



Igualdad

LOS DERECHOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

Un diálogo entre la Suprema Corte,
la academia y la sociedad civil

Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Igualdad

LOS DERECHOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL

Un diálogo entre la Suprema Corte,
la academia y la sociedad civil



Alejandra Martínez Verástegui
Coordinadora



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Ministro Arturo Zaldívar	
Nota introductoria	XIII
Alejandra Martínez Verástegui	
Las uniones entre personas del mismo sexo	1
Estefanía Vela Barba	
Matrimonio entre personas del mismo sexo y <i>backlash</i> en México	27
Sofía del Carmen Treviño Fernández	
La voluntad procreacional, origen de la filiación en la familia homoparental-lesbomaternal y los límites a la verdad biológica	95
Alehlí Ordóñez	

Entre el derecho de los padres a educar a sus hijos y los derechos de la infancia. Aportes desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación	143
Haydeé Gómez Avilez	
Más que palabras: el impacto de la redacción en el acceso a la seguridad social en las parejas del mismo sexo	175
Carla Luisa Escoffié Duarte	
Libertad de expresión y discurso de odio. Entre formalismo y activismo. Análisis del amparo directo en revisión 2806/2012	203
Luis Knapp	
Libertad de expresión y discurso homofóbico.....	257
Agneris Sampieri	
El derecho a la identidad de género. Una mirada a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	291
Haydeé Gómez Avilez	
Derechos de la diversidad sexual: análisis comparado de la jurisprudencia de la Suprema Corte y la jurisprudencia interamericana.....	333
Linda Helena Maclú Zorrero	

Presentación

En la actualidad persiste en nuestro país la idea de que las expresiones heterosexuales son el patrón *normal* de comportamiento en las relaciones de pareja. De la misma manera, un sector mayoritario de la sociedad sigue pensando que la identidad y la expresión de género deben coincidir necesariamente con el sexo asignado al nacer. Esta situación ha generado que aquellas personas que no se ajustan a estas nociones tan arraigadas en la sociedad mexicana sean percibidas como inferiores o anormales. Esto se ha traducido en discriminación, violencia, estigmatización, segregación y rechazo hacia quienes no se conducen de acuerdo con las prácticas aceptadas socialmente. Llevadas al extremo, estas ideas han conducido a la institucionalización de ideologías discriminatorias en nuestros ordenamientos e incluso a la comisión de crímenes de odio.

Lamentablemente, ésta es la realidad para muchas personas, por ello es prioritario visibilizar y combatir esas formas de violencia y discriminación, cuyo único sustento son los prejuicios que siguen existiendo en amplios sectores de la sociedad. En este sentido, resulta crucial el papel que puedan jugar las instituciones encargadas de erradicar ese tipo de prácticas.

La Suprema Corte ha desempeñado una labor fundamental en la protección de las minorías sexuales y en la lucha para que las personas que forman parte de ese colectivo ejerzan plenamente sus derechos y sean tratadas con dignidad.

La Corte ha sido pionera en el ámbito global, al ser el primer Tribunal Constitucional en el continente americano que declaró la inconstitucionalidad de las normas que impedían el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo por considerarlas discriminatorias.¹ Además, esa resolución es la primera dictada en el mundo en la que se instrumenta un modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa. En este caso, la Corte ordenó directamente a las autoridades administrativas que permitieran casarse a una pareja del mismo sexo a pesar de que las normas impugnadas establecían que el matrimonio sólo podía existir entre un hombre y una mujer.

Además, durante los últimos años la Suprema Corte ha consolidado una doctrina jurisprudencial progresista y protectora de los derechos de la diversidad sexual. En sus sentencias, ha determinado que la Constitución no protege un único modelo de familia "ideal" que exclusivamente tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer. Esto ha conducido al reconocimiento jurídico y a la protección integral de todas las formas de familia, garantizando así que éstas tengan acceso a todos los derechos en igualdad de condiciones que las demás personas. Entre otras cuestiones, la Corte ha declarado inconstitucionales las normas que imposibilitan el acceso a los derechos de seguridad social a las parejas homoafectivas. Además, ha determinado que impedir a las parejas del mismo sexo ser consideradas para la adopción o negarles la posibilidad de asumir a un hijo o una hija como propio, aunque biológicamente

¹ Amparo en revisión 581/2012. Varios años antes, en el caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, la Corte Suprema sudafricana declaró inconstitucional la definición legal de matrimonio por considerarla discriminatoria para las parejas del mismo sexo. Sin embargo, optó por reparar la discriminación normativa suspendiendo la declaración de invalidez y ordenando al Parlamento reforma la norma para permitir el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales.

no lo sea, es discriminatorio, vulnera su derecho a formar una familia y viola el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

Por otro lado, es importante destacar que la Corte ha establecido criterios para que las personas trans puedan vivir de acuerdo con lo que es verdad para ellos mismos. En ese sentido, se ha determinado que para que las personas trans puedan ejercer plenamente sus derechos se debe garantizar la posibilidad de que obtengan documentos oficiales que correspondan con su identidad de género. Por esa razón, se han fijado las pautas para garantizar el acceso a este derecho de acuerdo con los estándares internacionales.

Sin embargo, para que estos esfuerzos tengan un verdadero impacto social es necesario que sean difundidos ampliamente y sometidos a escrutinio público. Ésa es la intención del libro que me honra presentar en esta ocasión: impulsar el debate político y social respecto de los criterios de la Suprema Corte sobre los derechos de la diversidad sexual. Este ejercicio de diálogo y de transparencia es fundamental para enriquecer el debate público sobre estas cuestiones y para transformar ideas, normas y prácticas sociales que han generado la discriminación estructural y la violencia a la que han sido históricamente sometidos los miembros de la diversidad sexual. Estoy convencido de que únicamente mediante el esfuerzo colectivo será posible construir una sociedad justa en la que todas las personas tengan igual consideración y respeto. Una sociedad en la que todos los derechos sean para todas las personas.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota introductoria

Alejandra Martínez Verástegui*

* Investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Candidata a doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto: amtzverastegui@gmail.com. Agradezco las observaciones y el apoyo de Haydeé Gómez Avilez para la elaboración de este texto.

Los derechos de la diversidad sexual¹ se han posicionado en el centro del debate jurídico contemporáneo en la última década y han influido profundamente en la forma en la que se piensa el derecho en la actualidad. Sin duda, la Suprema Corte ha sido un actor clave para lograr este cambio de paradigma, por medio de las sentencias que ha dictado sobre esos derechos.

En efecto, la Suprema Corte se ha convertido en un agente primordial de cambio social. A través de los distintos casos que ha resuelto ha promovido el desmantelamiento de estructuras jurídicas y sociales que, hasta

¹ Se utiliza el concepto *diversidad sexual* para remarcar la condición de ser diverso, para sugerir una distancia respecto de "la norma", que es la heterosexualidad. En consecuencia, este concepto abarca las sexualidades "plurales, polimorfas y placenteras", como la homosexualidad, el lesbianismo, la bisexualidad y lo trans (término que engloba a diferentes identidades y expresiones de género. Se refiere a la diversidad de personas cuya identidad de género no coincide con la asignada al nacer), ya sea como identidades esencializadas o como prácticas sexuales sin carácter identitario. Se considera que la categoría de diversidad sexual es relativa y está abierta al cambio y a la inclusión de nuevas identidades de acuerdo con el momento histórico y el contexto cultural específicos. Véase Weeks, Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1998.

entonces, perpetuaron los procesos de estigmatización que colocaron en una posición de desventaja a quienes pertenecen a ese colectivo. Este esfuerzo ha logrado ampliar los marcos de protección de sus derechos y ha visibilizado la discriminación estructural a la que históricamente han sido sometidos.

Además, las decisiones de la Corte han contribuido de forma determinante a la incorporación normativa de otras realidades que no se apegan al paradigma tradicional de las uniones, la sexualidad y la identidad de género. Al mismo tiempo estas sentencias se han caracterizado por su carácter pedagógico, lo que ha permitido traducir en términos jurídicos las exigencias y demandas de igualdad e inclusión del activismo de la diversidad sexual, llevándolas a espacios que les habían sido vedados por décadas.

La Suprema Corte ha sentado criterios sobre los derechos de la diversidad sexual en múltiples resoluciones. En primer término, ha consolidado sus precedentes sobre el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo a través del matrimonio y el concubinato. A su vez, ha fallado sobre el trato desigual que establece la legislación del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) entre conviviente, cónyuge y concubino en lo relativo a su derecho a recibir alimentos. En relación con la filiación, ha dictado criterios sobre la adopción en familias homoparentales y la filiación derivada de la comaternidad y de la maternidad subrogada.

En otras cuestiones, la Corte se ha pronunciado sobre si las normas educativas que establecen cláusulas de prohibición de discriminación por preferencia sexual vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas. Asimismo, ha resuelto varios asuntos en los que ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas que impiden el acceso al derecho a la seguridad social a parejas formadas por personas del mismo sexo. Además, ha sentado un precedente sobre libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas y varios criterios sobre la adecuación de documentación de

las personas trans de acuerdo con su identidad de género. Los siguientes párrafos están dedicados a desarrollar de manera general el contenido de estos precedentes y el objetivo de esta obra.

La primera vez que la Suprema Corte se pronunció sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo fue mediante un mecanismo de control abstracto: la acción de inconstitucionalidad.² En ese asunto, la Corte estudió si es legítimo que las legislaturas de los estados amplíen el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo o si hacerlo contradice la norma constitucional. En específico, se resolvió si los matrimonios entre personas del mismo sexo son compatibles con la Constitución y si permitirlos contraviene el concepto de familia contemplado en ésta. Al respecto, resolvió que la norma fundamental no protege un modelo ideal de familia, sino a la familia como realidad social, sea cual sea la forma en la que ésta se constituya, por lo que las legislaturas locales están facultadas para extender el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Posteriormente, la Suprema Corte conoció del tema a través de distintos amparos y acciones de inconstitucionalidad en los que se impugnaron normas que excluían de la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Estos preceptos regulaban el matrimonio únicamente para uniones entre un hombre y una mujer y, en algunos casos, condicionaban el acceso a esta institución al cumplimiento de fines específicos como la procreación. En estos asuntos la Corte estableció criterios claros en el sentido de que la Constitución exige que las parejas del mismo sexo tengan acceso al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales, por lo que se declararon inconstitucionales estas normas por considerarlas discriminatorias. Esto provocó la paulatina modificación de los códigos civiles estatales de 13 entidades federativas que reconocieron las uniones entre personas del mismo sexo.³ En 5 de ellas el

² Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

³ Baja California Sur, Ciudad de México, Campeche, Coahuila, Colima, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nayarit, San Luis Potosí, Oaxaca, Quintana Roo y Puebla.

matrimonio igualitario fue incorporado a la legislación civil a partir de acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Corte.⁴

El Alto Tribunal abordó estos casos desde dos perspectivas: el derecho a la igualdad y no discriminación⁵ y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁶ A partir de un análisis de igualdad, determinó de manera clara y reiterada que son inconstitucionales las normas que definen al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer y que tienen finalidades específicas que no todos los tipos de parejas pueden cumplir. De acuerdo con este criterio, estas normas se apoyan en una distinción basada en la categoría sospechosa de preferencia u orientación sexual,⁷ que no está directa ni indirectamente vinculada con la única finalidad que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional: la protección de la familia como realidad social, por lo que no superan un escrutinio estricto de igualdad. Además, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación, ya que se les priva de los beneficios expresivos del matrimonio y se les excluye de los beneficios materiales,⁸ lo que implica tratarlos como ciudadanos de segunda clase.

Desde la perspectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad se determinó que las normas que excluyen a las parejas homoafectivas de la institución del matrimonio vulneran este derecho. De acuerdo con la

⁴ Aguascalientes, Chiapas, Jalisco, Nuevo León y Puebla.

⁵ La sentencia que sienta las bases del estudio de los casos a partir del principio de igualdad y no discriminación es el amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012.

⁶ La única sentencia que estudia el caso a partir del principio del libre desarrollo de la personalidad es la acción de inconstitucionalidad 28/2015, 26 de enero de 2016. El resto de sentencias que lo abordan desde el libre desarrollo de la personalidad también lo hacen desde el derecho a la igualdad.

⁷ La Suprema Corte hace referencia a la preferencia sexual en sus sentencias, ya que es el concepto contemplado en la Constitución como categoría sospechosa.

⁸ En el amparo en revisión 581/2012 se elaboró una lista de los beneficios materiales y expresivos a los que se tiene acceso únicamente a través del matrimonio. Estos beneficios se clasifican en a) beneficios fiscales; b) beneficios de solidaridad; c) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; d) beneficios de propiedad; e) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas, y f) beneficios migratorios.

Corte el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de elegir en forma libre y autónoma cómo vivir, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de elegir la preferencia u orientación sexual. En ese sentido, el Estado está obligado a garantizar la libertad de cada individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, independientemente de su sexo.

En relación con la forma en la que debe repararse la discriminación normativa en estos casos, existe una evolución en los criterios de la Corte. En primer término,⁹ se resolvió que la manera más efectiva de reparar la discriminación consistía, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa en la que se establecía como finalidad del matrimonio la perpetuación de la especie. Por otro lado, se debía realizar una interpretación conforme de las expresiones que definían al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, para entender que se trataba de un acuerdo de voluntades celebrado entre dos personas. En un segundo momento,¹⁰ la Corte determinó que la única forma de reparar esta discriminación es la declaración de inconstitucionalidad de estas normas, ya que no solamente se debe garantizar el acceso al matrimonio, sino suprimir el estado de discriminación generado por el mensaje transmitido por la norma.

La Suprema Corte fue desarrollando estos precedentes en asuntos posteriores. En algunos de ellos, al examinar la constitucionalidad de normas estatales que excluían de la institución del matrimonio a las uniones homoafectivas, resolvió que se pueden combatir estas normas sin necesidad de acreditar un acto de aplicación.¹¹ De acuerdo con este criterio, estos preceptos generan una afectación expresiva de estigmatización por discriminación que otorga interés legítimo a las partes para impugnarlos sin que les sean aplicados.

⁹ Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012.

¹⁰ Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014.

¹¹ Amparo en revisión 152/2013, 23 de abril de 2014.

A su vez, la Corte se pronunció sobre si es constitucional regular las uniones entre parejas del mismo sexo a través de figuras distintas al matrimonio, como los enlaces conyugales.¹² El Máximo Tribunal resolvió que estas figuras no reparan los efectos discriminatorios que se producen cuando se niega el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo. Por el contrario, a través de ellas se establece un régimen jurídico diferenciado, basado en las preferencias sexuales, que evoca a la doctrina "separados pero iguales" que se estableció a finales del siglo XIX en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial. De acuerdo con la Corte, este tipo de regulaciones no pueden ser aceptadas porque contribuyen a perpetuar la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las parejas heterosexuales, lo que a su vez perpetúa la discriminación estructural a la que han sido sometidas.

