diferenciado sin que sea estimado discriminatorio. Entre tales casos debe de considerarse, sin lugar a dudas, aquéllos en que la distinción se hace por motivos de preferencia sexual, por ser la preferencia una de las categorías sospechosas explícitamente contempladas por el párrafo tercero del artículo 1º constitucional.

[270] Contrario a lo pretendido por el Procurador, esta Asamblea Legislativa no estaba obligada a probar que un matrimonio integrado por una pareja del mismo sexo no expone a los menores adoptados a un perjuicio. Por el contrario, *de haber la Asamblea Legislativa establecido una distinción entre matrimonios para efectos de la adopción por motivo de la orientación sexual o el sexo de los cónyuges entonces sí hubiera sido necesario que la Asamblea probara y argumentara debidamente la existencia de un daño a los menores con el objeto de justificar la medida discriminatoria.*

[271] Esto es, exactamente a la inversa de lo que sostiene el Procurador, la exigencia constitucional para el trato diferenciado entre personas por motivos de su preferencia sexual significa que es el establecimiento de un candado a la adopción por matrimonios homosexuales lo que exige del legislador que acredite fehacientemente a) la existencia de un perjuicio y, en consecuencia, la existencia de un fin válido que se persigue con el trato diferenciado; b) el hecho de que la prohibición de adoptar a **matrimonios** de personas del mismo sexo resultase un medio que previniera dicho daño; y c) que dicha medida –la prohibición de adoptar a matrimonios del mismo sexo– habría sido la medida menos lastimosa para los derechos de terceros al alcance del legislador.

[272] Es decir, la carga de la prueba le corresponde a quienes, como el Procurador, adoptan una posición que nuestro sistema constitucional, en principio, estima discriminatoria e inconstitucional. Ello no corresponde a la postura igualitaria y no discriminatoria adoptada por Asamblea Legislativa.

[273] Así lo advirtió la Asamblea Legislativa durante la discusión en el Pleno de la reforma hoy impugnada. En efecto, como se desprende de la versión estenográfica de la sesión celebrada el día 21 de diciembre de 2009, el dictamen sometido a consideración del Pleno contenía una adición al artículo 391 del Código Civil orientado precisamente a excluir los matrimonios entre personas del mismo sexo de adoptar a menores. Sin embargo, al reservarse la votación del artículo, la diputada Maricela Contreras Julián sostuvo literalmente:

[274] “No neguemos esa posibilidad [de adoptar a los matrimonios homosexuales] bajo el argumento de que las parejas del mismo sexo no pueden adoptar porque no tienen derecho a hacerlo. **Eso también es discriminación** y una Asamblea Legislativa progresiva como esta legislatura, no debe admitirlo.”

[275] En conclusión, la **omisión de probar** que la adopción por parte de una familia homoparental no representa un vicio de inconstitucionalidad, como lo pretende el Procurador, sino, por el contrario, resulta lo exigido no sólo lógicamente –pues probar un hecho negativo es imposible– sino también constitucionalmente: la garantía de igualdad y no discriminación establecen la carga de la prueba a quien pretende un trato discriminatorio, no a quien pretende un trato igualitario.

[276] Correspondería, en todo caso, al Procurador demostrar la existencia de un perjuicio a los menores adoptados a familias homoparentales si desea argumentar la inconstitucionalidad del artículo 391. Es ilustrativo que el Procurador no haya ofrecido un solo dato duro, una sola evidencia de la existencia de un perjuicio que **presume**, pero no demuestra. Nuevamente, el Procurador no hace más que afirmar prejuicios propios y proyectarlos a la norma constitucional.

[277] B.- Respecto de las consideraciones del Procurador identificadas con el numeral [258] B.- del apartado anterior, consistentes en sostener que la reforma impugnada abrió la posibilidad de que parejas homosexuales adopten a menores, se precisa lo siguiente:

[278] (i) Es falso que la reforma impugnada haya abierto la posibilidad de que parejas homosexuales adopten a menores. La posibilidad ya existía con anterioridad a la reforma. En efecto, vía la Ley de Sociedad de Convivencia, parejas homosexuales estaban ya en la posibilidad legal de adoptar a menores de edad.

[279] El artículo 5º de la Ley de Sociedades de Convivencia establece que:

[280] Artículo 5.- Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se registrará, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.

[281] En consecuencia, para efectos de otros ordenamientos, como el Código Civil, los convivientes tienen la misma regulación que los concubinos.

[282] Por su parte, el artículo 391 del Código Civil –antes y después del decreto hoy impugnado–, establece que los concubinos pueden adoptar como pareja. De lo anterior, se sigue que, antes de la reforma, las parejas homosexuales tenían la posibilidad legal de adoptar.

[283] Ahora, como ya se ha mencionado, los homosexuales también podían aspirar a la adopción. La regulación de los artículos 390 y 391 no establecía una proscripción general derivada de las preferencias sexuales sino que establecía que todo aspirante a la adopción, homosexual o heterosexual, debía cumplir con todos los requerimientos establecidos en ley, mismos que exigen que los candidatos a adoptar sean aptos para hacerlo. La medida que argumenta el Procurador en el sentido de proscribir la adopción a parejas homosexuales unidas por matrimonio hubiese representado una doble discriminación en contra de los matrimonios del mismo sexo, pues se les habría privado de la posibilidad de adoptar que tienen otros matrimonios (heterosexuales) y que tienen también otras formas jurídicas de establecer una vida en común por parte de parejas del mismo sexo (sociedades de convivencia entre homosexuales).

