

## Problemas jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo. Análisis constitucional y de los tratados internacionales

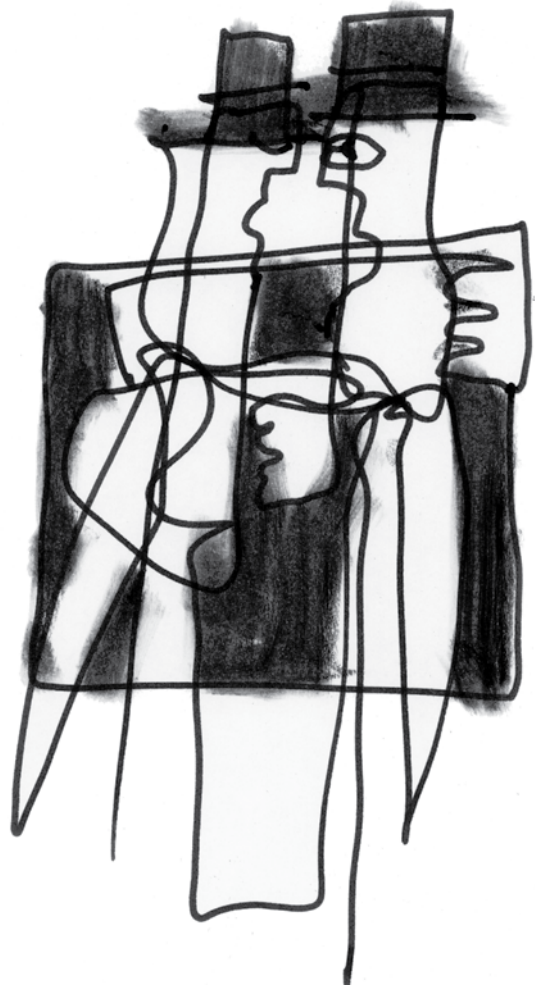
*Edward Martín Regalado*

### Introducción

El 29 de diciembre de 2009 fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la reforma al Código Civil local mediante el cual se modifica tanto el matrimonio como el concubinato a fin de que ambas instituciones estén abiertas no sólo a parejas heterosexuales, sino también a parejas del mismo sexo.<sup>1</sup> La reforma se enfoca entonces a los artículos 146 y 291 Bis del Código Civil local, los cuales definen y establecen los requisitos esenciales para contraer matrimonio o establecer una relación de concubinato, respectivamente.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> La reforma en comento entrará en vigor a los 45 días hábiles de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

<sup>2</sup> Esto implicó que no se reformaran varias disposiciones de la legislación civil local cuya aplicación presupone una unión heterosexual, v. gr. los artículos 156, fracción VIII (impotencia incurable como impedimento para contraer matrimonio), 282-B, fracción II (preferencia de la madre sobre la custodia de los menores de 12 años en caso de divorcio), 323 y siguientes (presunción de paternidad respecto de los hijos nacidos dentro de matrimonio), el orden de los apellidos de los hijos en caso de padres o madres del mismo sexo, etc.



Ahora el numeral 146 establece que matrimonio “es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”.<sup>3</sup> Antes, el mismo precepto establecía que matrimonio era “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”.

De lo anterior, se desprenden dos elementos que son fundamentales para el análisis. A fin de asemejar la unión de dos personas del mismo sexo al matrimonio en su forma tradicional fue necesario reformar esta institución en dos aspectos: (a) el matrimonio ya no exige que la relación se establezca entre personas de sexos opuestos, sino simplemente entre dos personas, y (b) la procreación hijos no es un fin del matrimonio. De esta manera, ahora “el objeto fundamental de la institución matrimonial es la realización de la comunidad de vida entre dos personas”.<sup>4</sup>

Esta reforma, según lo refiere la propia Iniciativa presentada ante la Asamblea Legislativa, tiene que ver con el principio de igualdad y no discriminación. Así, se señala en dicho documento que es “fundamental que ninguna institución, incluida la matrimonial, discrimine a las personas”,<sup>5</sup> y que “la predominancia de un modelo específico no puede ser, en modo alguno, un argumento para la ausencia de reconocimiento por parte de la legisladora de la realidad social actual (...) Esa comunidad de vida para las parejas del mismo sexo se desarrolla hoy al amparo de una Sociedad de Convivencia, que

no dota de los mismos derechos que un matrimonio o un concubinato”.<sup>6</sup>

El hecho de que en el Distrito Federal exista una Ley de Sociedad de Convivencia que prevea la unión entre personas del mismo sexo también resulta importante para este análisis.<sup>7</sup> En especial, porque, como hemos apuntado, en el centro del debate generado por esta reforma está la garantía de igualdad y la protección jurídica de las personas. Dicha Ley, al igual que la reforma al matrimonio en comento, señala como fin de la sociedad de convivencia el establecimiento de un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Al respecto es importante destacar que la Ley de Sociedad de Convivencia ya prevé (i) el deber recíproco de los convivientes a darse alimentos, siendo aplicables las reglas generales de alimentos, (ii) que en caso de terminación, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes tiene derecho a una pensión alimenticia por la mitad del tiempo que haya durado la sociedad, (iii) la generación de derechos sucesorios, siendo aplicables las reglas de la sucesión legítima entre concubinos, (iv) el ejercicio de la tutela por parte de uno de los convivientes en caso de que el otro sea declarado en estado de interdicción, siendo aplicables las reglas de la tutela legítima entre cónyuges, (v) la posibilidad de pactar las relaciones patrimoniales entre los convivientes, (vi) la subrogación del conviviente supérstite en caso de fallecimiento del otro conviviente y éste haya sido titular del contrato de arrendamiento del inmueble en que se encuentre establecido el hogar común, y (vii) en general, las disposiciones del concubinato son aplicables a las sociedades de convivencia.

La pregunta que surge, entonces, es si las uniones entre parejas del mismo sexo deben regularse bajo disposiciones especiales, como la Ley de Sociedad de Convivencia en el Distrito Federal o el Pacto Civil de Solidaridad en el Estado

<sup>3</sup> En cuanto al concubinato, ahora el artículo 291 Bis dispone que las concubinas y concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo... Esta disposición se refería antes de la reforma únicamente a “la concubina y el concubinario, lo que implicaba una relación heterosexual. Ahora, después de la reforma, la referencia inicial del artículo 291 Bis a los sujetos de esta relación es en plural, por lo que permite que exista concubinato entre personas del mismo sexo.

<sup>4</sup> Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, p. 2.

<sup>5</sup> *Idem*, p.7.

<sup>6</sup> *Idem*, p.3.

<sup>7</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

de Coahuila,<sup>8</sup> o si dichas relaciones deben regularse también dentro de la institución del matrimonio. En otras palabras, si estos dos tipos de uniones son iguales o igualables, o si son diferentes y como tal deben regularse bajo distintas instituciones. La interrogante no es pues si las personas tienen derecho a contar con el reconocimiento del orden jurídico o si tal protección está en función de su orientación sexual.

Además de las cuestiones estrictamente de constitucionalidad o de derecho internacional privado (conflicto de normas) que también se analizan aquí, es importante determinar cuál es el deber que el principio de igualdad y no discriminación impone al legislador al regular situaciones como éstas y si el Estado debe privilegiar el matrimonio en su concepto tradicional sobre otros tipos de unión (unión heterosexual, homosexual, lésbica, polígama, concubinato, sociedad de convivencia, matrimonio tradicional, matrimonio por comportamiento, matrimonio religioso, etc.), en virtud de las características propias de esas uniones.