Asimismo, en algunos de los casos sobre matrimonio igualitario la Suprema Corte determinó que los jueces no pueden decretar las medidas de reparación contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como indemnizaciones, medidas de satisfacción o garantías de no repetición. De acuerdo con este criterio no es posible que los jueces las decreten porque el tipo de medidas de reparación no pecuniaria (satisfacción y no repetición) que ha desarrollado la Corte Interamericana son excepcionales y, en su mayoría, pretenden responder a graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Además, los procesos que se llevan a cabo ante este tribunal internacional tienen como objetivo primordial dilucidar si los Estados han incurrido en responsabilidad internacional por incumplir las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que determina la Corte Interamericana es la responsabilidad del Estado en su

¹² La Suprema Corte estableció este criterio como *obiter dicta* en el amparo en revisión 581/2012. Posteriormente, el problema se planteó en el amparo en revisión 615/2013, 4 de julio de 2014, a propósito de una reforma al Código Civil del Estado de Colima en la que se creaban los "enlaces conyugales" con el fin de regular las uniones entre personas del mismo sexo. En este asunto el criterio se utilizó para resolver el caso, constituyendo así la *ratio decidendi* de la sentencia.

conjunto, por lo que sus pronunciamientos no reparan en distribución de poderes o facultades, ni en la diferenciación de órdenes de gobierno. Por ello, las sentencias utilizan explícita o implícitamente el esquema conceptual de los juicios de atribución de responsabilidad.

Sin embargo, la Suprema Corte determinó que existen algunas medidas en la Ley de Amparo que pueden reinterpretarse para dar cabida a las medidas no pecuniarias de reparación, como el régimen de responsabilidades administrativas y penales en los casos de incumplimiento de las sentencias de amparo y de repetición del acto reclamado. Además, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas discriminatorias y su consecuente desaplicación constituye, en sí misma, una medida de satisfacción que repara la violación de estos derechos.¹³

La Suprema Corte ha extendido algunos de los criterios sobre matrimonio igualitario descritos anteriormente para dar acceso a la institución del concubinato a parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales.

Otro asunto relacionado con las uniones entre parejas del mismo sexo se presentó en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), por parejas del mismo sexo que estaban unidas en sociedades de convivencia. Este caso es relevante porque la figura de la sociedad de convivencia fue creada por el legislador para proteger los hogares constituidos por parejas del mismo sexo. Por ello, durante mucho tiempo ésta era la única institución jurídica a la que estas parejas tenían acceso para regular sus uniones.

En este asunto, la Corte determinó que es Estado debe brindar a las parejas que se encuentran unidas en sociedad de convivencia el mismo tipo de protección que tienen las parejas unidas por otro tipo de figuras jurídicas. En este sentido, debe entenderse que la sociedad de convivencia

¹³ Acción de inconstitucionalidad 706/2015, 1 de junio de 2016.

no es un convenio privado en el que se puedan estipular los derechos y las obligaciones de las partes, sino una forma de regular un tipo específico de familia. Por esta razón no es jurídicamente posible que las parejas unidas a través de esta institución puedan convenir sobre la obligación de pagar alimentos, ya que este derecho no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.¹⁴

En otros asuntos, el Máximo Tribunal declaró contrario a los derechos al interés superior del menor y a la igualdad y no discriminación el prohibir la adopción de menores a las parejas homoafectivas. De acuerdo con este criterio, las normas que impiden adoptar a este tipo de parejas vulneran el derecho de los menores de edad a formar una familia. Estos preceptos utilizan una distinción basada en la categoría sospechosa de preferencia u orientación sexual que no se conecta directamente con el mandato constitucional de protección a la familia, por lo que violan la Norma Fundamental.¹⁵

En otros casos relacionados con la filiación de menores, la Corte se ha pronunciado sobre la fijación de la filiación en un caso de comaternidad y en un asunto sobre maternidad subrogada. En el segundo de estos supuestos¹⁶ determinó que, ante la ausencia de regulación expresa sobre la maternidad subrogada, la voluntad procreacional¹⁷ y la libre voluntad de la madre gestante son los únicos elementos necesarios para fijar la filiación respecto de un hijo o una hija nacidos mediante este método de reproducción asistida. Este precedente establece claramente que no es necesaria la existencia de un vínculo biológico entre una persona y un menor para establecer la filiación entre ambos. Con base en estos argu-

¹⁴ Amparo directo en revisión 19/2014, 3 de septiembre de 2014.

¹⁵ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010; y acción de inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015.

¹⁶ Amparo en revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018.

¹⁷ De acuerdo con este precedente, la voluntad procreacional se define como el deseo de reconocer que un hijo o una hija es propia aunque biológicamente no lo sea y, con esto, se asumen todas las responsabilidades derivadas de la filiación tutelada por el artículo 4o. constitucional.

mentos la Corte declaró la inconstitucionalidad de una disposición que permitía el reconocimiento voluntario de un hijo a personas no casadas únicamente si se encontraban en una relación de pareja heterosexual.

En cuanto a la comaternidad,¹⁸ la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que condicionaba el reconocimiento voluntario de un hijo a la existencia de un vínculo genético. Este precepto es discriminatorio y vulnera el principio del interés superior del menor y los derechos a la protección de la familia porque el supuesto de hecho de la norma solamente contempla a las personas que se encuentren en relaciones heterosexuales.

La Corte también se ha pronunciado sobre la posible vulneración del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas. En estos casos los demandantes señalaron que algunas normas educativas que hacen referencia a la preferencia sexual violaban este derecho de los padres. Los preceptos mencionados establecen una cláusula de prohibición de discriminación por preferencia sexual y obligaciones a las autoridades de adoptar medidas de protección especial para quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. La Corte resolvió que estas disposiciones no impiden a los padres educar a sus hijos conforme a los valores que estimen propicios para su sano desarrollo. Por el contrario, la función de estas normas es reconocer y proteger el derecho humano de igualdad ante la ley en los términos que establece la Constitución.

Por otro lado, el derecho a la seguridad social ha sido motivo de varios pronunciamientos por parte de la Suprema Corte. En estos casos se ha cuestionado la constitucionalidad de normas que limitan el acceso a este derecho a las parejas del mismo sexo. Al resolver estos asuntos, la Corte ha consolidado el criterio que establece que es inconstitucional negar los

¹⁸ Amparo en 852/2017, 8 de mayo de 2019.

beneficios expresivos y materiales que tienen las parejas heterosexuales a las parejas homoafectivas y que hacerlo implica tratarlos como ciudadanos de segunda clase.¹⁹ Específicamente, en estos casos se declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que permiten el acceso al seguro de enfermedades y maternidad, así como a la pensión por viudez, únicamente a las parejas heterosexuales.²⁰ En estas resoluciones se determinó que aunque estas normas utilizan un lenguaje aparentemente neutral se refieren a un modelo determinado de familia que necesariamente tiene que estar integrado por personas del sexo opuesto, por lo que se trata de medidas discriminatorias.

En cuanto a la forma más efectiva para reparar la discriminación normativa en estos casos, en un primer momento se estableció que debía realizarse una interpretación conforme de estas normas, de tal manera que se garantizara el acceso a estos derechos con independencia de si se trataba de uniones conformadas por personas de distinto o del mismo sexo.²¹ Posteriormente, se modificó esta interpretación y se resolvió que debía declararse la inconstitucionalidad de esas disposiciones porque, además de garantizarse el acceso a las prestaciones de seguridad social, debía suprimirse el estado de discriminación que genera el mensaje transmitido por estos preceptos.²²

La Suprema Corte también se ha pronunciado sobre la libertad de expresión en relación con las manifestaciones discriminatorias y homofóbicas²³ en un caso en el que se le cuestionó si utilizar términos como "maricones" y "puñal" para hacer críticas personales en una columna de periódico constituía un discurso protegido por la Constitución. En la sentencia se

¹⁹ Amparo en revisión 581/2012, 5 de diciembre de 2012. Este criterio ha sido reiterado en asuntos subsecuentes.

²⁰ Amparo en revisión 485/2013, 29 de enero de 2014; amparo directo en revisión 710/2016, 30 de noviembre de 2016; amparo directo en revisión 750/2018, 9 de enero de 2019; y acción de inconstitucionalidad 40/2018, 2 de abril de 2019.

²¹ Amparo en revisión 485/2013, 29 de enero de 2014.

²² Amparo directo en revisión 710/2016, 30 de noviembre de 2016.

²³ Amparo directo en revisión 2806/2012, 6 de marzo de 2013.

determinó que tales expresiones no están protegidas por el texto constitucional en relación con el derecho al honor, ya que denotan un menosprecio a la preferencia u orientación sexual y carecen de cualquier utilidad funcional dentro de una nota periodística.

El derecho de las personas a adecuar su documentación de acuerdo con su identidad de género²⁴ también ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Suprema Corte.²⁵ En primer término, se ha establecido que las personas tienen derecho a adecuar su sexo psicológico al legal mediante la rectificación de su acta de nacimiento. Por medio de este procedimiento deben modificarse su nombre y su sexo, ya que de lo contrario se estarían vulnerando sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la salud. La Corte ha enfatizado que la nueva identidad de una persona no se traduce en la extinción o modificación de sus obligaciones, por lo que la protección de sus derechos fundamentales no significa la desprotección de los derechos de terceros o del orden público.

De acuerdo con estos precedentes, para llevar a cabo el procedimiento no debe exigirse la acreditación de operaciones quirúrgicas u hormonales. Además, los procedimientos de reasignación sexo-genérica deben cumplir con los estándares interamericanos de privacidad, sencillez, expedito, gratuidad y emisión de un nuevo documento. Por ello, las correcciones o adecuaciones en los registros y documentos de identidad no deben reflejar estos cambios.

²⁴ La identidad de género se ha definido como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la percibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

²⁵ Amparo directo 6/2008, 6 de enero de 2009, controversia constitucional 45/2018, 23 de mayo de 2018; amparo en revisión 1317/2017, 17 de octubre de 2018; amparo en revisión 101/2019, 8 de mayo de 2019; contradicción de tesis 346/2019, 21 de noviembre de 2019; y contradicción de tesis 353/2017, 10 de abril de 2019.

De acuerdo con estos argumentos, el Máximo Tribunal determinó que las normas que ordenan realizar anotaciones marginales en el acta de nacimiento para la adecuación de la identidad de género autopercibida deben interpretarse de tal forma que se cumpla con los estándares mencionados, por lo que necesariamente debe expedirse un nuevo documento. Asimismo, la naturaleza de la autoridad que debe sustanciar el trámite de reasignación sexo-genérica puede ser judicial o administrativa, pero el procedimiento debe ser materialmente administrativo, ya que esto reduce las formalidades y las demoras. A partir de estas determinaciones, nueve entidades federativas reformaron sus legislaciones para establecer un procedimiento administrativo de adecuación de documentos a la identidad de género autopercibida.²⁶

En otras cuestiones, es importante señalar que la Suprema Corte admitió a trámite una declaratoria general de inconstitucionalidad²⁷ con motivo de que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito había integrado jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad del artículo 147 del Código Civil para el Estado de Nuevo León. Esta norma regulaba el matrimonio negando el acceso a esta institución jurídica a personas del mismo sexo. El precepto definía al matrimonio como "la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente". Antes de resolver la declaratoria, el Pleno falló una

²⁶ Ciudad de México, Coahuila, Colima, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Oaxaca y San Luis Potosí.

²⁷ Declaratoria general de inconstitucionalidad 3/2017, 9 de enero de 2020. La figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad fue creada en la reforma constitucional de 6 de junio de 2011 con la intención de establecer un mecanismo que permitiera la expulsión del ordenamiento jurídico de normas generales declaradas inconstitucionales. Para que la declaratoria proceda es necesario: a) que se declare la inconstitucionalidad de una norma general por el Pleno o las Salas de la Suprema Corte en juicios de amparo directo en revisión o que un Pleno regional solicite que se inicie el procedimiento porque en su región se integró jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión declarando inconstitucional una norma general; y b) que se notifique al órgano emisor de la norma y que haya transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que éste modifique o derogue la norma declarada inconstitucional. Si se reúnen estos requisitos el Pleno de la Suprema Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad de la norma, expulsándola de esta forma del ordenamiento jurídico.

acción de inconstitucionalidad²⁸ en la que reiteró sus precedentes declarando la invalidez de esta disposición en las porciones normativas "un solo hombre y una sola mujer" y "perpetuar la especie". Por esa razón, la Corte resolvió que la declaratoria general de inconstitucionalidad había quedado sin materia, ya que la norma impugnada fue expulsada previamente del ordenamiento mediante la acción de inconstitucionalidad. En este sentido, no era posible realizar una nueva declaración con efectos generales porque el precepto ya no formaba parte del ordenamiento jurídico.

Esta obra acompaña el esfuerzo de sistematización, transparencia y difusión de los precedentes de la Suprema Corte realizado en el Cuaderno de Jurisprudencia *Los derechos de la diversidad sexual*.²⁹ El Cuaderno forma parte de la *Colección Cuadernos de Jurisprudencia* impulsada desde el Centro de Estudios Constitucionales. Esta Colección tiene como objetivo la formación y difusión de líneas jurisprudenciales para dar a conocer los criterios de la Suprema Corte de manera clara y sencilla. Esta finalidad atiende a que el excesivo formalismo del sistema de precedentes mexicano, que funciona a través de "tesis de jurisprudencia", hace muy difícil conocer de una manera completa y sistemática el derecho de creación judicial, lo que obstaculiza su correcta aplicación a casos futuros en detrimento de los derechos de las personas.

El papel de la Suprema Corte ha sido fundamental para la conquista de los derechos de la diversidad sexual en México. El alcance de los precedentes descritos en este texto ha trascendido el ámbito del derecho, generando un impacto cultural de tal magnitud que ha generado un replanteamiento los términos del debate político y social en torno a la diversidad sexual. En efecto, a través de sus sentencias, el Máximo Tribunal ha impulsado el cambio social garantizando además que los miembros de este colectivo,

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 29/2018, 18 de febrero de 2019.

²⁹ Martínez, A. y Gómez, H. (2020), *Los derechos de la diversidad sexual*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

que han sido históricamente excluidos y discriminados, gocen de sus derechos en igualdad de condiciones que todas las personas y sus proyectos personales de vida sean protegidos.

Sin duda, esto no habría sido posible sin la participación de la sociedad civil. El activismo por la diversidad sexual ha posicionado su agenda en el centro del debate público a través de distintas acciones políticas, sociales y legales. Aunque la amplitud de sus exigencias ha trascendido diversos espacios, es claro que el activismo por la diversidad sexual encontró en el litigio ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación una herramienta esencial para lograr el reconocimiento y la protección de sus derechos fundamentales.

El propósito de este libro es promover el debate político y social en torno a los precedentes de la Suprema Corte sobre los derechos de la diversidad sexual. En estas páginas se reúnen artículos de académicas y activistas de reconocido prestigio que, desde distintas disciplinas, analizan y discuten estos criterios, así como sus implicaciones sociales. Algunas de las autoras incluso se han movilizado desde la sociedad civil para impulsar estos cambios, lo que se ve reflejado en los textos que integran esta obra.

A pesar de que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha sido fundamental para consolidar nuevos estándares para la protección jurídica integral de la diversidad sexual, esto no ha bastado para llevar a cabo una transformación social lo suficientemente profunda, en la que el respeto a los derechos en igualdad de condiciones sea una realidad para todas las personas. Por esa razón, este tipo de ejercicios de diálogo son indispensables para que los precedentes de la Suprema Corte sigan siendo utilizados como herramienta de cambio para consolidar el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de la diversidad sexual. De esta forma será posible construir una sociedad justa e igualitaria en la que no existan ciudadanos de segunda clase.