[284] Respecto a los pronunciamientos del Procurador sobre la presunción de un perjuicio en contra de los menores adoptados por parejas homosexuales y la existencia de un conflicto de derechos entre adoptantes homosexuales y adoptado es necesario reconocer que se trata de propuestas que parten de un prejuicio contrario a lo regulado por el artículo 1º constitucional. En efecto, la determinación sobre aptitud para adoptar no se ciñe exclusivamente a una posición sobre las preferencias de los candidatos. Las autoridades competentes deben atender al marco legal aplicable. En ese sentido, deben valorar caso por caso, si los candidatos cuentan con las condiciones necesarias para asumir la paternidad, entre ellas, cuestiones de grupo etario, económicas, y de salud

mental, entre otras. Este trabajo es precisamente el que garantiza el interés superior del menor en el proceso de adopción. Lo que no puede aceptarse de acuerdo con el principio de igualdad es la descalificación apriorística de un grupo de personas. Por ello, los argumentos del Procurador no son atendibles.

3.3.- De los derechos de la niñez

[285] El Procurador, señala que el efecto de las modificaciones legales en materia de adopción es que:

[286] “...se pueda propiciar que los menores adoptados por matrimonios de personas del mismo sexo, 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.”¹⁰⁰

[287] El argumento del Procurador presenta diversos problemas:

[288] a.- El Procurador sostiene que la adopción por matrimonios de personas del mismo sexo implica que los menores no puedan encontrar el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo. En primer lugar, el actor no aporta elemento alguno para probar su dicho. En segundo lugar, el actor omite considerar los alcances del artículo 390 del Código Civil del Distrito Federal que permite que las personas en lo individual puedan aspirar a la adopción. De ser cierto el planteamiento del actor, ninguna persona en lo individual –heterosexual u homosexual– pudiera aspirar a adoptar. Nuevamente, el argumento del actor parte de una visión restrictiva de la realidad social y es incapaz de entender que existen modelos de familia distintos a los que él se imagina. Contrario a lo asumido por el actor, la legislación del Distrito Federal, los tratados internacionales y la práctica generalizada sobre adopción en el mundo reconocen sin ambages que una persona en lo individual puede aspirar a adoptar y que satisfechos los requisitos para que dicho acto pueda ocurrir, éste se verifique. Es precisamente este último punto el que da al traste con el argumento del actor. El sistema de adopción vigente en el Distrito Federal establece que toda persona puede aspirar a la adopción. Pero para que ésta ocurra es necesario que los aspirantes cumplan todos los requisitos establecidos en ley. Entre dichos requisitos necesariamente se encuentra la valoración sobre la idoneidad de los candidatos para cumplir con los objetivos del acto de adoptar. En ese sentido, es evidente que las personas que no son aptas para la adopción –heterosexuales u homosexuales– no podrán acceder a la adopción. En estas condiciones, es responsabilidad del Estado revisar caso por caso, las condiciones de los aspirantes y determinar si están en condiciones de proporcionar al adoptado condiciones adecuadas para su desarrollo. Lo que no puede aceptarse es la posición prejuiciada del actor en donde solamente una familia en los términos estrechos en los que la defina el actor, pueda ser candidata idónea para iniciar el proceso de adopción. Ello no sólo implica una visión estrecha de los alcances de una familia, sino que abiertamente implica sostener una posición discriminatoria.

[289] b.- El argumento del actor, contrario a lo que sostiene, afecta el interés superior de los menores de 18 años. En efecto, los artículos 20 y 21 de la Convención sobre los derechos del niño, en vigor a partir del 2 de septiembre de 1990, establecen el derecho de los menores a ser adoptados. Dicho derecho se sustenta en la necesidad de garantizar que los menores tengan acceso a una familia y no permanezcan a cargo de instituciones públicas o privadas, en donde resulta imposible brindarles las condiciones que ofrece una familia en los términos abiertos que acepta el derecho internacional para su definición. La perspectiva defendida por el actor no repara en este derecho. En la lógica seguida por el actor, es preferible mantener a los menores al cuidado de alguna institución pública o privada, en lugar de una familia —al margen de la forma en la que ésta se defina. Para efectos prácticos,

¹⁰⁰ Página 85 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

el argumento del actor conculca el derecho de los menores a ser adoptados en términos de los artículos 20 y 21 de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Su caracterización rígida del concepto de familia, posición que carece de sustento constitucional, sustento legal, sustento lógico y sustento social, no repara en la necesidad de garantizar que los menores puedan incorporarse a una familia. El problema planteado por el actor no es el interés superior de los menores, sino la imposición de un modelo de familia rígido que si bien tiene importante presencia en nuestra sociedad, no es, por mucho, el único modelo posible ni el mejor necesariamente para las condiciones de los menores.