Esto intentará responderse mediante el análisis de la reciente reforma al matrimonio en el Distrito Federal, con un triple enfoque: desde el punto de vista constitucional, a la luz de los tratados internacionales y a partir de las llamadas normas conflictuales o de derecho internacional privado. Además, se comentarán a lo largo de este estudio precedentes judiciales, nacionales e internacionales, relacionados con el tema.

### ¿Matrimonio entre iguales o diferentes sexos? Análisis a la luz de la Constitución

La Constitución Federal sólo alude al matrimonio en forma expresa en uno de sus preceptos. Su artículo 30, inciso B fracción II, establece, entre otros requisitos, que son mexicanos por naturalización *“la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer*

*mexicanos”*.<sup>9</sup> La alusión en esta disposición es, sin duda, al matrimonio heterosexual. Así se desprende del orden de sus palabras. Dicho texto se refiere claramente, primero, al matrimonio de mujer extranjera con varón mexicano y, después, al matrimonio entre varón extranjero y mujer mexicana. La inversión de los sexos en esa oración es una alusión deliberada al matrimonio heterosexual. No podía ser de otra manera, pues la concepción tradicional del matrimonio es heterosexual y el origen de la fracción en comento se remonta a 1934, año en que difícilmente el constituyente pudo haber pensado en la posibilidad del matrimonio entre personas de igual sexo.

El artículo 30 constitucional otorgaba en 1934 la nacionalidad mexicana por naturalización a *“la mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano”*,<sup>10</sup> cuyo texto también hace referencia al matrimonio heterosexual. Sin embargo, dado que el Decreto de reforma constitucional de 1974 tenía por finalidad el igualar a la mujer con el hombre,<sup>11</sup> entonces se reformó este artículo 30 para que se estableciera también el derecho de las mujeres mexicanas a transmitir su nacionalidad a varones extranjeros.

La pregunta aquí más bien es si es posible inferir que tal referencia al matrimonio heterosexual en la Constitución impide el matrimonio entre personas del mismo sexo, de manera tal que la reforma en comento resultara inconstitucional. Es decir, ¿se requiere en este caso una prohibición expresa en la Constitución o pueden bastar las oraciones positivas o afirmaciones contenidas en ella para inferir de ellas prohibiciones?

En este punto, vale mencionar la reforma realizada hace muchos años en Tamaulipas en materia de matrimonio.<sup>12</sup> El entonces artículo 70

<sup>8</sup> Este texto fue adoptado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974. Véase en el mismo sentido el artículo 20, fracción II, de la Ley de Nacionalidad.

<sup>9</sup> Según el decreto publicado el 18 de enero de 1934 en el Diario Oficial de la Federación.

<sup>10</sup> Por esto la modificación constitucional publicada el 31 de diciembre de 1974 se denominó *Decreto que Reforma y Adiciona los artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con la Igualdad Jurídica de la Mujer*.

<sup>11</sup> Quinta Época, Registro: 340629, Instancia: Tercera Sala, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXI, Materia(s): Civil, Página: 39. *Matrimonio (legislación de Tamaulipas)*. Amparo civil directo 876/51.

<sup>12</sup> El 12 de enero de 2007 se adicionó un título Código Civil de Coahuila que regula esta materia bajo la figura de Pacto Civil de Solidaridad.

del Código Civil de Tamaulipas consideraba también como matrimonio a la vida en común y la relación sexual prolongada entre hombre y mujer, o sea, el matrimonio por comportamiento o de hecho. Lo interesante para efecto de nuestro análisis es que dicho precepto fue declarado notoriamente inconstitucional por estimarse contrario al artículo 130 de nuestra Carta Magna.

Esto es relevante porque tal conclusión no requirió de una norma constitucional que prohibiera expresamente el matrimonio por comportamiento, por lo que, a la luz de este precedente, tal prohibición puede inferirse de la Constitución. La Suprema Corte interpretó en ese caso que, en términos del citado artículo constitucional, el matrimonio es un contrato civil y como tal debe forzosamente celebrarse ante funcionario público, por lo que el matrimonio de hecho –en el que los contrayentes no manifiestan su consentimiento ante juez del registro civil– resulta inconstitucional.<sup>13</sup>

Resulta interesante, además, que cuando en 1974 se modificó el citado artículo 30 constitucional también se reformó el artículo 4º constitucional para establecer en éste que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Así pues, resulta indicativo que, a pesar de que los artículos 4º y 30 se hayan reformado en la misma fecha y no obstante que el primero de ellos consagra la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, el constituyente no haya previsto simultáneamente en el segundo precepto la posibilidad de que personas de igual sexo contrajeran matrimonio, sino que únicamente se refiere a la unión de personas heterosexuales.

Es importante analizar, además, si la identificación que se ha establecido en los tratados internacionales entre el derecho que tienen las

personas heterosexuales a casarse y la noción de familia, apoyada por las decisiones dictadas por los tribunales internacionales en derechos humanos (*vid infra*), puede aceptarse también en el contexto de nuestra Constitución Federal. El artículo 4º constitucional consagra el derecho a tener una familia, pero, a diferencia de los diversos instrumentos internacionales, este precepto no contiene simultáneamente una referencia expresa al matrimonio, lo que lleva a cuestionar si de la Constitución podría también derivarse una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya las relaciones homosexuales.

Vale mencionar al respecto que la protección a la familia fue establecida en el artículo 4º constitucional no sólo el mismo día, sino en el mismo precepto que establece la igualdad del hombre y la mujer y el derecho a procrear hijos.<sup>14</sup> Por lo tanto, cabe preguntarse si un argumento *sedes materiae*, similar al invocado en materia internacional, según se apunta líneas abajo, podría servir para concluir que este precepto constitucional tuvo como objeto el proteger a la familia derivada de la unión de un hombre y una mujer –no necesariamente casada– con la posibilidad de procrear hijos.

Un *locus classicus* en la materia familiar es el libro de Sara Montero. Esta autora explica que la familia surge de dos datos biológicos de la realidad humana: la unión sexual y la procreación, de forma tal que el orden jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladores de las mismas. Para Sara Montero la noción de familia no sólo está en función de una unión heterosexual, pues estrictamente ésta es la única con capacidad de procreación, sino además reconoce la preeminencia del matrimonio al señalar que quizá lo único con validez universal es que “el matrimonio es la forma legal de constitución de la familia”.<sup>15</sup> Finalmente, agrega que la unión sexual entre hombre y mujer se enmarca jurídicamente dentro de la institución del

<sup>13</sup> Adicionalmente, la tesis de jurisprudencia en comento también establece que las Leyes de Reforma y, específicamente la Ley de 14 de diciembre de 1874, es un elemento muy valioso para esclarecer el espíritu del legislador por haber sido adoptada apenas un año después de la promulgación de la reforma constitucional. Más aún, la Corte interpretó el citado 130 constitucional a la luz del artículo 23 de la referida Ley de 1874, señalando que este último numeral establece como bases que las actas del Registro serán la única prueba del estado civil de las personas y que el matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre y con una sola mujer.

<sup>14</sup> Decreto que Reforma y Adiciona los Artículos 4º, 5º, 30 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con la Igualdad Jurídica de la Mujer, publicado el 31 de diciembre de 1974 en el Diario Oficial de la Federación.