Las uniones entre personas del mismo sexo

Estefanía Vela Barba*

* Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y maestra en Derecho por la Universidad de Yale. Actualmente es directora ejecutiva de Intersecta, una organización feminista que se dedica a la investigación y promoción de políticas públicas para la igualdad.

SUMARIO: A. Comentarios sobre el contexto de las resoluciones; I. Los fallos no se entienden sin los cambios más amplios en el matrimonio; II. Los fallos no se entienden sin la constitucionalización del derecho familiar; III. Los fallos no se entienden sin la transformación de la Suprema Corte; IV. Los fallos no se entienden sin los movimientos sociales; B. Comentarios sobre las resoluciones; I. ¿Qué garantizan los fallos?; 1. Matrimonio y más; 2. No podemos olvidar el federalismo; II. ¿Cómo lo garantiza?; 1. La igualdad; a. Categorías sospechosas; b. La exclusión injustificada; c. Separados, desiguales; d. La discriminación indirecta; 2. La diversidad familiar más amplia; 3. El interés legítimo; III. Los límites de los fallos.

En agosto de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sostuvo que los matrimonios entre personas del mismo sexo son legítimos y merecen ser reconocidos y protegidos por el Estado. Desde entonces, la Corte ha reiterado esta idea en más de 40 fallos, como consta en el cuaderno de jurisprudencia sobre los derechos de la diversidad sexual del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN (Martínez y Gómez, 2020, 2020, p. XV).

Mi propósito en este ensayo es dar algunos comentarios sobre los fallos de la SCJN relacionados con las uniones entre personas del mismo sexo. Los he dividido en dos grandes categorías: comentarios sobre el contexto de las resoluciones y comentarios sobre las resoluciones en sí mismas. Los primeros buscan proporcionar elementos para entender cómo es que la SCJN llegó a legitimar las uniones entre personas del mismo sexo, particularmente el matrimonio. A 11 años y con más de 40 fallos, esta idea parece casi una obviedad constitucional. Pero no lo era. ¿Cómo es que ocurrió este cambio? El segundo tipo de comentarios están enfocados en

lo que sostienen las resoluciones. La arquitectura y el potencial de sus argumentos, así como los límites de sus efectos.

Valga aclarar que este ensayo está pensado para acompañar el Cuaderno de jurisprudencia sobre los derechos de la diversidad sexual del CEC de la SCJN, en donde las resoluciones principales de la SCJN se resumen. Por esta razón, no ahondo en las descripciones de los fallos, salvo que sea relevante para los puntos que quiero resaltar.

A. Comentarios sobre el contexto de las resoluciones

Como mencioné, me interesa tratar de contextualizar, brevemente, los fallos de la SCJN. En concreto, busco señalar algunos de los cambios que, desde mi perspectiva, facilitaron —jurídicamente, al menos— que la SCJN llegara a validar los matrimonios entre personas del mismo sexo. No son todos los elementos que servirían para entender los cambios, pero me parece importantes tenerlos en cuenta.

I. Los fallos no se entienden sin los cambios más amplios en el matrimonio

Como puede verse en el cuaderno, el primer fallo de la SCJN relacionado con las uniones entre personas del mismo sexo es la acción de inconstitucionalidad 2/2010; ésta se motivó por la impugnación de la Procuraduría General de la República de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal que extendieron tanto el matrimonio, como el concubinato, a las parejas del mismo sexo. La Procuraduría, sin embargo, objetó sólo la extensión del matrimonio. ¿Por qué? Y ¿por qué importa?

En diversos países, incluido México, el reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo sucedió, primero, con figuras *distintas* a las del matrimonio. Usando el caso de nuestro país: en 2006, el Congreso del entonces Distrito Federal publicó la Ley de Sociedad de

Convivencia, que creaba una nueva figura —la sociedad de convivencia— para que las parejas pudieran adquirir derechos. En 2007, en Coahuila, se reformó el Código Civil para incorporar el pacto civil de solidaridad, una figura adicional a la del matrimonio. En el caso de la Ciudad de México, la sociedad de convivencia era tanto para parejas del mismo sexo, como para parejas del sexo opuesto, si bien el objetivo era, por supuesto, que las primeras tuvieran *algún* tipo de reconocimiento. En el caso de Coahuila, el pacto civil de solidaridad era *sólo* para parejas del mismo sexo. Uno de los argumentos que se utilizaron para aprobar estas reformas era que, precisamente, no trastocaban la institución del matrimonio. Si el punto para las parejas del mismo sexo era "adquirir derechos", podían hacerlo de *otras* maneras. El matrimonio, sin embargo, debía quedar incólume.

Esta lógica —de que las parejas del mismo sexo accedieran a derechos a través de otras figuras que no fueran el matrimonio— fue reiterada por la Procuraduría en su demanda. Acusaba a la legislatura de, básicamente, desfigurar al matrimonio, cuya "naturaleza" siempre había sido, era y *tenía que ser* heterosexual.

La manera en la que la Procuraduría concebía al matrimonio —como una institución con su propia "naturaleza"— tiene una larga, larga tradición jurídica (Vela, 2015). Y uno de los puntos más interesantes del fallo de la acción 2/2010 es, precisamente, cómo la SCJN responde a estos argumentos sobre el matrimonio. Lo que por ahora me interesa destacar es que, en su respuesta, la SCJN reconoce una realidad: la variedad de cambios que sufrió la regulación del matrimonio en la historia (acción de inconstitucionalidad 2/2010, pp. 92 y ss). No es, *de facto*, una institución "indisponible" para el legislador. La ha modificado, una y otra vez, por una variedad de razones.

Los ejemplos abundan: de ser una unión indisoluble —salvo por la muerte— pasó a ser una institución cuya duración depende por completo de la voluntad de una sola parte; de ser el "único medio moral de

fundar una familia", pasó a ser una institución más para que las parejas regularan su relación; de determinar el estatus de los niños y niñas y ser la base de la relación entre padres e hijos, pasó a ser uno, de varios elementos, que podrían determinar la filiación y los derechos asociados a esta relación; de estar basado en la división sexual del trabajo, pasó a ser una unión "entre iguales" que decidirían, a partir de su propia voluntad, cómo se repartirían las labores.

El matrimonio entre personas del mismo sexo, en este sentido, es un cambio más a la figura. Un cambio que en un momento parecía impensable, pero que, visto a la luz de los tiempos —y de la Constitución— no era, realmente, tal.

II. Los fallos no se entienden sin la constitucionalización del derecho familiar

Una cosa, por supuesto, es que el matrimonio, *de facto*, haya cambiado una y otra vez a lo largo de la historia. Esto sólo muestra que no es un ente inmodificable. Depende de la voluntad del legislador. Eso es un hecho. Se puede cambiar y se cambia. La pregunta, sin embargo, persiste: ¿cómo puede saberse qué cambios son deseables y cuáles no?

No es que no haya reglas para reconfigurar el matrimonio. Lo crucial de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 —y las resoluciones subsecuentes— es que justo fija los parámetros de qué es lo que debe importar al regular a las familias: los valores constitucionales y los derechos humanos. Qué puede y no puede, qué debe y no debe hacer el legislador está determinado por ese marco: el constitucional.

Siguiendo a Ibarra Olguín y Treviño Fernández (2020, pp. 353 y ss.), este fallo es un ejemplo de un proceso más amplio de constitucionalización del derecho de familia en el país. En este sentido, la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 —y los subsecuentes fallos— es *un ejemplo más* de una transformación del derecho de familia. Un dere-

cho que ahora debe encontrar su origen, límites y horizontes en la Constitución. La acción es también un ejemplo más de una transformación que ha ocurrido específicamente en sede judicial: de la Suprema Corte reconfigurando el edificio del derecho familiar, a partir de la Constitución.

III. Los fallos no se entienden sin la transformación de la Suprema Corte

Otro punto importante para considerar es la transformación más amplia de la Corte. La constitucionalización del derecho familiar que ocurrió en sede judicial es un ejemplo de esta transformación, pero no es el único.

De repente, empezamos a tener una variedad de fallos de asuntos *viejos*, en muchos sentidos, pero resueltos de manera novedosa. Con una Corte echando mano de la Constitución, los tratados internacionales, los derechos humanos y estudios empíricos como nunca se había visto. Esto puede verse claramente en toda la línea jurisprudencial sobre perspectiva de género, en los distintos fallos sobre libertad de expresión o en las resoluciones sobre el uso lúdico de la marihuana. Los Cuadernos de Jurisprudencia del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN dan muestra de muchos de estos cambios.

Dos resoluciones que me ha parecido siempre que muestran este cambio de manera nítida son las relacionadas con el problema jurídico de la violación entre cónyuges (Vela, 2015): la SCJN pasó de sostener, en 1994, que *no* existía, jurídicamente, la "violación entre cónyuges" (en la contradicción de tesis 5/92) a señalar lo contrario 11 años después (en la solicitud de modificación de jurisprudencia 9/2005). El problema jurídico era el mismo (¿existía, jurídicamente, la violación entre cónyuges?), pero el marco que utilizó para resolver el problema, las fuentes en las que se basó y los argumentos que erigió cambiaron radicalmente. De ver sólo la doctrina civil del matrimonio, pasó a enfocarse en los mandatos de la Constitución. De preocuparse en exclusiva por la "naturaleza" del matrimonio, se volcó más bien al derecho a decidir. Lo interesante de

este caso es que las herramientas jurídicas a disposición de la Corte eran exactamente las mismas entre un caso y otro. Lo que cambió más bien es el paradigma de resolución de la Corte.

Éste es un cambio de paradigma del que los casos del matrimonio igualitario se beneficiaron y, a su vez, consolidaron.

IV. Los fallos no se entienden sin los movimientos sociales

Un último punto para mencionar sobre el contexto de los fallos tiene que ver con los movimientos sociales.

Los cambios que han derivado en el reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en México —como en el mundo— no pueden entenderse sin el impulso de distintas personas, colectivas y organizaciones que se dedican a la lucha por los derechos de personas LGBT¹ (Lozano, 2018; Diez, 2018).

Sí: el primer caso que resolvió la Corte sobre uniones entre personas del mismo sexo fue, como ya se mencionó, impulsado por la Procuraduría General de la República para *revertir* el reconocimiento de estas uniones. La Corte interviene, en un primer momento, por la *oposición* a estos cambios, pues. Pero la gran mayoría de las otras resoluciones que resolvió la Corte son parte de una estrategia de litigio impulsada por activistas LGBT, entre los que destaca el colectivo México Igualitario y los esfuerzos del abogado Alex Alí Méndez. Como el propio abogado ha afirmado (Méndez, 2017), los litigios se diseñaron para ir garantizando el acceso al matrimonio a lo largo y ancho del país. También se plantearon cuestiones constitucionales increíblemente importantes, como la relacionada con el interés legítimo o la reparación integral en el amparo.

¹ Lesbianas, gays, bisexuales y trans.

El caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, en este sentido, es un hermoso ejemplo de un diálogo entre la ciudadanía y la Corte, forjando una jurisprudencia, empujándose a reconfigurar el orden jurídico. Sin la participación de esta ciudadanía, dudo que hoy tendríamos la doctrina que tenemos.

B. Comentarios sobre las resoluciones

En este apartado, ofrezco algunos comentarios sobre el contenido de las resoluciones de la SCJN relacionadas con las uniones entre personas del mismo sexo. Estos comentarios buscan resaltar la diversidad de aspectos contenidos en estos fallos, los aciertos de sus argumentaciones e incluso los límites de sus resoluciones. Los comentarios están, a su vez, divididos en tres grandes apartados: ¿qué garantizan los fallos? ¿Cómo lo garantizan los fallos? ¿En qué se quedan cortos?

I. ¿Qué garantizan los fallos?

1. Matrimonio y más

La primera obviedad que quiero señalar es que cuando se leen todos los fallos de la SCJN relacionados con las uniones entre personas del mismo sexo queda claro que lo que se garantiza no es sólo el acceso al matrimonio. Sí: el matrimonio ha recibido la mayor atención; ha sido el foco de la mayoría de los casos de la Corte en la materia. Pero sus fallos han servido para garantizar acceso a *todas* las figuras familiares, incluido el concubinato (y la adopción y la filiación y...). La idea de la Corte es básica: ahí donde hay una figura que regula derechos y obligaciones entre personas que tienen un lazo de afecto y buscan su reconocimiento por parte del Estado, ahí es donde se tiene que garantizar que el acceso a esta sea en condiciones de igualdad.

Relacionado con lo anterior está el hecho de los fallos de la Corte también han servido para garantizar el acceso a *todos* los derechos asociados

a estas figuras. Quizá aquí los casos que mejor ejemplifican esto son los relacionados con el acceso a la seguridad social.² ¿Qué ocurría? Que a las parejas del mismo sexo que se casaban en la Ciudad de México se les negaba el acceso a la seguridad social, argumentando que no estaban contempladas en la ley que regulaba la materia. La Corte, con todas sus letras, afirmó que esto era inconstitucional y violaba derechos. No sólo merecen estas parejas acceso a las figuras legales, merecen acceso a *todos* los derechos asociados a las mismas.

2. No podemos olvidar el federalismo

Otro punto importante sobre las resoluciones de la Corte en torno a las uniones entre personas del mismo sexo tiene que ver con su reconocimiento en toda la república.

Cuando la legislatura de la Ciudad de México reformó el Código Civil de la entidad para reconocer tanto el matrimonio como el concubinato entre personas del mismo sexo, esas reformas fueron impugnadas *no sólo* por la Procuraduría General de la República. También fueron impugnadas, a través de controversias constitucionales, por los estados de Morelos (controversia constitucional 6/2010), Guanajuato (controversia constitucional 7/2010), Tlaxcala (controversia constitucional 9/2010), Sonora (controversia constitucional 12/2010), Baja California (controversia constitucional 13/2010) y Jalisco (controversia constitucional 14/2010).³ El corazón de las impugnaciones tenía que ver con el hecho de que al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México, las otras entidades se verían obligadas a reconocer esos matrimonios. Lo que, consideraban, era una intromisión en la facultad que

² Es el caso del amparo en revisión 485/2013 (acceso a la seguridad social de un matrimonio conformado por dos hombres); el amparo en revisión 710/2016 (acceso a la seguridad social de un matrimonio conformado por dos mujeres), y el amparo en revisión 750/2018 (acceso a la pensión por viudez para un hombre que estuvo casado con otro hombre) que se resumen en el cuaderno de jurisprudencia sobre los derechos de la diversidad sexual.

³ En la página de la SCJN pueden encontrarse las resoluciones para las controversias 13/2010 y 14/2010. En los otros casos no hay una sentencia formal.

tenían de decidir sobre los asuntos civiles. Este argumento, de hecho, también se articuló en la demanda de la PGR.

El argumento con el que la SCJN resolvió esta disputa, que puede leerse en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y en las resoluciones a las controversias constitucionales 13/2010 y 14/2010, es, en realidad, muy sencillo: el artículo 121, fracción IV, de la Constitución establece explícitamente que "los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros". Durante la discusión de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 fue de las disputas que menos atención recibió. Constitucionalmente no era, en realidad, disputa. Las entidades federativas se estaban quejando de algo que la Constitución explícitamente ordenaba. Pero no por ello deja de ser crucial que la SCJN haya reiterado ese mandato: validó la posibilidad de que muchas parejas del país fueran a la Ciudad de México a casarse y regresaran a sus entidades siendo titulares de derechos.