[290] El Procurador asume que las familias integradas por personas del mismo sexo causan un perjuicio y situaciones de desigualdad a los menores de edad y sus derechos. La parte actora plantea un concepto rígido de familia, inexistente en nuestra sociedad contemporánea y además no tiene un concepto claro sobre los derechos de la infancia, de los cuales se deriva el concepto “interés superior del niño”. En el caso de la concepción perjudiciada de familia, los argumentos del procurador han sido ampliamente rebatidos en la contestación al segundo concepto de invalidez. En consecuencia las líneas siguientes se concentran en el interés superior de los menores y la falta de entendimiento de la actora sobre sus alcances. De esta manera, se muestra cómo cualquier persona o cualquier pareja –heterosexual u homosexual– tiene el potencial para formar una familia y generar las condiciones necesarias para garantizar un desarrollo adecuado de los menores adoptados. Lo anterior en el entendido de que la adopción es el resultado de un proceso en el que tanto autoridades administrativas como judiciales revisan las condiciones –caso por caso– de los aspirantes a adoptar con el fin de cerciorarse de que los menores tendrán condiciones adecuadas para su desarrollo.

3.3.1.- La correcta protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

[291] La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por su condición especial, es uno de los aspectos del derecho con mayor protección tanto a nivel local como internacional. Derivado de la protección que ellos requieren como sujetos especiales, a nivel internacional se han diseñado instrumentos, medidas y mecanismos de protección a sus derechos. Con base en las medidas que se han tomado en el ámbito internacional, éstas deben de ser igualmente tomadas en los ámbitos locales para poder asegurar de esta manera un mínimo nivel de trato para la niñez, que permitan cumplir con los estándares internacionalmente reconocidos.

[292] En primer lugar, se tiene que entender el concepto de niña y niño. Se entiende por niño “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.¹⁰¹ Al igual que los adultos, los infantes son titulares de los derechos inalienables e inherentes a la persona humana.¹⁰² Más aún, los Estados signatarios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deben adoptar medidas especiales para que estos derechos se encuentren debidamente protegidos para los niños.¹⁰³ Es decir, tomar todas las medidas necesarias para que un niño, niña o adolescente no se vea disminuido en sus derechos por la situación especial en la que se encuentre. Asimismo, la protección de estos derechos debe

¹⁰¹ Artículo 1. *Convención sobre los Derechos del Niño*, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), entrada en vigor 2 de septiembre de 1990. (En lo subsecuente *Convención sobre los Derechos del Niño*). En todos los casos se entenderá por niño aquel que no haya alcanzado los dieciocho años, salvo los casos excepcionales que las leyes de un país determinen que esta edad se vea reducida.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Observación General No. 17*, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989), párrafos 1 y 2. (En lo subsecuente *Observación General No. 17*.)

hacerse sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento.¹⁰⁴

[293] Podemos derivar que el fin de establecer medidas especiales para los menores de dieciocho años es perseguir su correcto desarrollo físico, mental y social en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad para la niñez. Al establecer estas medidas los Estados tienen la obligación de atender siempre al “interés superior del niño”, entendiéndose por tal el ejercicio de todos sus derechos.¹⁰⁵ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que este principio “[...] 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 [...]”¹⁰⁶ Por lo tanto, las acciones del Estado y de la sociedad deben estar basadas en ese principio en lo que respecta a la protección de los niños, niñas y adolescentes, así como a la promoción y preservación de sus derechos.¹⁰⁷

[294] Aunado a lo anterior, debe recordarse que la obligación de protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no es exclusiva del Estado y de la sociedad, sino requiere de labores conjuntas con los padres.

[295] “[...] la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida en esta la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]”¹⁰⁸

[296] En consecuencia, la protección de los niños, niñas y adolescentes así como de sus derechos, debe ser una tarea conjunta entre la familia, la sociedad y el Estado en aras de lograr su verdadero desarrollo. Por ello, podemos determinar que la obligación que se plantea tanto para el Estado como para la familia, es que siempre que se tomen medidas, éstas no pongan en peligro la integridad de los niños y que por el contrario, sí deben buscar la protección del interés superior del menor de dieciocho años, así como su correcto desarrollo. En este sentido, esta Suprema Corte de Justicia ha dado prioridad a los derechos de la niñez sobre la protección a la familia.¹⁰⁹

[297] De esta manera, para poder asegurar un correcto desarrollo del niño, una de las obligaciones primarias del Estado en relación a los infantes es la de procurar que éste se mantenga con su familia en aras de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas;¹¹⁰ si el niño se desarrolla en un ambiente familiar sano, la protección de sus derechos se verá más fácilmente garantizadas. En este sentido, el Estado únicamente podrá separar al niño de su familia cuando medie una causa justificada que busque proteger el interés superior del menor de edad,¹¹¹ es decir, cuando la permanencia en su núcleo familiar ponga en riesgo de forma inminente su integridad y su correcto desarrollo, debiendo el Estado adoptar todas las medidas que garanticen los derechos más inherentes y necesarios para su correcto desarrollo.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 5.

¹⁰⁵ *Declaración de los Derechos del Niño*, A.G. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959). Principio 2; *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 3.

¹⁰⁶ *OC 17/02*, párrafo 56.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 59.