<sup>15</sup> Montero, Sara. *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 1992, p. 97.

matrimonio y, ‘excepcionalmente’ en las figuras paramatrimoniales como sucede con la figura del concubinato.<sup>16</sup>

Volviendo al texto constitucional, éste contiene por lo menos veinte referencias a la familia y tal parece que algunas aluden a la familia nuclear y otras a la extensa.<sup>17</sup> Para desentrañar el concepto de familia contenido en el artículo 4º constitucional es ilustrativo citar la conclusión del dictamen emitido por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados cuando se reformó dicho precepto: “En los países en vías de desarrollo como México, subsisten en algunos sectores sociales las familias extensas; en tanto que en los más beneficiados la entidad familiar, cada vez en mayor medida se compone por el padre, la madre y pocos hijos. Este modelo es el ideal de nuestra sociedad futura. La reforma propuesta, instituye la protección legal a organización y desarrollo de la familia. De esta forma, se consolida esta célula básica del cuerpo social”.<sup>18</sup>

Así pues, aunque la Constitución no define el término familia, al igual que tampoco define matrimonio (ya sea por considerar que las leyes más que definir conceptos deben regular las relaciones humanas, o por considerar innecesario definir vocablos que al momento de su inclusión en la Constitución eran unívocos), los antecedentes legislativos muestran que cuando el constituyente instituyó la protección de la familia en el artículo 4º constitucional lo hizo pensando en aquélla que deriva de la unión de un hombre y una mujer para la procreación de hijos.

### Análisis a la luz del derecho internacional

Los instrumentos internacionales tampoco establecen en forma expresa derecho alguno para que personas del mismo sexo puedan contraer

matrimonio. Esto no debe sorprender, pues siendo el matrimonio una institución que durante siglos ha sido concebida como la unión entre personas de sexo opuesto, es entendible que los instrumentos internacionales también reflejen esa concepción tradicional de matrimonio.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948 señala que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia... La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.<sup>19</sup> La Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios repite el derecho a contraer matrimonio previsto en la Declaración Universal.<sup>20</sup> El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen edad para ello”.<sup>21</sup>

En el ámbito regional, la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950 consagra que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y fundar una familia”,<sup>22</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 dispone que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” y “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad”.<sup>23</sup>

Vale preguntar si es posible asumir que los instrumentos internacionales arriba citados que se refieren a “los hombres y las mujeres” –en plural– implícitamente prevén la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 33.

<sup>17</sup> Referencias a la familia nuclear pueden ser el derecho de cada familia a disfrutar de una vivienda (Art. 4º), la protección al patrimonio familiar (Art. 27, fracción XVII, y 123, apartado A, fracción XXVIII), el que los salarios mínimos debe ser suficientes para las necesidades del jefe de familia (Art. 123, apartado A, fracción VI), la prioridad en la obtención de un trabajo de quienes represente el único ingreso en su familia (123, apartado A, fracción XXV, y apartado B, fracción VIII), etc.

<sup>18</sup> Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Diario de los Debates, Legislatura XLIX, Año II, Periodo Ordinario, 14 de noviembre de 1974.

<sup>19</sup> Artículo 16, el cual además no se refiere a restricciones impuestas por razón de sexo.

<sup>20</sup> Preámbulo 1. Esta Convención entró en vigor el 9 de diciembre de 1964.

<sup>21</sup> Artículo 23.2. El texto en español sí es una versión oficial de este Pacto Internacional.

<sup>22</sup> Artículo 12. El texto en inglés es una versión oficial de la Convención Europea, pero no el texto en español, y el artículo 12 de esta Convención en inglés se refiere a los hombres y mujeres en plural.

<sup>23</sup> Artículo 17, también llamada Pacto de San José.

Esta interpretación, sin embargo, no parece exacta por tres razones: (i) porque no sería acorde con la concepción de matrimonio imperante en el momento de la celebración de dichos instrumentos, (ii) porque la versión en inglés de dichos instrumentos contienen referencias en plural, mientras que la versión –también oficial– en español de los mismos instrumentos contienen referencias en singular al hombre y la mujer, de lo que se desprende que el número –singular o plural– en la redacción de los tratados no es relevante y, por lo tanto, no puede servir de apoyo al matrimonio entre personas del mismo sexo, y (iii) porque es contraria a la interpretación de los tribunales internacionales en la materia.

En lo que se refiere a este último punto, es importante mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió al interpretar el citado artículo 12 de la Convención Europea en el caso *Cossey v UK* que dicha disposición se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre personas de sexos biológicos opuestos y que su redacción deja claro que su principal interés es proteger al matrimonio como la base de la familia. Y además señaló que aunque algunos Estados miembros permiten a personas transexuales contraer matrimonio, la evolución no puede considerarse que prueba un abandono general del concepto tradicional de matrimonio, por lo que la Corte no estimó que estuviera autorizada a tomar un nuevo sentido en la interpretación del Artículo 12.<sup>24</sup>

Llama la atención que dicha decisión señale que el principal interés del artículo 12 en comento sea proteger al matrimonio como la base de la familia. Más aún, parecería que esa conclusión podría generalizarse en el ámbito internacional, pues todos los instrumentos internacionales arriba transcritos también relacionan el

derecho a contraer matrimonio con la fundación de una familia.

Por otro lado, el tribunal europeo ha discutido el concepto de familia en por lo menos cuatro casos, siendo la decisión dictada en el primero de ellos la más importante,<sup>25</sup> ya que fue invocada en los casos subsecuentes. Concretamente, en *X y Y v UK*, la Comisión Europea de Derechos Humanos interpretó restrictivamente el concepto de familia al rechazar que la relación entre una pareja del mismo sexo (con o sin hijos) pudiera constituir vida de familia,<sup>26</sup> señalando que a pesar de la evolución moderna en la actitud hacia la homosexualidad, la relación de los quejosos no encuadraba en el ámbito del derecho al respeto por la vida de familia.<sup>27</sup>

### El principio de igualdad y no discriminación Análisis a la luz de la Constitución

El principio de igualdad y no discriminación es piedra angular de nuestro tema. No sólo se invoca este principio como el principal motivo de esta reforma, sino que, en general, la universalidad de los derechos fundamentales es considerada la característica más importante de los derechos humanos en su concepción moderna. Así, por ejemplo, se ha dicho que más importante que cualquier garantía particular reconocida por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, seguida en el siglo XX por la Declaración Universal, fue el hecho de que los derechos y libertades ahí plasmados fueron reconocidos a todos los hombres, a cada hombre, a todos los ciudadanos.<sup>28</sup>

En nuestro orden jurídico, el artículo 1º de la Constitución Federal prohíbe toda discriminación

<sup>24</sup> En el texto original (*Cossey v UK*, Application no. 10843/84, ECHR, 27 September 1990, paras. 43 y 46), la Corte señaló que “*The right to marry guaranteed by Article 12 (art. 12) referred to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appeared also from the wording of the Article (art. 12) which made it clear that its main concern was to protect marriage as the basis of the family*”. Although some Contracting States would now regard as valid a marriage between a person in Miss Cossey’s situation [transsexual] and a man, the developments which have occurred to date... cannot be said to evidence any general abandonment of the traditional concept of marriage. In these circumstances, the Court does not consider that it is open to it to take a new approach to the interpretation of Article 12”.

<sup>25</sup> *X & Y v UK*, App. 9369/81 (1983), 32, D.R. 220.

<sup>26</sup> El artículo 8 de la Convención Europea dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

<sup>27</sup> “*Despite the modern evolution of attitudes towards homosexuality... the applicants’ relationship does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by Article 8*”, en *X & Y v UK*, App. 9369/81 (1983), 32, D.R. 220 at 221.