II. ¿Cómo lo garantiza?

1. La igualdad

En muchos contextos, el asunto de las uniones entre personas del mismo sexo, si ameritan reconocimiento o no por parte del Estado, ha sido articulado como un problema de (des)igualdad. Leyendo los fallos de la Corte, lo es.

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la SCJN fue muy enfática en acotar la litis: la pregunta era si *extender* el matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo violaba la Constitución. La respuesta a la que llegó fue que no. En el amparo en revisión 581/2012, en cambio, explícitamente enmarca la discusión en torno a una pregunta: ¿*restringir* el matrimonio sólo a parejas del sexo opuesto viola la Constitución? Es en este amparo —y los que se resolvieron a la par y después— en el que el derecho a la igualdad y, particularmente, el derecho a la no

discriminación se volvieron el eje de la resolución. Lo interesante, me parece, de leer los fallos son los variados despliegues de la igualdad para resolver distintas disputas.

a. Categorías sospechosas

Quizá un primer punto a resaltar sobre los fallos de la Corte tiene que ver con cómo se justifica el despliegue del derecho a la no discriminación.

De acuerdo con la misma doctrina de la Corte —y de otros tribunales—, el derecho a la no discriminación se utiliza cuando existe, entre otros supuestos, un tratamiento diferente entre dos grupos de personas. La base de ese trato diferenciado es una de las categorías sospechosas, contenidas en el párrafo quinto del artículo 1 constitucional. Puede haber muchos tratos desiguales. Por ejemplo: un trato fiscal desigual entre quien vende leche y vende jugos. Pero esa diferencia —vender leche y vender jugo— no es de las contempladas en el artículo 1 constitucional, porque no ha sido históricamente utilizada para excluir sistemáticamente a grupos de personas del goce de una variedad de derechos.

Ahora, en otras jurisdicciones en las que se ha disputado la discriminación que viven las personas por su orientación sexual, un gran punto de contención ha sido el hecho de que, en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales, la orientación sexual no es, explícitamente, una categoría sospechosa. El caso *Atala Riffo* es un ejemplo; en éste, una mujer, Karen Atala Riffo, perdió la guardia y custodia de sus hijas por, básicamente, atreverse a sumar a su hogar, en el que vivía con las niñas, a la mujer de la que estaba enamorada. Ella argumentó, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que fue discriminada por su orientación sexual. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sin embargo, en ningún momento utiliza este concepto. ¿Qué hizo la Corte Interamericana? Explicar por qué, de cualquier manera, esta discriminación estaba prohibida, con el argumento de que la CADH prohíbe la discriminación con base en "cualquier otra condición social"

no establecida explícitamente en ella (Corte IDH, 2012, p. 30). La orientación sexual es un ejemplo de este "otro tipo de condición social".

En los casos de la SCJN, me parece, no fue necesario hacer este esfuerzo, ya que desde 2001 se incluyó la palabra "preferencias" en el párrafo quinto (entonces tercero) del artículo 1 constitucional, y en 2011 se agregó "sexuales" a este concepto. Si bien existe una disputa incluso en el movimiento y la literatura LGBT sobre el uso del concepto "orientación sexual" contra el concepto "preferencia sexual",⁴ en los fallos de la Corte han sido intercambiables. Una consecuencia de esto es que la discriminación por orientación sexual ha encontrado piso constitucional textual.

Ahora: al resolver casos de discriminación hay dos preguntas básicas que responder. ¿Existe un trato diferenciado entre dos grupos? y ¿la base de ese trato diferenciado encaja en una categoría sospechosa? Parecen casi la misma pregunta, pero no lo son. Y me interesa separarlas porque en el amparo en revisión 581/2012 justo la Corte le tuvo que dedicar algunos párrafos a explicar por qué la definición del matrimonio, tal y como estaba redactada en el Código Civil de Oaxaca, tenía que ver con la discriminación por orientación sexual.

La definición de matrimonio contenida en el Código de Oaxaca —y en la mayoría de los códigos— no hace mención explícita de la orientación sexual de nadie. En ningún momento dice "el matrimonio tiene que ser heterosexual", "las personas que se casan tienen que ser heterosexuales" o "se prohíbe que las personas gays se casen". Los códigos simplemente

⁴ Por ejemplo, GLAAD, una organización LGBTQ mundial importante, en su guía para medios de comunicación califica al concepto de "preferencia sexual" como "ofensivo" y sugiere utilizar "orientación sexual" en su lugar. En el Informe final de la Investigación sobre la Atención de Personas LGBT en México, realizada por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas junto con la organización Fundación Arcoíris, se sugiere impulsar una reforma constitucional para sustituir el término "preferencia sexual" por "orientación sexual", porque el primero "incluye una gama de actividades y prácticas sexuales amplísimas como la pedofilia y necrofilia, que nada tienen que ver con la diversidad sexual".

definen el matrimonio como la unión "entre un hombre y una mujer".
¿Qué tiene que ver esto con la orientación sexual? Sostiene la Corte:

En este caso concreto la medida legislativa examinada *distingue implícitamente* entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo: a las primeras les está permitido el acceso al matrimonio, mientras las segundas no tienen esa posibilidad. Si bien podría argumentarse que el precepto no hace una distinción con base en las preferencias sexuales de las personas porque a nadie se le pide que manifieste su preferencia sexual para acceder al matrimonio, eso no es obstáculo para sostener que la norma impugnada efectivamente hace una distinción apoyada en esa categoría sospechosa. El hecho de que *el acceso* al poder normativo para contraer matrimonio no esté condicionado aparentemente a las preferencias sexuales no significa que no exista una distinción implícita apoyada en ese criterio. [...] Aunque la norma conceda el poder normativo para casarse a cualquier persona, con independencia de su preferencia sexual, si ese poder únicamente puede ejercitarse para casarse con alguien del *sexo opuesto*, es indudable que la norma impugnada sí comporta en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales (amparo en revisión 581/2012, pp. 32-33).

Es importante lo que la norma *hace* y no sólo lo que la norma *dice*. En este caso, lo que la norma hace es distinguir entre las personas con base en su orientación sexual: si eres gay o bi y te quieres casar con alguien de tu mismo sexo, simplemente no puedes.

b. La exclusión injustificada

En el amparo en revisión 581/2012, una vez que la Corte determina que la definición del matrimonio implícitamente distingue entre las personas con base en su orientación sexual, determina que lo que procede es analizar la norma a la luz del *test* de escrutinio estricto.

Esto es importante: la misma PGR sostenía, en la acción 2/2010, que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio *no* era discrimina-

ción, sino una exclusión *justificada*. ¿Por qué? Porque las parejas del mismo sexo simplemente no pueden cumplir con los fines del matrimonio. ¿Por qué? Porque son distintas de las parejas del sexo opuesto. Tratar distinto a quienes son distintos no está mal. ¿Verdad?

Al echar mano del test de escrutinio estricto, la SCJN inevitablemente tendrá que lidiar con esto. ¿La norma que excluye a las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio discrimina o no? La Corte llega a la conclusión de que sí y, dentro de los múltiples argumentos que esgrime está el siguiente:

[La] medida es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. [...]

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo recientemente en *Schalk y Kopf v. Austria* que las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar, en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. En consecuencia, debe entenderse que la relación entre dos personas homosexuales que hacen una vida de pareja constituye *vida familiar* para efectos del Convenio Europeo de Derechos humanos.

Pero la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja. La procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales. Existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para casarse (amparo en revisión 581/2012, pp. 39-40).

Las parejas del mismo sexo, sostiene la Corte, para todos los efectos relevantes, están en circunstancias similares a las de las parejas del sexo opuesto. ¿Por qué? Porque son parejas que pueden formar una vida en común, tener una relación estable, apoyarse. Como las parejas heterosexuales.

Y sí. Pero la Corte no se queda ahí. El argumento para *negar* el acceso al matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo nunca se ha limitado a decir que *como parejas* simplemente son "inferiores" o "incapaces" de darse apoyo. También ha incluido el hecho de que, *como pareja*, nunca podrían reproducirse y ser padres o madres. El matrimonio es para la reproducción, reza este argumento. Cualquier pareja que no pueda reproducirse no puede cumplir con el fin del matrimonio. A esto responde la Corte que las parejas del mismo sexo *sí* pueden ser padres o madres. Quizá el hijo o hija no es *genéticamente* de la pareja. Pero eso no importa. *Para todos los efectos relevantes*, hay parejas del mismo sexo que *son* además padres o madres.

Para sostener esto, la Corte tiene, por supuesto, que reinterpretar la "reproducción" a la que por lo general se alude cuando se habla de matrimonio. La Corte no entiende la reproducción como un proceso meramente fisiológico, sino que lo extiende, más bien, a la realidad ser padre o madre, *sin importar cómo se llegó a serlo*.

Esto que hace la Corte —de sostener que las parejas del mismo sexo son similares a las del sexo opuesto incluso en lo que a la reproducción se refiere— es más interesante considerando lo que al final acaba haciendo: declarar inconstitucional la definición del matrimonio que lo acota a "perpetuar la especie". ¿Por qué declara inconstitucional esta parte de la definición del matrimonio? Porque "atenta contra la autodeterminación de las personas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sean éstas *parejas homosexuales o heterosexuales*" (amparo en revisión 457/2012). La Corte bien pudo haber dicho, desde un inicio, que no importa si la pareja conformada por personas del mismo sexo es capaz o no de reproducirse sexualmente entre sí, porque atar el matrimonio a

la reproducción es inconstitucional. Pero decidió no hacer sólo esto. Decidió primero redefinir la reproducción y reconocer que las parejas del mismo sexo *tienen hijos* (Vela, 2017). Y después *de cualquier forma* declaró inconstitucional limitar el matrimonio a la reproducción. Reconoció una realidad y reconfiguró, de cualquier manera, la norma.

c. Separados, desiguales

La idea de que las parejas del mismo sexo *no* deben acceder al matrimonio, sino a otra figura estuvo en los litigios de la Corte desde la acción de inconstitucionalidad 2/2010, como mencioné previamente. No era, propiamente, parte de la *litis*, pero quienes se oponían a la expansión del matrimonio utilizaban este argumento una y otra vez. Tiene lo suyo este argumento: si las personas se quejan por la falta de *derechos*, esa falta de *derechos* se puede remediar sin trastocar el matrimonio. Si lo que importan son los *derechos*, ¿de qué se quejan si es a través de otra figura? Cómo la Corte responde a esto es importante justo porque revela una concepción del derecho que va más allá del formalismo.

[Si] en la legislación [...] se establece la institución denominada relación conyugal, pero establece dos tipos de figuras basándose únicamente en la identidad o preferencia sexual de las personas que pretenden acceder a ella, es evidente que con esa implementación se surte un problema de discriminación prohibido por el artículo 1º constitucional, en tanto que a las parejas del mismo sexo, se les niega la posibilidad de acceder al matrimonio, pretendiendo remediar esa exclusión a través de un modelo alternativo, denominado enlace matrimonial; sin embargo, ese modelo perpetua la noción prejuiciosa de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras del reconocimiento que se les da a las heterosexuales, lo que necesariamente lleva un mensaje implícito de discriminación que constituye una ofensa a la dignidad de las personas en tanto que a través de él se permea la idea de que no existe igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales (amparo en revisión 615/2013, p. 101).

Crear una figura alterna no anula el hecho de que se sigue teniendo que responder por qué una pareja del mismo sexo *no* puede acceder a la figura del matrimonio. Y frente a esa pregunta, todas las respuestas honestas de alguna forma u otra llevan a la respuesta: "por prejuicios". Más allá de los prejuicios, sin embargo, lo que la Corte señala es que no se puede obviar el efecto de distinguir: si hay dos figuras, se sigue mandando el mensaje de que existe una diferencia insalvable, "que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras".

d. La discriminación indirecta

El amparo directo en revisión 19/2014 no tiende a ser el fallo más exaltado cuando se habla de lo que la Corte ha hecho en relación con las parejas del mismo sexo, pero, en lo personal, es de mis favoritos. Éste es un caso de una pareja conformada por dos hombres que se unió en una sociedad de convivencia en la Ciudad de México. La relación terminó y uno de los (ex) convivientes demandó el pago de la pensión alimenticia, argumentando que en el tiempo que duró la relación se había dedicado a las labores del hogar. ¿Cuál era el problema? Que la ley establecía un tiempo más *corto* para otorgar y recibir alimentos en el caso de la sociedad de convivencia que para el matrimonio. Esto, se argumentó, discriminaba *indirectamente* a las parejas del mismo sexo.

Este caso es interesante porque obliga a comparar la manera en la que las figuras para las parejas están reguladas. Si en la acción 2/2010 la Corte había dicho que le corresponde al Estado reconocer jurídicamente a la diversidad familiar, el amparo directo en revisión 19/2014 tiene que lidiar con cuáles son las diferencias en la regulación de las figuras familiares que son válidas. Si puede —y hasta debe— haber distintas figuras, ¿cuáles son los límites? ¿Por qué *no* sería válido establecer plazos diferentes para otorgar y recibir alimentos a las sociedades de convivencia que a los matrimonios?

La Corte llega a la conclusión de que si las figuras regulan lo mismo, deben tener las mismas consecuencias. Algo que comparten la sociedad de

convivencia, el matrimonio y el concubinato es que por lo general se trata de parejas que se apoyan mutuamente. Si la pensión reconoce y recompensa, en parte, ese apoyo, no hay razón para dar un trato distinto. Pero la Corte no se queda ahí. Afirma:

[El] tratamiento diferenciado injustificado del legislador del Distrito Federal en relación a la duración de la obligación alimentaria cuando termina la sociedad de convivencia, no únicamente vulnera el derecho a la igualdad de los convivientes en general, sino que esta medida legislativa tiene a su vez un mayor impacto y repercusiones más graves para las familias conformadas por personas del mismo sexo (amparo directo 19/2014, p. 43).

¿Cómo es que impacta más a las parejas del mismo sexo? Porque son quienes más han accedido a la figura de la sociedad de convivencia. La Corte cita datos de la autoridad capitalina mostrando que prácticamente de cada 10 sociedades de convivencia, 9 fueron pactadas por parejas del mismo sexo (amparo directo 19/2014, p. 44). Decir que es válido que la sociedad de convivencia otorgue *menos* derechos a quienes la pactan, tiene como consecuencia que una desproporción de parejas del mismo sexo tengan menos derechos. Ello, sostiene la Corte, está también prohibido por el derecho a la no discriminación:

el examen de normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación, también abarca el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación, o se trate de medidas de alcance general. A esta concepción se le conoce como discriminación indirecta o impacto desproporcionado de normas, acciones y políticas, pues aunque no parecieran establecer categorías de distinción, tienen efectos diferenciados en ciertos grupos (amparo directo 19/2014, p. 40).