¹⁰⁸ *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, A.G. res. 45/112, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 201, ONU Doc. A/45/49 (1990). Directriz decimosegunda. (En lo subsecuente *Directrices de Riad*).

¹⁰⁹ MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, agosto de 2009, Tesis aislada I.10o.C 73 C, Registro No. 166625.

¹¹⁰ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Art. 17; *OC 17/02*, párr. 71.

¹¹¹ *OC 17/02*, párrafo 73.

[298] Al respecto, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha establecido que:

[299] “[c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro.”¹¹²

[300] Bajo este entendido, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos han sostenido límites para la injerencia del Estado en las relaciones familiares, y siempre será necesario encontrar un balance justo entre los intereses del niño y los de sus padres, pues la autoridad que se le confiere a los padres sobre el niño no implica que éstos puedan ejercer acciones arbitrarias que puedan acarrear daño a la salud y desarrollo del menor de dieciocho años.¹¹³

[301] Ahora bien, la obligación de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sólo puede ser satisfecha si el Estado ejecuta medidas positivas en aras de su cumplimiento. A este respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 4º que “el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”¹¹⁴ Es decir, el Estado deberá otorgar medios para que los particulares, entendiéndose por estos a la familia nuclear, la extensa, tutores, “*personas que adopten*” y representantes logren que se garanticen los derechos de los menores de dieciocho años a su cargo.

[302] En este sentido, el Estado se encuentra obligado de garantizar y proteger los derechos de los menores de edad en relación consigo mismo, refiriéndonos con esto al Estado, y también en relación a los actos de particulares.¹¹⁵ Por consiguiente, el Estado se encuentra obligado a no interferir de manera indebida en las relaciones privadas que el menor de dieciocho años tenga con sus familiares,¹¹⁶ salvo en los casos extremos que ameriten tal comportamiento, como lo son los casos en los que la familia nuclear, la familia extensa o tutores tengan a los niños, niñas o adolescentes en una calidad de vida que sea no esté de acuerdo con los estándares mínimos de protección a los derechos de la infancia, sujeto a condiciones de maltrato y abandono,¹¹⁷ o éste se encuentre en tal grado de descuido por parte de sus padres o familia extensa, que sus necesidades sociales básicas no puedan ser satisfechas y en su caso exista necesidad de adopción.¹¹⁸

[303] Así, la obligación de tutelar los derechos de la niñez no es obligación única del Estado, sino la misma debe desarrollarse conjuntamente con el apoyo de la familia nuclear, la familia extensa, tutores y representantes o *la obligación del Estado de colocar a los niños al interior de una familia a través de la adopción. Siendo entonces que, con un trabajo conjunto de todos estos actores, los niños, niñas y adolescentes pueden gozar de una correcta tutela de sus derechos más fundamentales.*

3.3.2.- El derecho de la infancia a ser adoptada

¹¹² *Directrices de Riad, directriz decimocuarta.* (Subrayado agregado)

¹¹³ E.C.H.R., *Buchberger v. Austria*, 2001., para. 40; E.C.H.R., *Elsholz v. Germany*, 2000 parr. 50. OC 17/02, párr. 76.

¹¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de Febrero de 1917, artículo 4º.

¹¹⁵ OC 17/02, parr. 87.

¹¹⁶ *Id.*, parr. 88.

¹¹⁷ *A v. The United Kingdom*, Corte Europea de Derechos Humanos, 1998, párrafo 22.

¹¹⁸ *Z and others v. the United Kingdom*, Corte Europea de Derechos Humanos, 2001, párrafos 73-75.

[304] El Procurador General de la República desconoce que el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a derechos de la infancia, está inspirada en la Convención sobre los derechos de las Niñas, Niños, y Adolescentes¹¹⁹ cuyo contenido da la pauta para establecer los derechos de la infancia, y cuya aplicación le es obligatoria al Estado Mexicano conforme al artículo 133º de la Constitución.

[305] Los artículos 20 y 21 de la Convención para el caso de adopción señalan:

[306] Artículo 20.- Niños/as sin cuidado familiar. Los niños/as privados de su medio familiar tendrán derecho especial a protección y asistencia, por ejemplo, colocación en hogares de guarda o, si fuera necesario, en instituciones adecuadas, o su entrega en adopción.

[307] Artículo 21.- Adopción. La adopción nacional e internacional sólo se efectuará de acuerdo con la Ley, y deberá ser autorizada por autoridades competentes. La adopción internacional no dará lugar a indebidos beneficios económicos, y deberá ser considerada como alternativa a medidas de cuidado y atención en el país de origen del menor.

[308] Como se puede apreciar de los dos artículos antes señalados: a) no existe prohibición, regulación especial o mención alguna en relación a la adopción por parte de homosexuales o parejas homosexuales y b) el tratado internacional faculta a los poderes legislativos para generar los marcos en los cuales se dé la adopción.

[309] El Procurador afirma que “la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, mediante los preceptos impugnados, contrario al principio del interés superior del menor, otorgó una injustificada e inconstitucional prevalencia al derecho de los adultos de formar una familia, sin tomar en cuenta el impacto que representa en los derechos y el interés superior del niño.”¹²⁰ El Procurador no acepta que una pareja homosexual puede formar una familia y proporcionar el ambiente adecuado para el desarrollo de un menor. Ello implica una posición irracional y discriminatoria.