<sup>28</sup> Ver Lynn Hunt, *Inventing human rights. A history*. Norton, 2007.

que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, citando dicho precepto en forma expresa la discriminación motivada por las “preferencias”. En el mismo tenor, el artículo 4º constitucional consagra la igualdad del varón y la mujer ante la ley.

La pregunta es, entonces, cómo debe entenderse principio. ¿Será, como sostienen los impulsores de esta reforma, que ninguna institución debe discriminar, o será que las uniones heterosexuales tienen derecho a ser tratadas y reguladas bajo una institución diferente a las parejas homosexuales? ¿Habría que reconocer civilmente los matrimonios religiosos para no discriminar a éstos? ¿Debe existir una institución que regule la unión de personas que tienen la posibilidad –cuya regla es que en la práctica se vuelve realidad– de procrear hijos y otra institución que regule a las parejas que por ser del mismo no tienen esa posibilidad? ¿Será suficiente el que un porcentaje irrisorio de matrimonios, ya porque así lo deciden o por imposibilidad física, no tengan hijos para concluir que la procreación de hijos no es uno de los fines del matrimonio y que no merece protección por parte del Estado? ¿Tendrá el 99.5% de las parejas heterosexuales el derecho –no a discriminar o privar de derechos al 0.5% restante de parejas homosexuales– sino a ser tratadas bajo una institución diferente que proteja su identidad, sentimientos, consideración y características propias?<sup>29</sup> ¿Sería preferible que, así como se distingue entre concubinato y matrimonio, también existan distintas instituciones para las uniones heterosexuales que pueden procrear hijos y para las parejas homosexuales que por ello no tienen esa posibilidad, reconociendo, por supuesto, derechos a ambas? ¿O es mejor fusionar todas las instituciones –matrimonio tradicional, concubinato y sociedad de convivencia– en una sola? ¿Debe el Estado fomentar la institución del matrimonio tradicional como regla y las figuras paramatrimo-

niales (concubinato y sociedad de convivencia) como excepciones?

Las preguntas sobre la interpretación del principio de igualdad y no discriminación pueden ser, sin duda, infinitas. Por esto el alcance y límites que se dé a esta garantía es tan importante, no sólo respecto del tema del matrimonio, sino en todas las relaciones y situaciones tratadas por el derecho. La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado sobre esta garantía no sólo en cuestiones de derecho de familia, sino también en muchos otros, por ejemplo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y reparación por daño a derechos de autor.

Al interpretar la garantía de igualdad y no discriminación contenida en el citado artículo 1º Constitucional, la Suprema Corte ha sostenido en varias tesis de jurisprudencia recientes que “el análisis de igualdad no sólo implica tratar igual a los iguales, sino también desigual a los desiguales”,<sup>30</sup> y que dicho principio “no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos.”<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Según el reporte de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del DF, de septiembre de 2008 a septiembre de 2009 se registraron 241 sociedades de convivencia, mientras que en ese mismo periodo se celebraron 45107 matrimonios.

<sup>30</sup> Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXX, Agosto de 2009, Tesis: 1a. CX/2009, Página: 62. *Derechos de autor. El artículo 216 bis de la ley federal relativa, al prever la reparación por el daño moral y/o material, así como la indemnización por daños y perjuicios por violación a tales derechos, no viola la garantía de igualdad.* Amparo directo en revisión 1916/2008. Amparo directo en revisión 1917/2008.

<sup>31</sup> En junio de 2008, la Segunda Sala de la Corte publicó varias tesis de jurisprudencia interpretando la garantía de igualdad, la aquí citada es la siguiente: Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXVII, Junio de 2008, Tesis: 2a. LXXXII/2008, Página: 448. *Principio general de igualdad. su contenido y alcance.* Amparo en revisión 1834/2004. Amparo en revisión 1207/2006. Amparo en revisión 1260/2006. Amparo en revisión 1351/2006. Amparo en revisión 1700/2006.

En el mismo sentido, es importante citar un amparo en revisión presentado por un padre de familia en contra de una resolución que otorgó la custodia de sus menores hijos a la madre, y en el cual dicho quejoso argumentó que el artículo 282, fracción V, del Código Civil del Distrito Federal que da preferencia a la madre sobre la custodia de los hijos menores en caso de divorcio violaba el artículo 4º constitucional, pues este dispone que el hombre y la mujer son iguales ante la ley. En ese caso, sin embargo, la Suprema Corte confirmó la constitucionalidad del precepto combatido del Código local, bajo la consideración de que en circunstancias normales la custodia materna es lo que más conviene al menor dadas las necesidades y limitaciones inherentes a su edad.<sup>32</sup>

### Análisis a la luz del Derecho internacional

La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos también se ha pronunciado en el sentido de que el principio de igualdad sólo es violado cuando no hay una razón objetiva y razonable que justifique el trato desigual o discriminado. Esto, al igual que en la jurisprudencia doméstica, ha sido sostenido en el ámbito internacional al analizar los más variados temas.

Es relevante precisar que el principio de no discriminación es sólo un argumento complementario, *i.e.*, que no tiene existencia independiente, por lo que necesariamente debe ser invocado a la luz de otro derecho reconocido en el instrumento de que se trate. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al analizar un caso relacionado con el derecho de propiedad resolvió en cuanto al derecho de igualdad ante la ley que si bien es cierto que el principio de no discriminación es una garantía particular que protege todos los otros derechos en el derecho nacional e internacional, también

lo es que la igualdad no significa identidad de trato y no prohíbe diferenciar entre los individuos de grupos.<sup>33</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos, por su parte, al resolver una controversia sobre el derecho a la vida señaló que la discriminación indirecta tiene lugar cuando los Estados sin justificación objetiva y razonable no tratan en forma diferente a las personas cuyas circunstancias son significativamente diferentes.<sup>34</sup> Más interesante aún son los casos de la Corte Europea relacionados con parejas del mismo sexo, en los cuales se discutió si la noción de familia está reservada para las uniones heterosexuales o si la pareja de igual sexo también constituye una familia. Recordemos que la Convención Europea establece lo siguiente: “*los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y fundar una familia*”,<sup>35</sup> el cual es similar al de otros instrumentos internacionales.

Para concluir que el principio de trato igual es violado por la disposición antes trascrita, es preciso resolver dos cuestiones. Primero, que existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones similares y, segundo, que no existe una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. Así, en *X y Y v UK*, la Corte determinó que la relación entre una pareja de dos hombres no constituye vida de familia, es decir, que al analizar la primera de las cuestiones mencionadas concluyó que no existe diferencia de trato porque las uniones entre personas heterosexuales no son similares a las de dos personas del mismo sexo y que, en su caso, únicamente existiría discriminación si esa diferencia de trato ocurriera entre parejas de homosexuales y parejas de lesbianas, dado que estas relaciones sí son comparables.<sup>36</sup> En *Simpson v UK*, la Corte tampoco halló violación alguna al principio en comento al analizar la segunda

<sup>32</sup> Según nota publicada en la página de internet de la Suprema Corte el 22 de agosto de 2007 y relacionada con la tesis siguiente: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Agosto de 1998, Materia(s): Civil, Tesis: I.9o.C.53 C, Página: 845. *Custodia de menores. El último párrafo del artículo 282 del código civil para el Distrito Federal, que la concede a la madre respecto de los hijos menores de siete años, es acorde con lo previsto por el artículo cuarto constitucional.* Noveno tribunal colegiado en materia civil del primer circuito. Amparo directo 5689/98.