Importa no sólo la redacción de la norma, sino sus efectos. Esto es increíblemente importante no únicamente para las parejas del mismo

sexo, sino para todas las personas. Si todo sigue igual, será cada vez más raro encontrar normas que explícitamente lo diferencian. El mayor reto será lidiar con normas neutrales, pero desiguales *en sus efectos*. Con este fallo —que es uno de *pocos* en los que articula la prohibición de la discriminación indirecta—⁵ la Corte proporciona una herramienta poderosa para hacer frente a este tipo de exclusión.

2. La diversidad familiar más amplia

Ahora: otro aspecto interesante de los fallos de la Suprema Corte sobre las uniones entre personas del mismo sexo es que éstas no dependen solamente del derecho a la igualdad. Uno de los puntos más poderosos de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 es que uno de los fundamentos de las uniones entre personas del mismo sexo es el mandato de protección de "la familia".

En muchos sentidos, el derecho a la igualdad tiene un componente "conservador": siempre se erige en contra de algo ya existente. Se tiene que garantizar la igualdad respecto de lo ya legislado, lo ya reconocido, lo ya resuelto. El derecho a la igualdad por eso funciona, por supuesto, para extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Pero no da pistas sobre si debiese existir o no algo más allá del matrimonio. Lo potente de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 es, precisamente, que reconoce un mandato mucho más amplio del Estado de reconocer a las familias, en toda su diversidad. La Corte interpreta el mandato contenido en el artículo 4 de la Constitución como un mandato para reconocer a todas las familias. Vale la cita extensa:

dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y,

⁵ Véase, por ejemplo, en el cuaderno de jurisprudencia número 7, titulado *Igualdad y no discriminación por género*, el capítulo "Discriminación indirecta".

por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar (acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 87).

Esto es, de nuevo, increíblemente importante. Por mucho tiempo, el derecho de familia ha estado construido con base en un ideal moral que se debe alcanzar. Las personas se adaptan a lo que el Estado quiere. Las personas se ajustan a lo que el matrimonio exige. El fallo de la SCJN invierte por completo esta lógica. Ahora el Estado debe seguir lo que las personas hagan. El Estado debe estar al tanto de los vínculos que forjan y debe hacer todo lo que esté en su poder para protegerlos.

3. El interés legítimo

No quiero dejar de mencionar algo fundamental sobre la serie de casos de la Corte que tiene que ver con el acceso a la justicia. Como puede verse en el cuaderno de jurisprudencia, la gran mayoría de los casos relacionados con las uniones entre personas del mismo sexo que la Corte ha resuelto son amparos.

Los primeros amparos que resolvió la SCJN (amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012) fueron impulsados por parejas a las que un juez del registro civil les negó el acceso al matrimonio. La impugnación fue contra esta negativa, que era el acto de aplicación. En el cuarto caso que resolvió la SCJN, sin embargo, que es el amparo en revisión 152/2013, los quejosos y las quejosas eran personas que impugnaron la regulación del matrimonio —en el Código Civil de Oaxaca— argumentando que era discriminatoria. No hubo un acto de aplicación de por medio. Vaya, ni siquiera era que todas las personas necesariamente se quisieran casar. Argumentaban, sin embargo, que la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer las discriminaba.

El amparo fue sobreseído en un primer momento con el argumento de que no se acreditó el interés legítimo individual o colectivo. Contra esta determinación, las personas interpusieron un recurso de revisión que es, finalmente, el que llegó a la Corte. En una resolución revolucionaria, la Corte determinó que el interés sí estaba acreditado, porque la norma producía "una afectación expresiva de estigmatización por discriminación".

En el fondo, la Corte reiteró la idea de que excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio discrimina. Lo importante aquí es cómo esta idea llega a trastocar incluso quién puede acceder al amparo.

III. Los límites de los fallos

Hasta ahora, he revisado algunas de las innovaciones más importantes en cuanto a los argumentos que la Corte utilizó para legitimar las uniones entre personas del mismo sexo. Desde mi perspectiva, la serie de fallos que forman la doctrina de la Corte en esta materia son fuertes, robustos, inteligentes y bien vale la pena leerlos incluso si no se tiene interés en el tema en específico. ¿Por qué? Porque reflejan un uso creativo del derecho y una visión de éste como una herramienta de la justicia.

Con todas las ventajas de los fallos, sin embargo, es necesario llamar la atención a un asunto crucial: sus efectos.

En contraste con lo robustos que son los argumentos de la Corte para sostener la legitimidad de las uniones entre personas del mismo sexo, están los límites de sus efectos. La consecuencia más importante de ello es que, hoy, no todas las entidades federativas han modificado sus legislaciones para reconocer explícitamente a las uniones entre personas del mismo sexo. A pesar de los más de cuarenta fallos de la Corte, en otras palabras, la discriminación en muchos lugares persiste. ¿Por qué?

Este estado de cosas no se debe a una inacción por parte de la Corte, me parece. La Corte ha hecho lo que está en su poder.⁶ Pongo tres ejemplos que me parece importante destacar.

El primero tiene que ver con los fallos en los que sí se podía expulsar del orden jurídico normas discriminatorias. Este es el caso, por ejemplo, de la acción de inconstitucionalidad 28/2015 en la que declaró inconstitucional la definición del matrimonio incluida en el Código Civil del estado de Jalisco.

El segundo tiene que ver con la jurisprudencia. Como puede verse en el cuaderno de jurisprudencia (p. XV), la gran mayoría de los asuntos que ha resuelto la Corte sobre uniones entre personas del mismo sexo, particularmente sobre el matrimonio, son amparos. Los amparos, en muchas ocasiones, tienen exactamente el mismo problema: una definición de matrimonio que impide que las parejas del mismo sexo accedan a esta figura. Las legislaciones sobre las cuales los amparos versaban, sin embargo, eran técnicamente distintas, provenientes de diversas entidades federativas, entre las que están Oaxaca, Nuevo León, Colima y Sinaloa, entre otras. A pesar de que no acumulaba aún cinco casos para cada una de las entidades federativas con regulaciones discriminatorias del matrimonio, la SCJN emitió, en 2015, una jurisprudencia en la que resolvía ya la cuestión. "La ley de cualquier entidad federativa", puede leerse en la rúbrica de la jurisprudencia, que "considere que la finalidad [del matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional" (tesis 1a./J. 43/2015, p. 536). Con esto, permitió que las parejas que buscaran ampararse pudieran ganar, sin más.

⁶ Hubo un punto en el que, me parece, erró la Corte en sus fallos: en el amparo en revisión 581/2012 determinó que no procedía declarar inconstitucional la vinculación entre el matrimonio y la reproducción, sino que lo que procedía era la interpretación conforme. En los fallos subsecuentes, sin embargo, cambió esta postura.

En tercer lugar, está la declaratoria general de inconstitucionalidad. Éste es un mecanismo relativamente novedoso (se incorporó en la Constitución apenas en 2011) que le permite a la SCJN expulsar normas del orden jurídico cuando la autoridad emisora de la norma se rehúse a hacerlo. En relación con el matrimonio igualitario, se ha emitido una declaratoria general de inconstitucionalidad: la 3/2017, referente al Código Civil de Nuevo León. Técnicamente, la declaratoria se "quedó sin materia" porque la norma en cuestión ya había sido expulsada del orden jurídico con la Acción de Inconstitucionalidad 28/2015. Pero la ruta para activar el mecanismo quedó trazada.

A pesar de todo lo que ha hecho la SCJN, como se dijo, las parejas del mismo sexo aún no acceden al matrimonio de forma igualitaria en todo el país. ¿Por qué?

La respuesta está en cómo están diseñados los poderes de la Corte. En muchos sentidos, parece que el sistema de impugnación no está pensado realmente para lidiar con la discriminación sistémica. Con una discriminación que está presente en *todos* los órdenes y en *todos* los niveles. El caso del matrimonio entre personas del mismo sexo es ejemplo de ello: a pesar, de nuevo, de que desde 2010 la Corte sostuvo la legitimidad de estas uniones, es fecha que no se vuelve realidad. Más de 40 fallos después, no es aún una realidad para todos.

No ahondaré aquí en los por qué, pero valgan dos ejemplos. El primero: ¿a quién obliga la jurisprudencia de la Corte? A tribunales. ¿Quién casa a las parejas? El juez del registro civil que *no* es un tribunal. Éste es un ejemplo, pero es importante pensar en otros escenarios en los que el acceso a un derecho *no* dependa, *en un primer momento*, de un tribunal (como es el caso del acceso a la interrupción del embarazo en una institución de salud). Otro ejemplo: ¿el mecanismo de la declaratoria general de inconstitucionalidad, para qué está pensado? Para declarar inconstitucional *una* norma general. ¿En cuántas normas estaba contenida la definición heterosexista del matrimonio? En casi todas.

Hay mucho que repensar del derecho y, en concreto, de la función jurisdiccional. El caso de las uniones entre personas del mismo sexo es ejemplo de ello. Pero también es ejemplo de todo lo que se ha recorrido ya.

Fuentes

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio A. Valls Hernández, 16 de agosto de 2010.

Amparo en revisión 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 5 de diciembre de 2012.

Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (2015), *Informe final de la Investigación sobre la Atención de Personas LGBT en México*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas).

Diez, J. (2018). *La política del matrimonio gay en América Latina. Argentina, Chile y México*, Fondo de Cultura Económica.

Ibarra Olguín, A. M. y Treviño Fernández, S. (2020), "Constitución y familia en México: nuevas coordenadas", en Ibarra Olguín, A. M. y Espejo Yaksic, N. (eds), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lozano, G. (2018), "Matrimonio gay en México: Del closet a las calles, a los partidos, a los congresos y a las cortes", en Vela, E. y Madrazo Lajous, A. (eds), *Reconceptualizaciones jurídicas*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Martínez, A. y Gómez, H. (2020), *Los derechos de la diversidad sexual*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Méndez, A. A. (2017). "Matrimonio igualitario. La visión desde el litigio", en Alterio, A. M. y Niembro, R. (coords.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IJ-UNAM.

Tesis 1a./J. 43/2015, MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo I, registro número 2009407.

Vela, E. (2015), "Same-sex unions in Mexico: Between Text and Doctrine", en Sáez, M. (ed.), *Same Sex Couples—Comparative Insights on Marriage and Cohabitations*, pp. 49-83, Springer, Dordrecht.

Vela, E. (2016), "Nuevas tecnologías reproductivas" en Moreno, H. y Alcántara, E. (coords), *Conceptos clave en los estudios de género*, vol. 2, CIEG-UNAM.

Matrimonio entre personas del mismo sexo y *backlash* en México*

Sofía del Carmen Treviño Fernández**

* Traducido al español por Ingrid Ebergenyi Salinas.

** Candidata a doctora (J.S.D) y maestra en derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Licenciada en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, con la Beca Federico García Sámamo, institución en la que también cursó la maestría en Derechos Humanos y Garantías. Durante más de cinco años formó parte de la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Desde 2019 es investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

SUMARIO: A. Nota de la autora; B. Introducción; C. Matrimonio entre personas del mismo sexo y backlash; I. ¿Temer o no temer? Una mirada al debate en torno al backlash en los estudios constitucionales estadounidenses; 1. Michael Klarman; 2. Cass Sunstein; 3. Reva Siegel y Robert Post; II. Matrimonio entre personas del mismo sexo en México y backlash; D. El éxito (parcial) de la judicialización del matrimonio entre personas del mismo sexo en México; I. El liderazgo de Ciudad de México y el papel de la Suprema Corte de Justicia; II. "Constitucionalización", backlash y el papel del presidente; E. El matrimonio entre personas del mismo sexo en una corte determinada pero limitada; I. El control constitucional en México: una limitación institucional (intencionada); II. "Falta de claridad en las decisiones": una restricción disfuncional (involuntaria); F. Conclusiones.

A. Nota de la autora

Escribí este artículo entre 2016 y 2017, cuando realizaba estudios de posgrado en Estados Unidos, por lo que la audiencia era primordialmente extranjera. Por esta razón, una parte importante del artículo se centra en tratar de explicar de la manera más sencilla posible el complejo sistema de control de constitucionalidad en México. Para alguien versado en la materia, la descripción podría resultar innecesaria; sin embargo, dado lo jugoso del ejemplo del litigio del matrimonio entre personas del mismo sexo, me parece que el artículo puede servir para que estudiantes o personas no especializadas en derecho puedan entender este intrincado sistema.

Cambios políticos, jurídicos y sociales recientes que no se abordan han sido fundamentales para efectos de lo planteado en este trabajo. Para empezar, hubo modificaciones legales en algunos lugares, pero a la fecha de publicación de esta obra los códigos civiles o leyes familiares de al menos 14 estados siguen sin reconocer el matrimonio igualitario (ver

anexo).¹ Todavía hay iniciativas pendientes en varios estados. Esto es sólo una muestra de la vigencia de este debate.

Por otro lado, no se menciona el papel del partido Morena o del presidente Andrés Manuel López Obrador en esta materia. Sería importante analizarlo tomando en cuenta el control que dicho partido tiene sobre las legislaturas locales en el país. Además, parece que los contramovimientos —como el Frente Nacional por la Familia— no sólo han permanecido, sino que se han afianzado, tanto en México como en otros países de Latinoamérica y del mundo.

Además, de manera particularmente relevante, la reforma constitucional al Poder Judicial impulsada desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) propone abordar temas relacionados con el precedente en México acerca de algunos problemas que se destacan en este trabajo. Por último, en años recientes, parece estarse desarrollando una nueva política institucional de posicionamiento mediático y social impulsada desde la Corte. Una vez que estos dos fenómenos se consoliden, valdría la pena replantear la discusión.

A pesar de todos estos acontecimientos, considero que lo analizado en este artículo es de utilidad para saber cuál era el estado de las cosas justo después del fracaso de la propuesta de reforma constitucional sobre matrimonio igualitario de Enrique Peña Nieto; esto permitirá establecer un contraste con los discursos actuales sobre el tema y con el papel de la Corte en su relación con otros actores políticos.

B. Introducción

Yo me he expresado siempre a favor de los derechos humanos. Pero también considero que se había generado una división entre los mexicanos. Ante ese escenario lo más importante era mante-

¹ Información actualizada hasta marzo de 2021.

ner la unidad nacional y por eso creo que esa discusión [la aprobación del matrimonio igualitario] debe someterse primero a la consideración de los jueces (Ahrens y García, 2016).

Lo anterior lo expresó Enrique Ochoa Reza, entonces presidente del Partido Revolucionario Institucional, el 7 de diciembre de 2016, en una entrevista para el diario *El País*.

No es frecuente que la población mexicana presente sus demandas o reclamos en términos constitucionales, y la toma de decisiones constitucionales rara vez suscita un debate público amplio; sin embargo, algunos temas específicos han despertado el interés de la sociedad en relación con las fuentes de interpretación y creación constitucionales. Por ejemplo, en noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió un amparo que permite el consumo personal de marihuana con fines recreativos en virtud del derecho constitucional de las personas al libre desarrollo de la personalidad. Esta decisión puso la atención en las políticas del gobierno en materia de regulación de drogas y su estrategia contra el narcotráfico, y se convirtió en tema de debate cotidiano al ser cuestionado, como nunca, el papel de la Corte en la sociedad.