[310] Para sustentar lo anterior, puede tenerse en cuenta el más reciente criterio jurisprudencial establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos que afirma que el interés superior de la niñez no está en conflicto con la adopción de parejas homosexuales.

[311] En el caso *E.B. v. France*,¹²¹ la Corte Europea al aplicar su *test* de “fin legítimo” y “proporcionalidad razonable entre los medios empleados” y “el fin que debe ser alcanzado”, declaró que Francia estableció una diferencia de trato discriminatorio al no autorizar la adopción de un menor de edad a una mujer homosexual. Por ende, la justificación de este trato por parte del gobierno no es objetiva ni razonable.¹²² Asimismo, el gobierno, al rechazar la solicitud de adopción basada en la orientación sexual del solicitante, realiza una distinción de trato que no es aceptable bajo los estándares del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹²³

[312] Además, la Corte Europea ha reiterado que para que un Estado realice diferencias justificadas en razón de la orientación sexual, se necesitan razones serias y justificadas para que no exista discriminación,¹²⁴ y que el prejuicio social relativos a que las parejas homosexuales no pueden proveer un hogar adecuado para un hijo adoptivo es eso:

¹¹⁹ Cfr. José Luis Soberanes Fernández, *La Constitución del Pueblo Mexicano*, 2ª Edición, mayo del año 2004, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2ª edición, pp. 31-32.

¹²⁰ Página 85 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

¹²¹ *E.B. v. France* (Appl. 43546/02), Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de enero de 2008.

¹²² *Ibid.*, párrafos 91-92.

¹²³ *Ibid.*, párrafo 96.

¹²⁴ *Karner v. Austria* (App. 40016/98), Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2003, párrafo 37.

un **prejuicio** social. Para la Corte Europea, diversos estudios científicos han demostrado que es irracional sostener que los hijos adoptivos de homosexuales puedan volverse ellos mismos homosexuales, que las parejas del mismo sexo son menos amorosas y cuidadosas que las parejas heterosexuales. “Este argumento no es justificable”, nos dice la Corte Europea, por el contrario: “el interés del niño demanda que ninguna categoría de padres adoptivos deba estar excluida por razones que no están relacionadas con sus cualidades personales o su aptitud para cuidar de los niños.”¹²⁵

[313] Al igual que en el caso Europeo, se estima que los alcances del artículo 1º de la Constitución, en relación con el artículo 4º y con las obligaciones internacionales adquiridas por nuestro país sobre la necesidad de garantizar el interés superior del niño, se encuentran plenamente acordes con la posibilidad de que individuos o parejas homosexuales puedan aspirar a iniciar un procedimiento de adopción. Evidentemente, ello no implica que cualquier persona que solicite adoptar necesariamente lo va a conseguir. Sin embargo, la viabilidad de la adopción no puede ser el resultado de la aplicación de una serie de reglas fundadas en prejuicios, sino en reglas y procedimientos que tengan como único propósito garantizar el interés superior del menor. Por tales motivos, consideramos que los argumentos del Procurador son ineficaces y el decreto impugnado debe ser tenido por constitucional.

3.4.- Conclusiones

[314] Por mandato constitucional expreso no es admisible presumir –prejuizar– sobre la idoneidad de una persona para ser padre o madre con base en su preferencia sexual. Hasta que no se pruebe lo contrario –y el Procurador no ha siquiera intentado hacerlo–, ni el legislador ni el aplicador del derecho pueden presumir una aptitud inferior de las parejas homosexuales para cuidar de un menor y criarlo.

[315] La preferencia sexual no es, ni debe ser, ni ha sido en el Distrito Federal, un criterio para excluir a las personas de la posibilidad de la adopción o para negar a los menores la posibilidad de ser adoptados: la idoneidad de una persona no debe ser valorada vía un prejuicio establecido en una norma general; debe ser valorada, caso por caso, conforme a las reglas que al respecto establece el régimen de adopción vigente, y dando el mismo trato a las personas, con independencia de su preferencia sexual. Proceder de otra forma –sin un sólido fundamento fáctico que indique lo contrario– no puede calificarse más que de discriminación.

[316] Prohibir a los matrimonios del mismo sexo adoptar, no tendría más efecto que el de mandar un mensaje de intolerancia y discriminación, ambos producto del prejuicio, no del sano juicio.

4.- Cuarto concepto de invalidez

4.1.- Síntesis del argumento del Procurador General de la República

[317] El cuarto concepto de invalidez sostiene, *grosso modo*, que:

[318] A.- La norma expedida por la Asamblea Legislativa generará un estado de inseguridad jurídica por constituir un conflicto de leyes entre las normas hoy impugnadas y el resto de disposiciones jurídicas en materia de actos del estado civil.

¹²⁵ *Fretté v. France* (App. 36515/97), Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de enero de 2002, párrafo 35.

[319] B.- Del punto anterior se sigue, a decir del Procurador General de la República, que la Asamblea Legislativa establece una carga desmedida para los ciudadanos, violentando los artículos 14 y 16 constitucionales.