<sup>33</sup> *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v Belize*, Report No. 40/04, Case 12.053, 12 October 2004, Inter-American Commission on Human Rights, paras. 163, 165.3 y 166.

<sup>34</sup> *Pretty v UK*, ECHR, App. 2346/02, Judgment of 29 April 2002, para. 88.

<sup>35</sup> Artículo 12.

<sup>36</sup> *X & Y v UK*, App. 9369/81 (1983), 5 EHRR 601 at 602.

de las cuestiones anotadas, pues consideró justificado proteger a la familia y no igualmente a otras relaciones estables porque la familia integrada por personas heterosexuales merece especial protección social.<sup>37</sup>

Finalmente, vale citar una decisión de la Suprema Corte de British Columbia dictada a principios de esta década.<sup>38</sup> En este caso, varias parejas integradas por personas del mismo sexo habían solicitado autorización para casarse y dado que ésta les fue negada acudieron a la citada Corte canadiense. Es importante mencionar, por la semejanza con la ciudad de México, que allá el matrimonio también era considerado como una unión entre personas de sexo opuesto y, además, se habían promulgado varias leyes que conferían a las parejas del mismo sexo muchos de los derechos y obligaciones históricamente reservadas para uniones heterosexuales.

La Constitución Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos establecidos en ella, sujetos solamente a límites razonables prescritos en la ley que puedan ser justificados en una sociedad libre y democrática.<sup>39</sup> Esto, según vimos, no dista de la interpretación que nuestra Suprema Corte ha dado al principio de igualdad y no discriminación. Así pues, para resolver la disputa en comento, la Corte canadiense respondió las dos preguntas que también analizó la Corte Europea en los casos antes referidos, concluyendo en primer lugar que sí existía discriminación en razón de la orientación sexual de los quejosos, pues el matrimonio sólo se permitía a personas de sexo opuesto, pero no a las uniones homosexuales.

Sin embargo, al responder la segunda cuestión, la Corte de British Columbia, apoyándose en varios precedentes judiciales,<sup>40</sup> concluyó que

<sup>37</sup> *Simpson v UK*, App. 25186/85 (1986), 47 D.R. 274 at 279.

<sup>38</sup> *Egale Canada Inc. et al. v A-G of Canada et al.*, 2001, SCBC 1365.

<sup>39</sup> Section 1: The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. Section 15(1): Every individual is equal before and under the law has the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

<sup>40</sup> Ormrod J. in *Corbett v Corbett*, (1970) 2 All E.R 33, p. 48.

sí existía justificación para excluir del matrimonio a personas de igual sexo y para esto distinguió fundamentalmente tres tipos de relaciones. La primera, en donde el sexo de las personas es completamente irrelevante, como en los casos de derechos y obligaciones contractuales o extracontractuales. La segunda, en donde el sexo es relevante, por ejemplo en materia de seguros. Y la tercera, relaciones en las que el sexo es esencial, como ocurre en el matrimonio.

En cuanto a esto último, la Corte canadiense consideró que aun cuando a las parejas del mismo sexo se les ha reconocido derechos que estaban reservados al matrimonio, existe un factor en el cual no puede haber similitud y es que la razón de ser del matrimonio está ligado a una realidad biológica y social de que sólo las parejas heterosexuales pueden procrear. Independientemente del punto de vista que uno sostenga, añadió, no puede negarse que el matrimonio permanece como el principal medio por el cual la humanidad se perpetúa. Finalmente, la Corte apuntó que el Estado tiene una justificación genuina y demostrable al otorgar reconocimiento, preferencia y precedencia a la relación por la cual la sociedad subsiste y que esa realidad y distinción biológica permanecerá independientemente de las similitudes que haya en virtud de la aceptación social o reconocimiento legislativo a las relaciones entre personas de igual sexo.<sup>41</sup>

### Los efectos de la reforma local en otras entidades y en el ámbito federal

La reforma al matrimonio en el Distrito Federal se relaciona también con otro tema fundamental de nuestro orden jurídico: el funcionamiento del sistema federal mexicano y el pacto de coordinación. Como sabemos, tenemos 32 códigos civiles locales y un código civil federal, cuya existencia y reforma es facultad de sendos Congresos locales y el Congreso Federal, respectivamente. La interrogante es cómo repercute la modificación a la regulación existente en un código civil en las demás entidades o a la Federación, o cómo repercute la reforma "sustancial" de una

<sup>41</sup> *Egale Canada Inc.*, op. cit., para. 207.

legislación local en las otras entidades cuando lo aprobado en una de ellas está expresamente prohibido en las otras y considerada, además, como una cuestión de orden público en estas otras legislaciones.

### Análisis a la luz de la Constitución

El punto de partida en este tema es el artículo 121 constitucional, conocido como la cláusula de entera fe y crédito, ya que establece que “*en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros*”.<sup>42</sup> La Suprema Corte de Justicia ha interpretado que esta cláusula inicial sólo se refiere a la eficacia probatoria de los referidos documentos, pero no a la obligatoriedad, para las autoridades de una entidad federativa, de lo resuelto por los tribunales de otro Estado.<sup>43</sup>

Aunque el artículo 121 limita la soberanía de los estados en beneficio de la seguridad jurídica y la coordinación de los estados del país, Eduardo Trigueros advierte que el no hacer una interpretación cuidadosa del artículo 121 constitucional “resultaría destructora del sistema federal, porque atenta contra la autonomía de los estados federados y rompe con la jerarquía de las normas constitucionales, anteponiendo una norma de menor valor (artículo 121) a una de jerarquía superior (artículo 40, abajo citado).<sup>44</sup> Siguiendo esta idea, bien podríamos preguntarnos si es suficiente que un congreso local, ya sea del Distrito Federal o de cualquier otra entidad federativa, apruebe una reforma sustancial a su Có-

digo Civil local para que los actos públicos celebrados conforme a dicha reforma sean obligatorios y tengan efectos en las otras 31 entidades federativas –cada una de ellas soberana en su régimen interno- y también en la esfera federal, aun cuando las leyes de estas otras entidades o la legislación federal prevean disposiciones contrarias a esa nueva reforma local.

El artículo 121 en comento establece que el Congreso de la Unión prescribirá tanto la manera de probar los actos públicos, registros y procedimientos judiciales, como el efecto de ellos, sujetándose a las cinco bases ahí previstas. Aunque dicho Congreso no ha emitido la ley reglamentaria de esta norma constitucional, las bases previstas en el artículo 121 son relevantes para efectos de nuestro análisis.

Por un lado, la base primera de este artículo prohíbe los efectos extraterritoriales de las leyes locales y establece que éstas sólo pueden tener efectos y ser obligatorias dentro del territorio de cada estado mexicano. Por otro lado, la fracción cuarta del mismo numeral dispone que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado mexicano, tienen validez en los otros.

Este artículo 121 está relacionado con el artículo 40 de la propia Constitución, el cual señala que nuestro país es una república representativa, democrática y federal, “compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. La soberanía de las entidades de la federación prevista en esta última disposición constitucional implica la posibilidad de darse a sí mismas sus leyes y la no sumisión de una de ellas a las normas expedidas por otra entidad, sin embargo, es también esta autonomía la que hace necesaria la norma de coordinación contenida en el artículo 121 constitucional.