Antes de esa sentencia, la Corte había invocado el derecho al libre desarrollo para pronunciarse sobre otros temas disputados en el ámbito público. En el primer trimestre de 2007, había ratificado la ley que despenalizaba el aborto en Ciudad de México, y en 2008 reconoció el derecho fundamental de las personas transgénero a modificar su acta de nacimiento sin anotaciones. Estas decisiones forman parte de lo que Alejandro Madrazo y Estefanía Vela llamaron "Revolución (sexual) de la Suprema Corte de Justicia" (2011, p. 1863). Siguiendo esa tendencia, en 2010 la Corte ratificó la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en Ciudad de México, y en 2015 declaró inconstitucional la definición de matrimonio como "la unión de un hombre y una mujer para la perpetuación de la especie".

Estas últimas decisiones contribuyeron al surgimiento de un movimiento conservador fundamentado en premisas religiosas y hostil a las reivindicaciones de derechos de la diversidad sexual (así como otros temas "progresistas"). Los contramovimientos conservadores que se oponen a los cambios en temas vinculados con la política moral son comunes en todo el mundo. Es bien sabido que las decisiones judiciales relativas a los matrimonios entre personas del mismo sexo han sido causa de reacciones políticas y sociales (*backlash*). Esto es así porque el reconocimiento legal del matrimonio entre personas homosexuales "altera los elementos fundamentales de las sociedades latinoamericanas al reconocer las sexualidades no heteronormativas y proporcionar a las relaciones entre personas del mismo sexo un estatus de igualdad frente a las relaciones tradicionales" (Diez, 2015, p. 23). Como tal, constituye el origen de un conflicto polarizante.

Sin embargo, en este caso, las decisiones de la Suprema Corte no constituyeron el factor dominante en la movilización de la oposición en contra de las reformas constitucionales y legales para proteger los derechos en materia de género y orientación sexual. Aparentemente, lo que consolidó al movimiento fue la amenaza de una reforma constitucional (que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo); la iniciativa del entonces presidente Enrique Peña Nieto para modificar la Constitución e incluir la protección del matrimonio entre personas del mismo sexo detonó el debate público, que culminó en la división del partido del presidente en relación con el tema y, algo poco habitual en México, el rechazo de la propuesta.

Uno de los objetivos de este artículo es explicar el proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México a partir del momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó la primera sentencia en 2010, hasta el fracaso de la reforma constitucional del presidente Peña Nieto a finales de 2016. En mi opinión, el proceso puede leerse como una historia de fragmentación y reacción o *backlash*. Fragmentación, por la forma en que el control de constitucionalidad interactúa con el federalismo; *backlash*, por la movilización en

contra de la propuesta de reforma a la Constitución mexicana. El hecho de que la idea del presidente haya generado una contramovilización demostró el carácter altamente controvertido del tema y me permite observar que un cambio de política similar llevado a cabo por la Suprema Corte no generó una reacción comparable.

Sostengo que existen al menos dos características del orden constitucional mexicano que permiten explicar por qué, a pesar de tratarse de un tema tan controvertido, las decisiones de la SCJN no produjeron *backlash*. En primer lugar, los procesos de control judicial en México limitan el alcance de la interpretación de la Constitución por parte de la Corte y, por lo tanto, restringen el papel de los jueces en la alteración de las realidades sociales. En segundo lugar, debido a disfunciones operativas, la Corte es una institución débil en relación con otros actores políticos y, por ello, la toma de decisiones judiciales pasa inadvertida y no genera oposición (al menos a gran escala). En mi opinión, estos dos factores pueden interpretarse, en términos de Cass Sunstein, como una variación del minimalismo judicial involuntario, el cual ha reestructurado el conflicto político sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México.

En este sentido, se presenta una paradoja. Por una parte, los aspectos relativos a la actividad de la Corte suponen una importante limitación a su poder en materia de formulación de políticas para modificar en lo esencial las leyes del país en relación con el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo. Al mismo tiempo, esta escasa relevancia pública de la Corte podría explicar la limitada reacción conservadora ante sus decisiones, en contraste con la fallida iniciativa presidencial que, al final, facilitó la continuidad de la Corte en la materia (y el avance, discreto pero constante, de los derechos de las personas homosexuales).

Al mismo tiempo, abordaré de forma tangencial los debates en torno al papel que corresponde a los tribunales y la relación entre el derecho y la política en México y contribuiré al debate con la presentación de un estudio de caso. Las resoluciones acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo encajan perfectamente en los debates sobre la protección de

los derechos de las minorías frente a las decisiones legislativas de las mayorías, y los conflictos en torno al significado de la Constitución suelen crear un amplio debate entre las legislaturas y los jueces, incluso, poderes de reforma constitucional y referendos. Mi intención no es participar de lleno en ese debate, sino señalar cómo la experiencia del reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo también puede leerse a través del prisma de una comprensión más amplia del papel de la adjudicación constitucional en México.

A continuación, presento la estructura del trabajo. En la primera parte está el marco en el que desarrollo el análisis, con un resumen de la literatura estadounidense en materia de *backlash*. A continuación, sugiero que los temas que surgen en este debate pueden aplicarse al caso mexicano. En la segunda parte describo en detalle la evolución del reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, destacando las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los partidos políticos y del presidente de México. En la tercera parte explico con más detalle las dos características del orden constitucional mexicano que podrían dar cuenta del motivo por el cual la sentencia de la Suprema Corte no produjo *backlash*. Una vez hecho esto, analizo cómo el poder considerablemente limitado de los tribunales podría, de manera paradójica, haberle otorgado el espacio institucional para abordar la cuestión de manera directa. En otras palabras, el limitado poder de los tribunales no impidió, sino que *contribuyó* a que el tribunal promoviera, de forma sutil, las reivindicaciones de los defensores de los derechos de las personas homosexuales.

C. Matrimonio entre personas del mismo sexo y *backlash*

I. ¿Temer o no temer? Una mirada al debate en torno al *backlash* en los estudios constitucionales estadounidenses

Desde hace mucho tiempo, en el ámbito académico de Estados Unidos se ha debatido si el litigio basado en los derechos —especialmente sobre

cuestiones muy controvertidas— puede representar una estrategia eficaz para el cambio social (Rosenberg, 2008, p. 416). En las controversias acerca de cuestiones como la desegregación, el aborto y la pena de muerte, algunos activistas y académicos² han argumentado que los tribunales son ineficaces y contraproducentes, al defender una opinión minoritaria o tomar partido en un conflicto en el que existe división. La idea esencial gira en torno al hecho de que "incluso cuando los defensores de derechos ganan en los tribunales, esas victorias provocan inevitablemente un *backlash*, ya que la ciudadanía y sus representantes electos revocan las decisiones judiciales y promulgan políticas que son peores que el *statu quo ante*" (Keck, 2009, p. 162). El argumento del *backlash* tuvo un papel destacado en el debate sobre el litigio del acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo, en el que los activistas temían que la acción judicial perjudicara los logros que con tanto esfuerzo se habían alcanzado y obstaculizara las estrategias futuras basadas en medidas graduales.

En 1993, las primeras decisiones favorables emitidas en Estados Unidos³ llevaron a la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo en la agenda legal y política del país. La importante contramovilización conservadora que le siguió alertó a los activistas sobre los "peligros" de los litigios. Entre las políticas regresivas derivadas de esta reacción conservadora figuraba la promulgación, en 1996, de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA, por sus siglas en inglés), mediante la cual el Gobierno federal denegó el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo y estableció que cada estado era libre de hacer lo mismo. Además, 27 estados reformaron sus constituciones para evitar que las futuras legislaturas promulgaran el matrimonio entre personas homosexuales. En 17 de esos 27 estados, los cambios podrían interpretarse como una prohibición potencial de las uniones civiles y, al menos en el caso de Michigan, ciertas políticas favorables ya existentes, como la

² Gerald Rosenberg y Michael Klarman.

³ *Baehr v. Lewin*, 852 P. 225 (Haw. 1993).

protección contra la discriminación, se tornaron vulnerables (Keck, 2009, p. 167).

Si bien fue crítico de los partidarios de la idea del *backlash*, el politólogo Thomas M. Keck reconoció que, en Massachusetts, la sentencia sobre el matrimonio⁴ creó una polarización que obstaculizó los esfuerzos de incidencia política. El Comité Nacional Republicano (RNC, por sus siglas en inglés), por ejemplo, aprovechó la falta de popularidad de la decisión del tribunal estatal entre ciertos distritos electorales en las elecciones de noviembre de 2004, y propuso enmiendas en contra del matrimonio homosexual en la papeleta de votación en los estados clave que aún estaban indecisos. No obstante, Keck advierte que los reveses políticos deben sopesarse con los avances políticos logrados en el mismo periodo; una tarea que los críticos de la judicialización del matrimonio igualitario no consideran debidamente o a la que prestan muy poca atención (Keck, 2009, pp. 162-163).⁵

El debate entre politólogos⁶ y catedráticos de derecho⁷ —dentro y fuera de sus respectivos ámbitos— estuvo (y sigue estando) presente en el movimiento a favor de los derechos de las personas LGBT y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los debates en torno al *backlash*, por un lado, intentan determinar si la acción judicial benefició o perjudicó las reivindicaciones de los derechos de las personas de la comunidad LGBT⁸ y la situación social del colectivo en términos generales. Además, en las narrativas sobre *backlash* se encuentran —implícita y explícita-

⁴ *Goodridge v. Departamento de Salud Pública*. 798 N.E.2d 941,970 (Mass. 2003)

⁵ En sus palabras, "The nationwide electoral impact of *Goodridge* was more complex, but it was far from uniformly negative. The most direct result was that voters in 16 states enacted anti-SSM constitutional amendments in 2004, 2005, and the first half of 2006". La traducción sería: "El impacto electoral que tuvo *Goodridge* en todo el país fue más complejo, pero estuvo lejos de ser totalmente negativo. El resultado más directo fue que el electorado de 16 estados promulgó reformas constitucionales anti-SSM en 2004, 2005 y el primer semestre de 2006".

⁶ Por ejemplo, Gerald Rosenberg, Thomas M. Keck, Michael W. McCann, Scott Lemiux, entre otros.

⁷ Los profesores Michael Klarman, William Eskridge, Reva Siegel, Robert Post, Cass Sunstein, entre otros.

⁸ Lesbiana, gay, bisexual y transexual.

mente— argumentos normativos sobre el papel que corresponde a los jueces en relación con cuestiones socialmente controvertidas y, más en general, sobre el papel que deben desempeñar los jueces en una sociedad democrática. La cuestión se puede abordar desde la perspectiva del activista: ¿es buena idea impulsar el litigio como estrategia para avanzar en sus demandas? Otra forma de encararla es desde el punto de vista del juez: ¿cómo deben actuar los jueces cuando se presenta un caso de este tipo? ¿Debe la Suprema Corte intervenir de manera activa o guardar silencio?

Desde el punto de vista del derecho constitucional, existen tres formas posibles de abordar "el problema del *backlash*" que se relacionan con las cuestiones arriba mencionadas. Mi propósito no es hacer una revisión exhaustiva de la muy amplia investigación estadounidense sobre el tema del *backlash*, sino simplemente recurrir a algunos marcos de referencia que pueden ser útiles al analizar la experiencia mexicana.

1. Michael Klarman

Para el profesor Michael Klarman, cuando los jueces intentan defender las posturas de las minorías o resolver un problema social y político polémico corren el riesgo de generar un *backlash* político, "sobre todo cuando la parte perdedora tiene un compromiso profundo, está organizada en lo político y concentrada en lo geográfico" (p. X). En su trabajo sobre la sentencia del caso *Brown v. Board of Education*, afirma que, aunque hubo una movilización contra la segregación en todo el país, "padece en importancia, tanto en profundidad como en amplitud, al compararse con lo ocurrido después de *Brown*" (1994, p. 85). Klarman sugiere que la intervención judicial tiene la peculiar capacidad de generar *backlash* y que, por lo tanto, los tribunales son vehículos poco eficaces para el cambio social. Esto es así, ya sea porque los tribunales reflejan los valores de la sociedad y no se alejan demasiado de la opinión pública, o porque cuando se alejan —por lo general, con más frecuencia que los legisladores— provocan *backlash*.

Para el autor, "Las sentencias de los tribunales como el de *Brown* y *Goodridge* producen *backlash* político por tres razones principales: visibilizan el tema, generan enojo por la 'interferencia externa' o el 'activismo judicial' y alteran el orden en el que, de otra manera, se habría producido el cambio social" (Klarman, 2005, p. 473).

En su libro sobre la experiencia estadounidense relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo, publicado antes de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell v. Hodges* — que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el país—, Klarman sostiene que el *backlash* político es el resultado de una acción gubernamental que contraviene fuertemente la opinión pública. Para él, el hecho de que tales acciones se deriven del poder legislativo o de los tribunales carece de importancia. Sin embargo, "los tribunales son más proclives que las asambleas legislativas a adoptar medidas cuya naturaleza se aleje lo suficiente de la opinión pública como para generar *backlash*" (Klarman, 2013 p. 169). Klarman no parece sugerir a los jueces de manera directa si deben o no responder a cuestiones socialmente controvertidas. En su relato de la historia, reconoce algunos beneficios de los litigios relativos a matrimonios entre personas del mismo sexo, como poner sobre la mesa ciertos temas y generar debates en torno a ellos (Klarman, 2012, p. 208), pero se mantiene firme al advertir a los activistas y a los jueces sobre los efectos colaterales de las decisiones judiciales en el ámbito político, las cuales a menudo terminan perjudicando las mismas causas que pretenden promover.

2. Cass Sunstein

Mientras que el profesor Klarman aborda las cuestiones relativas al *backlash*, el profesor Cass Sunstein analiza el papel de los jueces en una sociedad democrática y sólo profundiza en el debate sobre *backlash* para abordar una de las razones por las que los jueces deberían ser "minimalistas". En términos generales, para Sunstein las decisiones de un juez minimalista son "más acotadas que amplias" en el sentido de que no se

aventuran mucho más allá del problema en cuestión y se centran sólo en los detalles de la controversia ante el Tribunal (Sunstein, 2006, p. 1907). Las decisiones minimalistas son también "más superficiales que profundas", pues no adoptan ningún tipo de teoría fundacional, sino que "intentan producir resultados y fundamentos con los que diversas personas están de acuerdo, a pesar de su desacuerdo en cuestiones fundamentales" (Sunstein, 2006, pág. 1907).

Para Sunstein, el minimalismo tiene diferentes propósitos y virtudes; por ejemplo, reduce en número y magnitud los errores de los tribunales y el peso total de la decisión (2006, p. 1910). A las personas —y a los jueces— les resulta difícil anticipar los efectos adversos debido a que están acotados por una "racionalidad limitada" (Sunstein, 1999, p. 52). Por tanto, "las decisiones superficiales y acotadas tienen virtudes en la medida en que responden al conocimiento de los jueces sobre sus propias limitaciones en el procesamiento de la información, incluida aquella que les permitiría ver y evaluar las consecuencias de sus acciones" (Sunstein, 1999, p. 53). Este argumento hace referencia a la razón pragmática necesaria para que los jueces se abstengan de cometer errores involuntarios cuando se encuentran ante casos difíciles.