[320] C.- De este modo, sostiene el Procurador que con la entrada de esta norma al sistema jurídico se desfiguran la autonomía y esferas de competencia de los estados, así como las facultades de la federación.

[321] D.- A su vez, el Procurador alude al pacto federal, el cual debe de prevalecer dentro del orden normativo. Su fundamento, supuestamente, lo encuentra en el artículo 121º constitucional, fracción IV sosteniendo que, habiendo distintos ordenamientos dentro de la federación y, contraviniéndose o no regulándose las disposiciones de cada uno en las otras entidades federativas, se está ante una situación de incertidumbre jurídica.

4.2.- Conflicto de Leyes

[322] En principio habría que considerar como ineficaz el argumento del Titular del Ministerio Público de la Federación por la simple razón de que hay disposición constitucional expresa, para el reconocimiento de los actos del estado civil de cada entidad en las otras, disposición constitucional que a la letra señala:

[323] 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: IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

[324] Por otro lado, desde la Octava Época esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la preocupación del Procurador General de la República al señalar que los actos de cada entidad federativa, **así contravengan normas de orden público de otras entidades, son totalmente válidos.**¹²⁶ Lo anterior es así, pues el artículo 121 de la Constitución General ordena la validez de todo acto jurídico foráneo, en donde la autoridad que tiene que evaluar el acto jurídico de otra entidad debe de analizarlo conforme a las leyes con las cuales se creó y no tomar su propio orden jurídico como punto de referencia.

[325] Ahora bien, tratándose de los actos del estado civil, la Constitución afirma de manera taxativa que tendrán validez en las demás entidades de la República. De tal suerte que en la existencia de un mandato constitucional expreso y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no hay lugar a dudas sobre la validez de los matrimonios del Distrito Federal en otras entidades de la República.

[326] En cuanto a los efectos es necesario precisar lo siguiente: el proceso descrito en párrafos anteriores se resume en: a) se crea un acto jurídico en una primera entidad de la República; b) la autoridad de una segunda entidad federativa analiza el acto jurídico a la luz de las leyes con las cuales fue creado e incorporado a su sistema jurídico; c) en actos del estado civil, cualquier duda se despeja por disposición constitucional expresa (el mismo artículo 121º, inciso IV); y d) ya incorporado el acto jurídico surte todos sus efectos legales en la segunda entidad federativa conforme a la interpretación jurisprudencial que a pie de página se indica.¹²⁷

[327] Contrario a lo que sostiene la parte actora, el artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “no” es una fuente de conflictos normativos. Lo que sí es el artículo 121 de la Constitución es una norma

¹²⁶ COMPETENCIA POR RAZON DE TERRITORIO. ES VALIDA AUNQUE EL ACTO JURIDICO QUE DIO ORIGEN AL JUICIO Y EN EL QUE FUE PACTADA SEA CONTRARIO A UNA DISPOSICION DE ORDEN PUBLICO DE LA ENTIDAD EN QUE SE OTORGO, Octava Época, Tercera Sala, noviembre de 1993, Tesis de jurisprudencia 3a./J 18/93, No. Registro 206690.

¹²⁷ ADOPCIÓN, Quinta Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación XL, Tesis, Página 3454, No. Registro 361510.

de aplicación inmediata de resolución de conflictos. Es decir, el constituyente al estar consciente del tráfico de normas interestatales creó un sistema para resolver los problemas jurídicos que pudieran surgir a partir de esto.

[328] El artículo 121 de la Constitución General, en su carácter de norma conflictual no tiene como fin la regulación de conductas, sino la permisión directa o indirecta de la regulación de esas conductas. Para la regularidad de las figuras jurídicas en todo el país el constituyente creó dos puntos de conexión: a) los actos públicos de cada entidad serán válidos en toda la república y b) las leyes de cada estado¹²⁸ sólo tienen vigencia dentro de éste.

[329] Como corolario de todo lo anterior, es preciso señalar que las entidades federativas de Morelos, Sonora y Jalisco interpusieron ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el medio de control constitucional, conocido como controversia constitucional. En dichas acciones se invocó como principio de afectación el mismo argumento aquí combatido, es decir, que el orden jurídico del Distrito Federal podría afectar el de los Estados y la Federación. El criterio del Ministro ponente fue declarar dicho argumento notoria e indubitadamente improcedente. De tal suerte, que esta cuestión ya está más que solventada por el propio texto constitucional, y jurisprudencia de la Octava y Novena Época de esta misma Suprema Corte.

[330] Sobre señalar que el publicista mexicano más reconocido en derecho internacional privado previó la situación de mérito, sin encontrar la serie de problemáticas jurídicas del actor, y sí siendo coincidente con la posición de esta Asamblea Legislativa:

[331] "... Cabe señalar que según la ley mexicana el elemento sexo (unisexual o bisexual) para contraer matrimonio es un asunto o cuestión de fondo, por lo cual la regla de conflictos mexicana nos remite a la ley reguladora del estado civil, no a la de capacidad ni de forma, sino de fondo. Aún sostenemos que en México la unión de pareja, como en *remotas épocas* y como ha sido visto y estudiado... Sin embargo, como en toda la evolución social existe la posibilidad de que por respeto a los derechos de las personas, utilidad, conveniencia, etc., el Estado decida aceptar este tipo de uniones, y a partir de este momento dejaría de afectar el orden público..."¹²⁹

4.3.- Ámbitos de competencia

[332] De este modo, el siguiente concepto pretende, en un principio, esclarecer ciertos aspectos sobre la jerarquía normativa, los ámbitos de competencia y la validez de los actos del estado civil; en una segunda pauta, ya con este marco de referencia, se pretende analizar cada uno de los argumentos esgrimidos por la Procuraduría en su acción de inconstitucionalidad, en este concepto, con la finalidad de demostrar su errónea y peculiar forma de concebir el sistema jurídico mexicano.