De este artículo 121 se desprende que si bien es cierto que, conforme a la regla general establecida en su base primera, la reforma al

<sup>42</sup> El pacto de coordinación previsto en el artículo 121 constitucional pretendió ser una copia de la sección I del artículo IV de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, que a su vez tiene su antecedente remoto en el artículo VIII de la Confederación de New England de 1643. Las fracciones o bases de este precepto constitucional, sin embargo, fueron adicionadas en la Constitución de 1917, sin mayor discusión por parte del congreso constituyente en cuanto a dicha adición (Ver Trigueros Saravia, Eduardo. *El artículo 121 de la Constitución*, El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917, Gobierno del Estado de Querétaro-INEHRM, pp. 953 y 969, publicado también en Revista Mexicana de Derecho Público, tomo I, No. 2, octubre/diciembre de 1946).

<sup>43</sup> Sexta Época, Instancia: Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tercera Parte, LX, Página: 18, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. Artículo 121 constitucional (Resoluciones judiciales pronunciadas por un estado, efectos que producen en otros estados). Amparo en revisión 179/62. Ver en el mismo sentido, Trigueros Gaisman, Laura. La interpretación del artículo 121 de la constitución. La doctrina constitucional, Barra Mexicana Colegio de Abogados, p. 258.

<sup>44</sup> Trigueros Saravia, Eduardo. *Los conflictos de leyes entre estados de la Federación*, citado en Trigueros Gaisman, Laura. *La interpretación del artículo 121 de la constitución. La doctrina constitucional*, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando. Themis, México, 1996. p. 258.

matrimonio en el Distrito Federal no puede tener efectos extraterritoriales ni ser obligatoria en los estados mexicanos, también lo es que su base cuarta citada dispone como regla especial que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado mexicano tienen validez en los demás. En otras palabras, en virtud de que el matrimonio es un acto del estado civil –no así el concubinato–, si dos personas del mismo sexo contraen matrimonio en la capital del país, cumpliendo con lo dispuesto por la legislación local, entonces, conforme a la citada base cuarta, dicho acto tendría validez en las demás entidades de la Federación.

Sin embargo, esto que parece claro, quizá no lo es tanto. Según apuntamos al principio de este apartado, ¿cómo debe entenderse la soberanía de los estados mexicanos en cuanto a su régimen interno, si los actos celebrados fuera de dichas entidades tienen validez y efectos en ellos? ¿Deben las entidades federativas reconocer la validez y efectos de actos celebrados en otro estado si éstos van en contra de prohibiciones expresamente previstas en las leyes de esas otras entidades y en temas considerados como de orden público? Más aún, ¿Será que la base IV del artículo 121 constitucional puede servir para que cualquier acto jurídico celebrado en una entidad tenga validez y efectos en las demás con tan sólo establecer en la legislación de aquella entidad que dicho acto es uno del “estado civil”? ¿Tendrán los congresos locales plena libertad para determinar que cualquier acto jurídico es uno del estado civil y así darle validez y efectos generales, aprovechando que la citada base cuarta no define qué es un acto del estado civil?

Sabemos que ni el concubinato ni la sociedad de convivencia crean estado civil alguno y que, por lo mismo, ni los concubinos del mismo sexo ni los convivientes establecidos conforme a las leyes del Distrito Federal podrían invocar la citada fracción IV del artículo 121 constitucional para exigir que se reconociera la validez de sus uniones o que se diera efectos a las mismas en otra entidad de nuestro país.

Entonces, la pregunta más bien es si la Asamblea Legislativa local podría lograr la validez y efectos de esas uniones en todo el país, estableciendo simplemente que tanto el concubinato como la sociedad de convivencia crean estado civil, tal como ha establecido ahora que el matrimonio entre personas del mismo sexo genera dicho estado. Recordemos aquí lo comentado líneas arriba respecto de la legislación civil tamaulipeca que consideró que la vida en común y la relación sexual prolongada entre hombre y mujer creaba el estado civil de casado (matrimonio por comportamiento), pero fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia.

La base cuarta del artículo 121 fue incorporada en nuestra constitución de 1917 y nadie dudaría que cuando el constituyente estableció en esa fecha que los actos del estado civil celebrados en un estado mexicano deben tener validez en los otros estados, pensó en el matrimonio heterosexual y no en el celebrado entre personas de igual sexo. Más aún, es posible que la Constitución Federal, al igual que ocurre con la noción de matrimonio, no haya definido ni enlistado los actos del estado civil por considerarlo innecesario o evidente. Por eso la interrogante es si cualquier Congreso local puede establecer que cualquier acto jurídico es uno del estado civil y así lograr su validez en todo el país.

Adicionalmente, el penúltimo párrafo del 130 constitucional dispone que los actos del estado civil de las personas tendrán “la fuerza y validez” que las leyes les atribuyan. Este precepto tampoco aclara el punto en cuestión pues no señala qué ley debe prevalecer si una entidad expresamente prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo o sin el fin de procrear hijos –como ocurre en diversas legislaciones locales y en la federal–,<sup>45</sup> y otra lo permite –como ahora ocurre en esta capital–.

Por último, retomando el artículo 30 constitucional, analizado en el segundo apartado de este estudio, es difícil de aceptar que la reforma al

<sup>45</sup> Ver artículo 147 del Código Civil Federal.

matrimonio en el Código Civil local llegue al extremo de modificar el texto de dicha norma constitucional, el cual concede la nacionalidad mexicana por naturalización en caso de matrimonios heterosexuales que establezcan su domicilio en territorio nacional. Aceptar que dicha nacionalidad también se transmitirá ahora con motivo de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en esta capital, significaría conceder que los diputados locales pueden modificar el texto constitucional.

### Efectos de la reforma en el ámbito federal

En sintonía con lo señalado en el apartado anterior, los efectos de la reforma local al matrimonio en el ámbito federal también resultan cuestionables. Por un lado, los jueces u oficiales del Registro civil no pueden celebrar matrimonios en los que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa de su legal estancia en el país y sin la autorización de la Secretaría de Gobernación.<sup>46</sup> Así pues, dado que la Secretaría de Gobernación es una autoridad federal, ésta se rige por las leyes federales, y dado que el Código Civil Federal no prevé el matrimonio entre personas del mismo sexo,<sup>47</sup> sería difícil pensar que esa autoridad federal esté obligada a dar su autorización para que un extranjero o extranjera contraiga matrimonio en el Distrito Federal con otra persona del mismo sexo. Más aún, la propia Constitución establece que es facultad exclusiva del Congreso de la Unión el dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica y naturalización de los extranjeros.<sup>48</sup>

Por otro lado, la misma dificultad aparece en materia de seguridad social. La Ley del Seguro Social establece como beneficiario al cónyuge del asegurado o pensionado y, dado que dicha ley federal no define el término "cónyuge",<sup>49</sup> entonces debe aplicarse supletoriamente el Código Civil Federal, no el local pues se trata de suplir

una ley federal.<sup>50</sup> Así pues, en caso de matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en la capital del país, si uno de los cónyuges es asegurado del Instituto Mexicano del Seguro Social, será difícil que dicha autoridad federal registre como beneficiario al cónyuge de dicho asegurado en virtud de que la legislación civil federal no reconoce cómo cónyuges a personas del mismo sexo. El mismo problema se presenta respecto de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. En consecuencia, si el propósito de la reforma local al matrimonio y concubinato fue dotar de derechos de seguridad social a las parejas del mismo sexo, la iniciativa debió presentarse ante el Congreso de la Unión a fin de reformar la legislación federal en comento.<sup>51</sup>

Al respecto cabe destacar, además, una disposición normalmente olvidada en nuestra Carta Magna. El artículo 133, después de señalar que la Constitución Federal, las leyes federales y los tratados internacionales son ley suprema de toda la Unión, dispone que "los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes (federales) y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". Si bien es cierto que en principio las leyes federales y locales tienen la misma jerarquía, especialmente porque en términos del artículo 124 constitucional las facultades que no están concedidas en la Constitución a la Federación se entienden reservadas a los estados,<sup>52</sup> también lo es que esta interpretación ignora lo dispuesto por el artículo 133, *in fine*, y no ayuda a resolver el tema aquí planteado respecto de los efectos de una reforma local en el ámbito federal, especialmente cuando ambas contienen disposiciones contrarias.