Además, Sunstein presenta argumentos más contundentes a favor del minimalismo. Para él, las decisiones "teorizadas de manera incompleta" pueden promover la estabilidad social y el respeto mutuo en una sociedad pluralista al "hacer posible el acuerdo cuando éste es necesario, y hacer innecesario el acuerdo cuando éste es imposible" (Sunstein, 1999, p. 50). Los minimalistas afirman que "es mejor que los jueces ejerzan su criterio de manera que las cuestiones fundamentales queden entre corchetes y se garantice que haya avances pequeños y graduales con respecto al *statu quo*" (Sunstein, 2015, p. 17). Esto evitaría el conflicto y permitiría un cambio gradual. Por último, la Corte puede elegir una sentencia acotada precisamente con el fin de preservar el espacio para el debate democrático y la experimentación (Sunstein, 2006, p. 1915.). Para Sunstein, el minimalismo deja margen para el debate dentro de los

canales democráticos sin que los tribunales inhiban el debate público sobre cuestiones sumamente polémicas.

Se puede resumir la intuición de Sunstein en relación con el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo de la siguiente manera: "la vía minimalista suele —no siempre, pero por lo general— cobrar mayor sentido cuando el tribunal se ocupa de una cuestión constitucional de gran complejidad por la que muchas personas experimentan sentimientos intensos y con respecto a la cual la nación está dividida (por motivos morales o de otro tipo)" (Sunstein, 1999, p. 5). En un artículo de opinión, en medio del debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, afirmó que "si el proceso democrático centra buena parte de su atención en un tema particular, y si el entendimiento social experimenta un verdadero periodo de incertidumbre, existe un argumento legítimo para ser cautelosos" (Sunstein, 2013). La evasión parecía ser el consejo de Sunstein para la Corte.

3. Reva Siegel y Robert Post

Los académicos Reva Siegel y Robert Post, por su parte, sitúan el debate en torno al *backlash* en un contexto más amplio. En su opinión, los críticos del litigio constitucional "sobrestiman los costos de la reacción" (Post y Siegel, 2007, p. 391) y subestiman la forma en que las luchas políticas por sentencias controvertidas de la Corte Suprema "revitalizan la legitimidad democrática de la interpretación constitucional" (Post y Siegel, 2007, p. 376). Su enfoque, en lo que han denominado "constitucionalismo democrático", se basa en la idea de la aplicación directa y el respeto de los derechos por medio del control judicial y de la participación popular en la interpretación y construcción de la Constitución. Cuestionan la propuesta minimalista de Sunstein al sugerir que "no es factible ni deseable que los tribunales eleven la evasión de conflictos a un principio fundamental de adjudicación constitucional" (Post y Siegel, 2007, p. 376).

Consideran que, en el contexto estadounidense, la adjudicación contribuye a la creación de ideales constitucionales y que, por lo tanto, los tribunales no deberían evitar (de manera sistemática) "los efectos destructivos del *backlash*". Dado que las decisiones de los tribunales configuran los valores constitucionales impugnados, a la hora de reivindicar los derechos constitucionales, el *backlash* podría resultar necesario (Post y Siegel, 2007, p. 395). Si el *backlash* puede motivar la participación de la gente en el debate constitucional, "pueden también promover la solidaridad constitucional y vigorizar la legitimidad democrática de la interpretación constitucional" (Post y Siegel, 2007, p. 376). Si los sistemas de valores opuestos configuran el proceso de toma de decisiones constitucionales, "el constitucionalismo democrático se basa en la noción de sentido común de que el derecho constitucional creado por los jueces y la política democrática se influyen mutuamente" (Post y Siegel, 2007, p. 395).

Así, otro aspecto distintivo de este marco es su forma de entender la relación entre el derecho y la política. Para Post y Siegel, esta última no es mera voluntad y aquella no es racionalidad pura. Se requiere de ambas recíprocamente como fases distintas de un proceso social más amplio e inclusivo.⁹ Por tanto, los valores constitucionales pueden tener cabida en las instituciones jurídicas, en las instituciones políticas o en ambas de manera simultánea (Post, 2010, p. 1345). Desde esta perspectiva, la adjudicación se inscribe siempre en un contexto político más amplio y, en consecuencia, el *backlash* puede considerarse "no sólo desde la perspectiva de los tribunales, sino también desde el punto de vista del orden constitucional estadounidense en su conjunto" (Post y Siegel, 2007,

⁹ "If we accept the dichotomy between politics as will and law as reason, it would be scandalous to permit politics to infect law. In the act of judging were more than the legal imposition of preferences, there can be no justification for using life-tenures judges to clog political processes". La traducción sería: "Si aceptamos la dicotomía entre la política como voluntad y la ley como razón, sería escandaloso permitir que la política infectara a la ley. El acto de juzgar fue más que la imposición legal de preferencias; no puede haber justificación para usar jueces vitalicios para obstruir los procesos políticos" (Post, 2010, p. 1327).

p. 389). Con esto en mente, la ciudadanía que se opone de forma activa a las decisiones de la Corte es políticamente activa (Post y Siegel, 2007, p. 390), y la ley funciona como un marco a través del cual los grupos se involucran en asuntos de política en torno a temas constitucionales (Post y Siegel, 2007, p. 399).

La academia estadounidense ha abordado la idea de las reacciones violentas de tres maneras y desde perspectivas diferentes. Klarman se centra en el papel que desempeñan los tribunales en la generación de consecuencias negativas colaterales al desatar la controversia, y parece preferir la materialización de los valores constitucionales a través de las leyes. Sunstein se dirige en particular a los jueces y recomienda la moderación y el cambio gradual. Por su parte, Siegel y Post rechazan la idea de evitar el conflicto como principio y sugieren que el *backlash* puede contribuir a que la ciudadanía participe en un proceso de diálogo constitucional común. Todos parecen centrarse, de manera directa o indirecta, en las actitudes de los jueces o en la forma en que se comporta la ciudadanía en relación con las sentencias judiciales a la hora de promover cuestiones socialmente controvertidas. En la próxima sección, analizaré si ciertas partes de estas ideas pueden extrapolarse a la experiencia mexicana referente a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

II. Matrimonio entre personas del mismo sexo en México y *backlash*

En la siguiente sección de este trabajo se describe con más detalle la evolución del conflicto en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo en México desde la primera decisión de la Suprema Corte de Justicia sobre el tema en el año 2010. Por ahora, basta con decir que en México el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal por la vía de la interpretación constitucional, y la resistencia a las decisiones de la Suprema Corte sobre el tema fue relativamente moderada; sin embargo, en 2016, cuando el entonces presidente Enrique Peña Nieto presentó ante el Congreso una propuesta de reforma a la Constitución mexicana

se suscitaron protestas y amplios debates en todo el país. A mi juicio, la iniciativa del presidente consolidó los esfuerzos de la oposición conservadora y, al menos en algunos estados, retrasó o frenó los esfuerzos locales para modificar los códigos civiles.

Sostengo que esta "resistencia desatada por la amenaza" de la reforma constitucional puede caracterizarse como *backlash* político; sin embargo, dado que la literatura estadounidense suele centrarse en el *backlash* como las reacciones violentas que se presentan ante las sentencias de los tribunales —por ejemplo, los casos *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade*—, es necesario hacer ciertas precisiones.

Scott Lemieux y Thomas Keck, al dar cuenta de la movilización en torno al aborto y el matrimonio entre personas del mismo sexo, se han opuesto a la idea de que únicamente la actividad de los tribunales puede provocar *backlash*. Sostienen que "la tesis del *backlash* se basa en el argumento —a veces implícito— de que las decisiones judiciales tienden a provocar una reacción negativa más grave que otras decisiones legislativas similares" (Keck, 2009, p. 179). Sin embargo, Lemieux comparó las consecuencias del caso *Roe* con la reforma legal estatal y concluyó que había poca evidencia de que las intervenciones judiciales crearan mayor contramovilización que los cambios de política equivalentes promovidos por las legislaturas. Aclara que "si bien es cierto que resulta menos sencillo falsificar las afirmaciones sobre la calidad de la contramovilización, éstas no son teórica ni empíricamente convincentes" (Lemieux, 2004, p. 254). Detrás de esta idea se encuentra el concepto de que, aunque los debates sobre *backlash* se centran por lo general en las intervenciones de los tribunales, otras modalidades de elaboración de derecho han generado una oposición similar, por lo menos en cuanto a fuerza se refiere, al *backlash* vinculado a los tribunales.

En relación con la protección de los derechos de las personas homosexuales, Keck señala que la historia de la contramovilización conservadora en respuesta a las protecciones legislativas de los derechos de las

personas homosexuales fue similar a las reacciones ante las decisiones de los tribunales, ya que se utilizaron una y otra vez los procedimientos legislativos para revocar las políticas relativas a los derechos de las personas homosexuales que habían sido promulgadas por funcionarios electos. En su opinión, la movilización en contra de las leyes antidiscriminatorias y la extensión legislativa de los derechos de unión para parejas del mismo sexo provocó impugnaciones, así como "*backlash* electoral". En Estados Unidos, todas las victorias de las personas activistas a favor de los derechos de la comunidad LGBT en los ámbitos legislativo, ejecutivo o judicial dieron origen a una contramovilización legal y política. En consecuencia, Keck concluye que "es poco probable que la estrategia de evitar un *backlash* político mediante la evasión de los tribunales funcione" (Keck, 2009, p. 181). Si cualquier acción del Estado que altere el *statu quo* en relación con temas con los que las personas estén políticamente comprometidas puede dar origen a una fuerte contramovilización, entonces el argumento que justifica la evasión activa de los litigios no se sostiene.

Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, ¿equivale el *backlash* a la contramovilización? En primer lugar, siguiendo el marco propuesto por Klarman en su libro *From the Closet to the Altar (Del closet al altar)*, "el *backlash* es resultado de acciones gubernamentales totalmente contrarias a la opinión pública". Para él carece de importancia si el protagonista es el Poder Legislativo o los tribunales, pero afirma que es más fácil que los tribunales se alejen de la opinión pública y provoquen una fuerte reacción violenta. Por lo tanto, según este marco, los esfuerzos presidenciales para reorientar el *statu quo* en sentido contrario al de la opinión pública —como una forma de acción gubernamental— pueden caracterizarse como *backlash*.

Para Sunstein, las decisiones de los tribunales "pueden provocar un intenso *backlash* social y, en el proceso, deslegitimar tanto a la Corte como a la causa que ésta promueve" (Sunstein, 1996, p. 401). Para el autor, la discusión relativa al *backlash* es secundaria; pareciera sólo entrar en escena cuando los jueces dan la impresión de haberse excedido. Los jueces

minimalistas actuarían de tal manera que no se produjera *backlash* en aras del pluralismo y de la obtención de resultados conciliatorios como resultado del proceso democrático. Demostraré que existen otros actores políticos que también pueden provocar *backlash*, incluso si los tribunales potencialmente son capaces de generar más conflicto al reprimir el debate político.

Por último, para los profesores Post y Siegel, el fenómeno del *backlash* "designó las resistencias (*counterforces*) desatadas por cambios amenazantes en el *statu quo*" (Post y Siegel, 2007, p. 389", sin importar si los cambios provenían de los tribunales o de otros actores. Lo que cuestionan es la idea de que, dado que los tribunales provocan *backlash*, sólo deben actuar cuando hay consenso sobre temas controvertidos para evitar efectos políticos contraproducentes.

El concepto de "*backlash*" parece ser más amplio que el de "contramovilización". Implica reacciones contraproducentes ante un esfuerzo (del gobierno) por cambiar el *statu quo*, en forma de leyes, reglamentos, decisiones judiciales, entre otros. El *backlash* se refiere tanto a la reacción social-política como a las consecuencias de dicha reacción, que parecieran obstaculizar la intención original de la política que la provocó. Como muestran los ejemplos mencionados, las reformas constitucionales de carácter reaccionario, los resultados electorales negativos, los obstáculos para la aprobación de leyes de protección, la consolidación de organizaciones contrarias al movimiento, e incluso la reiteración de presiones sociales negativas sobre ciertos grupos, como la estigmatización o el escarnio público y la violencia, pueden ser interpretadas como *backlash*.

Por consiguiente, nada impide referirme a la reacción ante la propuesta de reforma constitucional del presidente Peña Nieto como *backlash*. Y, a su vez, esto me permite afirmar que las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo no ocasionaron *backlash*, al menos en términos comparativos. No obstante, ¿existe una diferencia sustancial entre el *backlash* provocado por los tribunales y el provocado por otros actores políticos? Para el caso

estadounidense, Scott Lemieux parece considerar que no la hay; sin embargo, la respuesta a esta pregunta podría depender del contexto y de la manera en que la ciudadanía percibe las decisiones judiciales en comparación con la acción política. Empero, la pregunta va más allá del propósito del presente trabajo, ya que sería necesario profundizar en la forma en que se percibe y funciona la distinción entre derecho y política en México. No obstante, en la presentación de la historia para el caso de México —en la siguiente sección— es posible encontrar referencias al respecto, y en las conclusiones se plantean algunas sugerencias en cuanto a posibles respuestas.

Por ahora sostengo que el debate sobre *backlash* puede servir para ilustrar la respuesta adversa ante la fallida reforma constitucional en México en 2016. El presidente provocó una movilización que podría caracterizarse como *backlash*, en contraste con la interpretación de la Constitución por parte de la Corte, que no fue recibida de la misma manera, a pesar de abordar un tema que demostró ser altamente polémico. A continuación, se presentan dos formas alternativas de analizar los eventos. Una manera de encarar el problema sería analizar qué parte del esfuerzo del presidente dio origen al *backlash*. Otra manera sería analizar la razón por la que la Corte no generó una reacción similar. En la tercera parte de este trabajo se presenta un recuento que intenta responder al segundo punto y las conclusiones obtenidas trazan vías que permiten reflexionar sobre el primero; sin embargo, para ello, en la siguiente sección se presenta una descripción detallada de la evolución del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México.

D. El éxito (parcial) de la judicialización del matrimonio entre personas del mismo sexo en México

I. El liderazgo de Ciudad de México y el papel de la Suprema Corte de Justicia

En diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó una reforma al artículo 146 del Código Civil de la ciudad para

modificar la definición de matrimonio a una "unión libre de dos personas", en lugar de entre un hombre y una mujer. La reforma entró en vigor en 2010, lo que la convirtió en la primera jurisdicción de América Latina en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹⁰ Aunque la promulgación del proyecto de ley fue impulsada por una combinación de múltiples factores, cabe mencionar que un arraigado activismo en pro de los derechos de las personas homosexuales desempeñó un papel crucial en el proceso. Como ha descrito Jordi Diez, el activismo mexicano hizo del matrimonio entre personas del mismo sexo un objetivo político 12 años antes de su promulgación,¹¹ y creó coaliciones políticas de amplia base que se nutrieron de su experiencia en la legislación de las uniones civiles tres años antes. Los activistas aprovecharon la coyuntura política, así como la fuerza que el Partido de la Revolución Democrática (PRD) —de carácter progresista— tenía en Ciudad de México y abordaron la demanda de forma tal que resonó con debates sociales más amplios sobre la democratización y la protección de los derechos humanos (Diez, 2015, p. 154).