[333] El problema en que incurre el razonamiento del Procurador se aúna con la competencia de las entidades federativas, la facultad de la Asamblea Legislativa y, en última instancia, la jerarquía constitucional.

[334] El ordenamiento jurídico mexicano se compone, en una primera instancia y conforme al artículo 133 de la Constitución, por la Ley Suprema; dentro de la cual se jerarquiza a la Constitución, en el nivel superior del

¹²⁸ CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, MINISTRO: SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ, 18/FEBRERO/2010, SE DESECHÓ DE PLANO, POR NOTORIA Y MANIFIESTA IMPROCEDENCIA, LA PRESENTE CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, SIN EMBARGO SE DARÁ DE BAJA EN ESTADÍSTICA UNA VEZ QUE CAUSE ESTADO DICHO AUTO. (ESTE ASUNTO TIENE CONEXIDAD CON LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES 6/2010 Y 7/2010) "...ARTÍCULOS 146 Y 391 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADOS SEGÚN DECRETO PUBLICADO EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL..."

¹²⁹ Leonel Péreznieto Castro y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado*, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford University Press, octubre 2006, p. 116.

ordenamiento; los tratados internacionales, en segundo plano; y jerárquicamente inferiores a estos, las leyes generales. Para lo anterior se cita la siguiente tesis:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.¹³⁰

[335] Ahora bien, con respecto a las leyes federales y las leyes locales, éstas se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Lo que distingue sus atribuciones son los distintos ámbitos de competencia que le son asignados por el texto constitucional, tanto a la federación y como a los estados. De esta manera, se tendrán distintas facultades legislativas para el Congreso de la Unión y para las Legislaturas estatales. Para fundamentar se cita la siguiente jurisprudencia:

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACION JERARQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCION.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, ésta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la norma fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.

[336] De las dos tesis citadas podemos concluir que, contrario a lo que manifiesta el Procurador, esta es la jerarquía normativa que esta Suprema Corte ha corroborado: en una primera instancia se encuentra la Constitución Mexicana, los Tratados Internacionales y las Leyes Generales, estos como ley suprema. Por abajo, pero de manera horizontal, se encuentran las leyes federales y las leyes locales.¹³¹

[337] Es mediante esta normatividad y la jerarquización normativa que se puede sostener y mantener el pacto federal dentro de nuestro sistema jurídico. La superioridad jerárquica de la Ley Suprema y la distinción de competencias legislativas para la federación y las entidades federativas, logran que se sostenga la armonía del sistema federal y evita las inconsistencias y contradicciones del sistema mismo.

¹³⁰ Novena Época, Pleno, abril de 2007, Tesis aislada P. IX/2007, Registro No. 172650.

¹³¹ Registro No. 207030, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, VII, Marzo de 1991, Página: 56, Tesis: 3a./J. 10/91, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional

[338] En el mismo sentido, la Constitución crea un apartado específico en el cual se delimitan las competencias de la Asamblea Legislativa. En otras palabras, la norma fundamental le confiere expresamente al Distrito Federal sus atribuciones en materia legislativa, en específico en el ámbito civil. Lo anterior con base en el artículo 122º, fracción V, inciso h) de la Constitución.

[339] Si se siguen los argumentos anteriores se puede decir que pese a fundamentarse por una disposición expresa del texto constitucional, la expedición de normas que derive de la Asamblea del Distrito Federal tendrá el carácter de una norma local, lo cual la sitúa a la par de las leyes federales y las leyes locales. Por esta razón, no entra en conflicto con las facultades residuales que le confiere la Constitución en su artículo 124º a los estados de la federación, ni con el sistema jerárquico que el artículo 133º constitucional sostiene.

[340] Ahora, respecto al artículo 121º, éste se refiere únicamente al reconocimiento de validez de los actos que le son conferidos a las entidades federativas dentro del sistema jurídico. De este modo, se busca tutelar el orden jurídico. Si los estados no reconocieren la validez de los actos de otras entidades federativas, en este caso el estado civil, entonces no se podría hablar de un orden federal y una armonía de las disposiciones federales.

[341] Así, se puede concluir lo siguiente: primero, existe un orden normativo en el cual no se contraponen o subordinan los órdenes locales y el orden federal, puesto que se refieren a distintas competencias; segundo, la competencia de legislar la materia civil, en el caso del Distrito Federal, se encuentra facultada a nivel constitucional, en su numeral 122º y por último, lo que dispone el artículo 121º únicamente refiere a la validez del estado civil dentro de las distintas entidades federativas para mantener la armonía normativa en la federación.