<sup>50</sup> Artículo 9 de la Ley del Seguro Social. El Transitorio Segundo del Decreto publicado el 29 de mayo de 200 en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se separa el Código Civil Federal del Código Civil de Distrito Federal, establece que *las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hagan al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se entenderán referidas al Código Civil Federal.*

<sup>51</sup> Ver artículo 5, fracción V.

<sup>52</sup> Novena Época, Instancia: Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal. Amparo en revisión 1475/98.

<sup>46</sup> Artículo 68 de la Ley General de Población.

<sup>47</sup> Aunque el Código Civil Federal no define el matrimonio, es evidente que toda su regulación se refiere al matrimonio entre personas de sexos opuestos. Por ejemplo, su artículo 147 dispone que *cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.*

<sup>48</sup> Artículo 73, fracción XVI.

<sup>49</sup> Artículo 5A, fracción XII.

### Efectos de la reforma en otras entidades federativas

Hemos apuntado en líneas precedentes que el artículo 121 constitucional es una norma de coordinación de los actos públicos celebrados, incluyendo leyes promulgadas, en un estado y su validez u obligatoriedad en los demás estados del país. Anticipamos ya algunos comentarios en relación con la fracción IV del citado artículo 121 y ahora discutiremos nuestro tema a la luz de las normas de derecho internacional privado y del orden público como excepción a la aplicación del derecho extranjero, en este caso, al de otra entidad federativa.

Para abordar las normas conflictuales de los códigos civiles, es importante preguntar antes qué diferencia existe entre la validez, los efectos o la fuerza de un acto jurídico. La fracción IV del artículo 121 constitucional establece que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado, tendrán “validez” en los otros, pero el proemio del propio precepto dispone que será el Congreso de la Unión el que, por medio de leyes generales, prescribirá los “efectos” de los actos públicos. Más aún, la fracción III del mismo numeral señala que las sentencias pronunciadas por los tribunales de un estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro estado, sólo tendrán “fuerza” ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan las leyes de este último.

En forma similar puede notarse que el artículo 130, penúltimo párrafo, de la Constitución establece que serán las leyes las que establecerán la “fuerza y validez” de los actos del estado civil de las personas.

El uso de estos vocablos distintos en un mismo precepto sugiere que es posible distinguir entre la validez y los efectos o fuerza de un acto público. Por ejemplo, en el caso de la referida fracción III del artículo 121, la sentencia pronunciada por el tribunal de un estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro estado, podría ser válida pero no tener efectos o fuerza ejecutoria en el otro estado si

así lo dispusieran las leyes de este último. Esto nos permite preguntar si el matrimonio entre personas del mismo sexo que conforme a la legislación civil del Distrito Federal fuera válido, pudiera carecer de efectos jurídicos en otras entidades del país.<sup>53</sup>

Jorge Alberto Silva señala al respecto que la cláusula de entre fe y crédito dispone implícitamente que la validez de los actos públicos producidos en una entidad federativa debe examinarse según la ley del lugar de origen (*locus regit actum*), pero que el efecto que producen en otra entidad federativa se regula por la ley de la última entidad (*lex fori*).<sup>54</sup> De manera interesante, dicho autor sostiene que el reconocimiento de los efectos de un contrato presupone el reconocimiento de validez del mismo, pero el reconocimiento de validez no necesariamente produce el reconocimiento de los efectos.<sup>55</sup>

Al respecto, es relevante mencionar que los Códigos Civiles de diversas entidades del país disponen que los “efectos jurídicos” de los actos y contratos celebrados fuera de dichas entidades que deban ser ejecutados en su territorio, se rigen por las disposiciones del Código de esta última entidad. Por ejemplo, según la legislación civil de la Ciudad de México,<sup>56</sup> los efectos de los actos y contratos celebrados fuera de la capital de país, se rigen por el Código Civil del Distrito Federal. Asimismo, según el Código Civil de Morelos, los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera de ese estado, pero que deban ser ejecutados en el mismo, se regirán por las disposiciones del Código morelense.<sup>57</sup>

Lo que esto significa es que, por ejemplo, si se pretende dar efectos jurídicos en el estado de

<sup>53</sup> Esta pregunta tiene relevancia general, por lo que no se limita a la institución del matrimonio. Lo mismo podría ahora plantearse, por ejemplo, respecto de la reforma en el Distrito Federal publicada el 22 de enero de 2010 que incorpora la teoría de la imprevisión en los contratos (*cláusula rebus sic stantibus*).

<sup>54</sup> Silva, Jorge Alberto. *Notas sobre el derecho aplicable a las relaciones de tráfico jurídico entre entidades federativas relacionadas con los contratos*, ponencia al XXVII Seminario nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, Monterrey, 2003, p. 4.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>56</sup> Artículo 13, fracción V.

<sup>57</sup> Artículo 2. En el mismo sentido, ver el artículo 1.10 del Código Civil del Estado de México.

Morelos al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo en la capital del país, entonces dichos efectos se determinarían conforme a la legislación morelense y no conforme a la legislación del Distrito Federal. El problema que surgiría, entonces, es que bajo la legislación morelense matrimonio sólo es la unión voluntaria de “*un hombre y una mujer*”, con igualdad de derechos y obligaciones “*para perpetuar la especie*” y ayudarse mutuamente y “*cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta*”.<sup>58</sup> Esto podría implicar, entonces, que en Morelos y en los demás estados del país con legislación similar no se reconocieran efectos jurídicos a los matrimonios entre personas de igual sexo celebrados en el Distrito Federal, pues éstos ni son entre un hombre y una mujer, ni tienen como finalidad el perpetuar la especie humana.

A esto último abonarían, además, razones de orden público (la materia familiar) e incluso la institución desconocida (el matrimonio entre personas del mismo sexo),<sup>59</sup> pues tanto el orden público como la institución desconocida son excepciones a la aplicación del derecho extranjero o de otra entidad federativa.<sup>60</sup> En cuanto a este punto, al analizar la multicitada fracción IV del artículo 121 constitucional, José Luis Siqueiros comenta que el orden público es una excepción al reconocimiento de los actos del estado civil

ajustados a las leyes de otro estado,<sup>61</sup> y señala como un ejemplo que podría llevar a negar el reconocimiento del acto jurídico celebrado con plena conformidad con la ley de un estado, como consecuencia de contravenir el orden público de otro estado, el que no siendo un impedimento en un estado el matrimonio entre tío y sobrina, pero sí en los demás estados, y que habiendo contraído matrimonio dichos parientes en aquél estado, pretendieran darle efectos en alguna otra entidad.

### Conclusiones

La iniciativa de reforma al matrimonio en el Distrito Federal no presenta una adecuada fundamentación y motivación. Los comentarios aquí vertidos establecen serias dudas sobre la constitucionalidad de esa reforma. La única referencia al matrimonio en nuestra Carta Magna se refiere, sin lugar a dudas, a la unión heterosexual. Resulta igualmente claro que cuando el constituyente estableció la protección a la familia señaló expresamente que el modelo ideal de nuestra sociedad futura es la familia integrada por “*el padre, la madre y pocos hijos*”. En lo que respecta a los tratados internacionales, los tribunales en la materia han interpretado que dichos instrumentos se refieren al matrimonio entre personas de sexos biológicos opuestos y que su redacción deja claro que su principal interés es proteger al matrimonio tradicional como la base de la familia.