[342] Cabe hacer hincapié en que el 121º constitucional no valida las normas expedidas en materia civil, sino sólo los actos del estado civil. Contrario a lo que sostiene y piensa el Procurador, la validez normativa se obtiene mediante la expedición de normas por el órgano competente, mientras que la validez del acto jurídico deriva del artículo 121º constitucional.

[343] Al retomar la distinción de ámbitos de competencia federal y local, se puede mencionar que la normatividad del Distrito Federal como la de las Legislaturas estatales pueden subsistir sin que exista una confrontación o contraposición normativa, siempre y cuando no contravenga a la Constitución. Así, la legislación del Distrito Federal no se encuentra subordinada a las disposiciones federales, contrario a lo que se argumenta en el cuarto concepto de violación.¹³² De igual manera con respecto a otras entidades federativas. La Constitución le ha conferido a cada uno de sus órganos legislativos la facultad de regular en materia civil.

[344] Mientras que el Procurador sostiene lo contrario,¹³³ el artículo 121º sirve para tutelar la armonía entre las distintas disposiciones normativas haciendo válidos los actos relativos al estado civil. De este modo, pueden existir distintas disposiciones por parte de los estados, sin embargo cada entidad federativa tendrá la obligación de reconocer el acto jurídico de sus similares. Es decir, el registro civil y demás órganos no tienen que expedir los documentos relativos al estado civil de las personas basándose en la normatividad de otro estado, lo único a lo que se sujetarán, ellos, como los jueces, es a dar validez a su estatus civil.

¹³² Página 102 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

¹³³ Página 100 del documento en el que se presenta la presente acción de inconstitucionalidad.

[345] Finalmente, el matrimonio de personas del mismo sexo puede ser pactado en el Distrito Federal, debido a la competencia legislativa de la Asamblea; y, debe de ser válido y respetado en las distintas entidades federativas por una obligación constitucional. De lo contrario, sí estaríamos frente a una violación al pacto federal.

4.4.- Carga desmedida para el gobernado

[346] Conforme al artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los actos del estado civil se dan ante el registro civil, es decir, el matrimonio sólo impone una obligación a cargo del estado que una vez satisfechos los requisitos de la ley de cada entidad se dé el registro.

[347] Conforme a lo esgrimido en el párrafo anterior, nunca existe una carga para los gobernados en los actos del estado civil.

5.- Quinto concepto de invalidez

5.1.- Presunta violación al artículo 133 constitucional

[348] El Procurador, en el quinto concepto de invalidez visible a foja 117, pretende hacer valer el artículo 133 de nuestra Constitución Federal, esgrimiendo el siguiente argumento:

[349] “Bajo este contexto, al prever las normas impugnadas una forma distinta de integración y protección de la familia, y, en consecuencia, la posibilidad de la adopción, vulnerando el artículo 4º constitucional, se rompe con la jerarquía del orden jurídico, puesto que la norma impugnada pretende ubicarse por encima de la misma Carta Magna.”

[350] De la cita anterior, se desprende que:

[351] A.- El Procurador cree que existe un modelo de familia que la Constitución impone en su artículo 4º.

[352] B.- El modelo de familia que el Procurador cree consagra la Constitución excluye la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio.

[353] C.- El presunto modelo constitucional de la familia excluye la posibilidad de que parejas homosexuales adopten a menores pues presume que la adopción por una pareja del mismo sexo les representa un perjuicio.

[354] D.- En consecuencia, el Procurador cree que, al alterar la composición del matrimonio y permitir que matrimonios entre personas del mismo sexo adopten, el legislador ordinario pretendió suplantar al Constituyente permanente, desviándose del modelo de familia que el Procurador cree que la Constitución impone, dejando a un lado el interés superior del menor y, en consecuencia, violentando distintas porciones del artículo 4º constitucional.

[355] Al respecto, es oportuno precisar que la inconstitucionalidad que el Procurador esgrime en este concepto depende, enteramente, de la aceptación de que existe un modelo de familia impuesto por la Constitución de forma que cualquier desviación de dicho modelo representa una afectación al artículo 4º constitucional. Como se ha sostenido en diversos pasajes del presente escrito, la Constitución no establece un modelo único de familia sino que únicamente dispone que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia. Asimismo, la constitución garantiza la igualdad de todas las personas como también ha sido reiterado en el presente escrito.

[356] En conclusión, si la reforma impugnada no transgrede el artículo 4º constitucional, tampoco es posible sostener que existe violación alguna al artículo 133 constitucional.

Por lo antes expuesto y fundado, a esta H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, atentamente solicito:

PRIMERO. Que se tenga por rendido el presente Informe en tiempo y forma.

SEGUNDO. Tener por señalado el domicilio para oír y recibir notificaciones y por acreditados a los profesionistas que se mencionan en el proemio del presente escrito, así como autorizadas a las personas referidas.

TERCERO. En su momento, dictar sentencia confirmando la constitucionalidad de las reformas impugnadas.

PROTESTO LO NECESARIO.

Distrito Federal a 23 de febrero de 2010

MARÍA ALEJANDRA BARRALES MAGDALENO

Presidenta de la Comisión de Gobierno

Asamblea Legislativa del Distrito Federal

V Legislatura