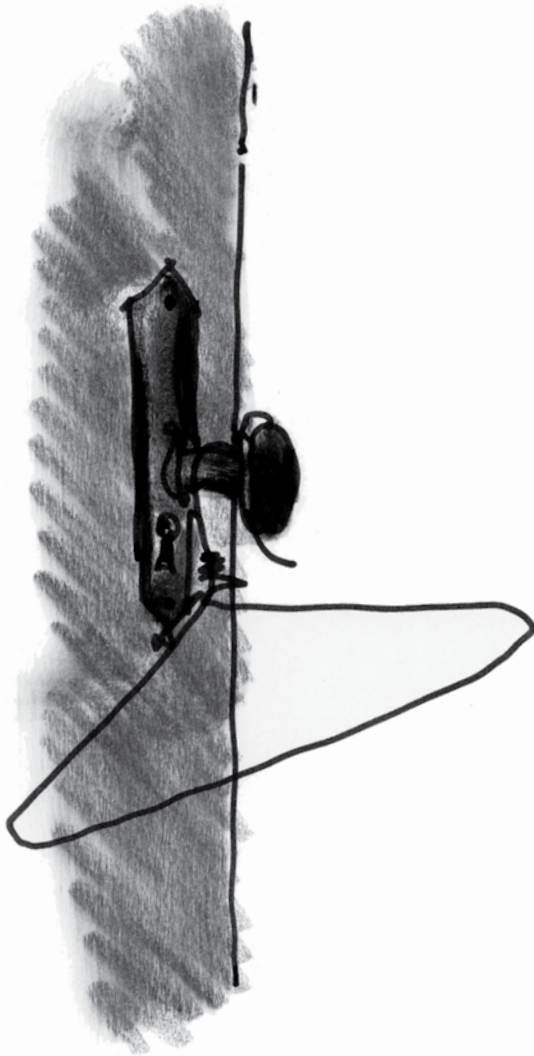
El principio de no discriminación tampoco parece apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como los diversos tribunales internacionales de derecho humanos han interpretado que la garantía de igualdad exige tratar igual a los iguales y diferente a los distintos. La Suprema Corte ha declarado constitucional, por ejemplo, la preferencia de la custodia materna, en vez de

<sup>58</sup> Artículo 68 del Código Familiar de Morelos.

<sup>59</sup> Respecto a la institución desconocida, ver el siguiente precedente judicial: Quinta Época, Registro: 361510, Instancia: Segunda Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XL, Materia(s): Civil, Página: 3454. ADOPCION. Amparo administrativo en revisión 2821/33, el cual se suscitó porque la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Oficina Federal de Hacienda en Pachuca, Hidalgo, rehusaron a dar efectos jurídicos a la adopción del quejoso efectuada en la Ciudad de México conforme a la ley de la capital del país, bajo el argumento de que la legislación civil del Estado de Hidalgo no reconocía más parentesco que los de consanguinidad y afinidad, de forma tal que la adopción resultaba una institución desconocida en dicho estado. La Segunda Sala de la Corte finalmente concedió el amparo y si bien es cierto que lo hizo aludiendo al artículo 121 constitucional, también lo es que la propia Sala señaló que dicha protección fue concedida en virtud de que la legislación de Hidalgo no prohibía la adopción y de que se estimó que este acto en nada afectó el estado y capacidades civiles del quejoso. La pregunta, por lo tanto, es cómo opera la fracción IV del 121 constitucional cuando una entidad federativa acepta el matrimonio entre personas del mismo sexo y otra entidad lo prohíbe. Más aún, ¿deberá prevalecer la aceptación de ese matrimonio en una entidad sobre la prohibición de ese matrimonio tanto en las 31 entidades restantes como en el ámbito federal?

<sup>60</sup> Artículos 15, fracción II y 14, fracción III y último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal. Ver también la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

<sup>61</sup> Siqueiros, José Luis. *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*. Universidad de Chihuahua, Escuela de Derecho, 1957, pp. 66 y 67. Laura Trigueros Gaisman sostiene que *Los sistemas jurídicos locales pueden atribuir, y de hecho atribuyen, distintos efectos a un mismo acto. A este respecto surgen limitaciones por la posibilidad de interponer excepciones como las de orden público o fraude a la ley... La posibilidad de encontrarse ante casos de instituciones desconocidas en los conflictos interestatales es también una realidad* (La cláusula de la entera fe y crédito, Alegatos, No. 3, mayo-agosto 1986, México). Ver también Silva, Jorge Alberto. *Derecho Internacional Privado*, Porrúa, 1999, pp. 179-189.



la paterna, sobre los hijos menores en caso de divorcio de los padres. La jurisprudencia internacional ha sostenido que la discriminación indirecta tiene lugar cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, no tratan en forma diferente a las personas cuyas circunstancias son significativamente diferentes. Más aún, los precedentes internacionales han concluido que existen diferencias significativas entre el matrimonio heterosexual y las uniones de personas de igual sexo y que esto justifica un tratamiento diferente.

Los “efectos” de la reforma en comento en el ámbito federal (naturalización de extranjeros en caso de matrimonio, seguridad social, etc.) y en el orden local de otras entidades federativas son

muy disputables. La interpretación que dé la Corte al artículo 121 constitucional, entre otras, será determinante para el sistema federal mexicano. De entrada, es dudoso que baste una reforma de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para que ello obligue a las autoridades federales y a las locales de todos los estados del país en temas que tanto el Código Civil federal como el de muchos estados del país expresamente prohíben.

Finalmente, vale destacar que el punto en cuestión no es si las personas homosexuales o lesbianas deben gozar de protección jurídica. Esto debe estar fuera de toda discusión. Además de la enorme trascendencia que tiene la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con esta reforma, el tema central -poco expresado en las discusiones mediáticas- es la definición que el Estado mexicano deba asumir sobre el tema de la familia. Es decir, si el Estado debe privilegiar una forma de unión de personas entre las muy diversas formas (unión heterosexual, homosexual, lésbica, polígama, concubinato, sociedad de convivencia, matrimonio tradicional, matrimonio por comportamiento, matrimonio religioso, etc.) y a pesar de que todas ellas puedan constituir una realidad y funcionar.<sup>62</sup>

En Canadá, la Suprema Corte de British Columbia resolvió que, independientemente del punto de vista que uno sostenga, no puede negarse que el matrimonio permanece como el principal medio por el cual la humanidad se perpetúa y que el Estado tiene una justificación genuina y demostrable al otorgar reconocimiento, preferencia y precedencia a la relación por la cual la sociedad subsiste. Esa realidad y distinción biológica, añadió, permanecerá independientemente de las similitudes que haya en virtud de la aceptación social o reconocimiento legislativo a las relaciones entre personas de igual sexo.<sup>63</sup> **B**

<sup>62</sup> Esto no está estrictamente en función de la simpatía popular, sino que es responsabilidad del Estado velar por el interés de la sociedad. Ver, por ejemplo, *Leyla Sahin v Turkey*, ECHR, Appl. No. 44774/98, 29 June 2004.

<sup>63</sup> *Egale Canada Inc., op. cit.*, para. 207.