En el ámbito local, y por razones que se desarrollarán más adelante, todos los esfuerzos para evitar o revertir la aprobación de la reforma por parte de las fuerzas conservadoras fracasaron. El caso en contra de los artículos reformados lo presentó el gobierno federal, que en ese momento estaba controlado por el Partido Acción Nacional (PAN), de tradición conservadora. La Procuraduría General de la República impugnó la constitucionalidad del nuevo artículo ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por diversos motivos, entre ellos la cláusula constitucional de protección a la familia y el interés superior de la infancia, así como por una reivindicación del federalismo.¹²

¹⁰ A diferencia de la experiencia mexicana, Argentina promulgó el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional el 21 de julio de 2010, a través del proyecto de ley 26.618.

¹¹ Esta estrategia no fue bien recibida por todos. Para algunos activistas "promover el matrimonio gay en la Ciudad de México podría provocar una reacción similar a la que se produjo con la despenalización del aborto" (Diez, 2015, p. 172).

¹² El gobierno federal argumentó que la reforma de Ciudad de México crearía conflictos normativos con otros estados y con regímenes nacionales como el de la seguridad social.

Por un voto mayoritario de 9 de 11 jueces, la Suprema Corte reconoció la constitucionalidad de la modificación al código civil local (acción de inconstitucionalidad 2/2010). El argumento principal de la sentencia se centró en la interpretación de que la Constitución mexicana protege todas las formas de familia, incluidas aquellas integradas por parejas del mismo sexo.¹³ La decisión fue bien recibida por los activistas de los derechos de las personas homosexuales, pues dispuso que cada uno de los otros 31 estados reconociera el vínculo matrimonial creado en Ciudad de México; sin embargo, como la decisión ponía de relieve la autonomía del gobierno subnacional con respecto a sus propios códigos civiles y su facultad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, también implicó, necesariamente, que las demás legislaturas tenían la misma libertad para abstenerse de hacerlo.

En respuesta a la aparente apertura de los tribunales, los activistas procedieron a la judicialización de sus demandas en otros estados. Los primeros casos que llegaron a la Suprema Corte se referían a tres parejas del mismo sexo del estado de Oaxaca que promovieron juicios de amparo luego de que sus solicitudes de matrimonio fueran denegadas. En esta ocasión, en cambio, la Primera Sala de la Suprema Corte¹⁴ basó su decisión en criterios de igualdad y no discriminación exclusivamente. El 5 de diciembre de 2013, determinó por unanimidad que el Código Civil de Oaxaca —el cual definía al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer— era inconstitucional y ordenó al Registro Civil del estado que uniera en matrimonio a las parejas (amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012).

En este punto, cabe señalar que, en México, el juicio de amparo es un procedimiento *inter partes* para impugnar (entre otras cosas) normas

¹³ En el dictamen, también se afirmó que no había ningún obstáculo constitucional para que las parejas del mismo sexo adoptaran.

¹⁴ Estos casos fueron atendidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, especializada en casos de derecho civil y penal. Cinco ministros permanentes forman parte de esta Sala.

jurídicas por motivos constitucionales. Las sentencias de este tipo sólo afectan a las partes implicadas, por lo que el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca permanecería dentro del ordenamiento jurídico del estado, a pesar de la decisión de la Corte. No obstante, de acuerdo con la legislación mexicana, se requiere una serie de sentencias similares en casos consecutivos para "generar jurisprudencia",¹⁵ procedimiento por el cual la decisión e interpretación de la Corte se convierte en vinculante para todos los jueces.

Los activistas no tuvieron que esperar demasiado. En junio de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte publicó una "jurisprudencia genérica" y estableció que no existía ninguna razón constitucional para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo (tesis 1a./J. 46/2015 [10a]) y que toda "norma" civil que definiera el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer (tesis 1a./J. 84/2015 [10a]) o como destinado exclusivamente a la procreación era inconstitucional, pues la definición *per se* viola los principios de igualdad y no discriminación.

En cuanto a los efectos de las sentencias, es necesario señalar de manera breve algunas características del orden constitucional mexicano. Estos puntos serán analizados más a fondo en la sección "E. El matrimonio entre personas del mismo sexo en una corte determinada pero limitada". En primer lugar, como ya se mencionó, México es un Estado federal y todo orden subnacional tiene autonomía constitucional en materia de derecho civil y familiar. Por otra parte, el efecto de las sentencias de amparo es restringido y los jueces normalmente sólo tienen jurisdicción para analizar el código de un estado a la vez. En estas condiciones, la jurisprudencia de la Primera Sala es considerablemente poderosa. Al declarar inconstitucional la definición *per se*, cada juez de los tribunales inferiores, independientemente de que el código civil del estado haya sido

¹⁵ La tesis de jurisprudencia es una interpretación autorizada de la Constitución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales superiores de circuito que son vinculantes para todos los jueces.

analizado por la Suprema Corte o no, está obligado a seguir la interpretación de la Corte y a ordenar a las autoridades estatales que unan en matrimonio a las partes demandantes en cuestión. Por lo tanto, se podría argumentar que después del posicionamiento de la Corte en estas sentencias, el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucionalmente accesible en México.

Pese a lo anterior, la realidad en el sistema mexicano respecto de las parejas del mismo sexo sigue siendo muy diferente según el estado en el que residen, lo cual complica las demandas de los activistas por un reconocimiento igualitario y provoca que el proceso para alcanzar la igualdad sustantiva en relación con el matrimonio sea muy lento.¹⁶ Las autoridades administrativas, como los funcionarios públicos —quienes efectivamente se encargan de casar a las personas— no están obligadas a cumplir con la jurisprudencia de la Corte, sólo los jueces lo están (tesis 2a./J. 89/2004). Por lo tanto, en los estados cuyos códigos no han sido reformados el escenario más probable es que los registros civiles no procesen las solicitudes de parejas del mismo sexo, lo que las obliga a celebrar la ceremonia en otro estado o a presentarse ante un juez para obtener una orden judicial. Este peculiar proceso burocrático no sólo incrementa el costo y el tiempo para los solicitantes, sino que también impone la carga de un rechazo directo por parte de la autoridad.

En diciembre de 2016, de los 32 estados que conforman el país, 10 ya contaban con disposiciones que permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo;¹⁷ sin embargo, el avance de los derechos de las minorías

¹⁶ Las disparidades han sido reportadas por agencias de noticias con titulares como "El suplicio para casarse en estados que no reconocen matrimonio gay" (Arteaga, 2016).

¹⁷ Ciudad de México, diciembre de 2009 (PRD); Campeche, mayo de 2016 (PRI); Chiapas, abril de 2016 (PVEM-PRI); Coahuila, septiembre de 2014 (PRI); Colima, junio de 2016 (PRI); Jalisco (PRI); Michoacán, junio de 2016 (PRD); Morelos, julio de 2016 (PRD); Nayarit, diciembre de 2015 (PRI) y Quintana Roo; el código civil de este último no fue enmendado porque la definición de matrimonio nunca mencionó de manera explícita la unión como un vínculo "entre un hombre y una mujer", y fue interpretado para incluir a las parejas del mismo sexo. En Chihuahua, el código estatal no se había reformado, pero en junio de 2015, después de múltiples juicios de amparo en contra del estado, César Duarte, exgobernador del PRI, declaró que había ordenado al Registro Civil

sexuales no ha estado exento de controversias en todas sus etapas. Por ejemplo, no es de sorprender que (hasta esa fecha) ninguno de los estados gobernados por el PAN contara con disponibilidad directa o un código sancionado para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Jordi Diez describe cómo, después de las sentencias de la Corte, los conservadores han intentado blindar a sus estados frente a la legalización del matrimonio igualitario. Haciendo eco de la reacción a la validación del aborto por parte de la Suprema Corte en Ciudad de México en 2007, pero con mucha menos fuerza, algunas legislaturas con importante presencia del PAN intentaron promover reformas constitucionales (Diez, 2015, p. 193) en sus estados para proteger a las "familias tradicionales"; sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en el caso del aborto, los esfuerzos no han tenido éxito y las reformas podrían incluso dañar los objetivos de los conservadores al colocar a la Suprema Corte en la posición de decidir casos con mayor impacto que a través de sentencias de amparo.

El caso de Jalisco puede ser ilustrativo. En abril de 2015, la legislatura de Jalisco aprobó una reforma al artículo 260 del Código Civil del estado que aumentaba la edad mínima para contraer matrimonio. El nuevo artículo establecía que "para contraer matrimonio, el hombre y la mujer deben tener por lo menos dieciocho años de edad [...]". La Comisión Nacional de Derechos Humanos presentó una demanda contra el nuevo artículo dentro de los 30 días siguientes a su publicación mediante una acción de inconstitucionalidad.

En enero de 2016, la Corte, reunida en pleno, determinó que el nuevo artículo reiteraba de forma indirecta la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y, por lo tanto, era susceptible de análisis constitucional. Por unanimidad, la Corte declaró inconstitucional el artículo 260 del Código Civil de Jalisco (acción de inconstitucionalidad 28/2015).

celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo. En 2015 fue electo un gobernador del PAN (Mayorga, 2015).

En el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, parece que ninguna de las legislaturas conservadoras controladas por el PAN (Querétaro, Jalisco y Baja California) contaba con suficiente apoyo para realizar un procedimiento de reforma, o se percataron de que su campaña estaba condenada al fracaso. En las condiciones actuales, cualquier nueva cláusula constitucional estatal que proteja a las "familias tradicionales" mediante la restricción del matrimonio a las parejas heterosexuales probablemente sería anulada por la Corte, con sentencias que quizá podrían eliminar las definiciones de los códigos civiles, lo cual repercutiría en el ordenamiento jurídico del estado en forma amplificada (*erga omnes*). Las decisiones de la Corte han sido numerosas y, en general, coherentes. No hay indicios de que su posicionamiento vaya a cambiar en un futuro próximo.

Después de una revisión de la cobertura hecha por *Reforma*,¹⁸ desde 2010 hasta principios de 2015, hay razones para concluir que, luego de la validación de la reforma de Ciudad de México, la atención pública no se centró mucho en el matrimonio entre personas del mismo sexo, excepto en las pocas legislaturas que intentaron introducir reformas en la Constitución de sus estados. Las sentencias de amparo de la Suprema Corte fueron difundidas por los medios de comunicación,¹⁹ pero no atrajeron la atención pública nacional.²⁰ La publicación de la "jurisprudencia genérica" de la Corte fue incluso eclipsada por la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa al matrimonio entre personas del

¹⁸ *Reforma* es uno de los periódicos más grandes de México. Se distribuye en todo el país. Se le considera un periódico más conservador desde el punto de vista social que su principal competencia, *El Universal*. Para este trabajo utilicé el buscador del servicio en línea del periódico y busqué las frases "matrimonio igualitario" y "matrimonio gay", entre otras combinaciones. También busqué superficialmente en otros medios, como *El Universal*, *Proceso*, *Milenio*, *La Jornada*, *El Economista*, *BBC Mundo*, así como en las fuentes informativas de los estados.

¹⁹ "Corte abre la puerta al matrimonio gay en Oaxaca" (Notimex, 2014), "Corte da luz verde a matrimonios gay en Oaxaca" (Matías, 2012).

²⁰ "¿Por qué pasó desapercibida la decisión judicial que legaliza el matrimonio gay en México?" (Paullier, 2015).

mismo sexo en el caso *Obergefell v. Hodges* dictada sólo unas semanas después.²¹

No obstante, para mediados de 2015 tanto la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos como la publicación de la jurisprudencia de la SCJN habían puesto sobre la mesa el debate público en torno al matrimonio igualitario. Por ejemplo, el 29 de junio, un legislador federal del PRD solicitó la homologación del matrimonio homosexual en todos los códigos estatales, mientras que un cardenal de Jalisco²² declaró que la sentencia del tribunal mexicano era degradante y una parodia de la institución matrimonial.²³ Ese mismo mes, también se registraron algunas manifestaciones públicas. Alrededor de 3,000 personas lideradas por sacerdotes católicos y pastores evangélicos protestaron contra el matrimonio homosexual frente a las cámaras legislativas del estado de Chihuahua, donde se discutía una reforma al código. También se informó que grupos religiosos presentaron un documento a la oficina del gobernador de Chihuahua en el que se afirmaba que la jurisprudencia de la Corte no obligaba legalmente a la legislatura estatal a reformar el código civil.²⁴

Lo que esta breve reseña del proceso de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en México hasta principios de 2016 revela es una historia de fragmentación.²⁵ La combinación de factores

²¹ El 26 de junio de 2015, el periódico *Reforma* publicó el artículo "Las historias detrás de la decisión en EU". En el mismo medio, no pude encontrar una historia que se refiriera específicamente a la publicación de la jurisprudencia de los tribunales.

²² Afirmó que en virtud de la libertad de expresión, podía oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo.

²³ Estas historias se publicaron juntas en la edición de *Reforma* del 29 de junio de 2015, con los títulos "Piden homologar matrimonios gay" y "Minimiza Cardenal la unión homosexual" (*Reforma*, 2016c).

²⁴ "Presionan sacerdotes contra bodas gay" (Lomas, 2015).

²⁵ En su análisis sobre la aprobación de la reforma de Ciudad de México, Jordi Diez concluye que "La experiencia mexicana se caracteriza por la fragmentación: el cambio de política se ha producido en la Ciudad de México, y la reforma política ha sido bloqueada en otros ámbitos políticos por la representación de fuerzas socialmente conservadoras a través de los partidos políticos, especialmente el demócrata cristiano Partido Acción Nacional (PAN)" (Diez, 2015, p. 152).

como el federalismo mexicano y los efectos normativos del juicio de amparo —como mecanismo más suave de control judicial— han logrado que la disponibilidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo sea una realidad gris. Es decir, aunque el "matrimonio igualitario" esté reconocido constitucionalmente y pueda hacerse valer, no es accesible de forma directa en 22 de los 32 estados.

El federalismo ha concedido a defensores y opositores múltiples foros y puntos de acceso para influir en el proceso de toma de decisiones constitucionales, así como en su eficacia. Los partidos políticos son los principales actores en esta dinámica. Históricamente, el PAN ha sido cercano a los intereses de la Iglesia católica y ha impulsado una agenda conservadora en lo social, respaldada por intereses económicos poderosos (Diez, 2015, p. 165), aunque su electorado no siempre sea considerado homogéneo en términos culturales.²⁶ El PRI, por su parte, ha sido ambivalente en términos de política moral pero si la experiencia con el tema del aborto puede servir de indicador,²⁷ en el ámbito subnacional, el PRI ha adoptado posturas fuertemente conservadoras, que contrastan con las opiniones formales de la dirigencia nacional.²⁸

De manera paralela, las sentencias de la Corte no han sido suficientes para promover la uniformidad, aunque su interpretación de la Constitu-

²⁶ Un estudio publicado en 2003 por Magaloni y Moreno concluye que el PAN no puede ser definido, de manera estricta, como un clásico partido demócrata cristiano. En sus palabras: "[...] los partidarios del PAN están claramente a favor de la democracia y tienden a ser religiosos, pero son realmente heterogéneos en cuestiones económicas y culturales. El partido tiene una base de partidarios derechistas y liberales entre profesionistas, clase alta y un electorado altamente educado. También cuenta con el apoyo de un núcleo de partidarios conservadores de izquierdas que tienden a provenir de las clases menos educadas y de menores ingresos, así como de las amas de casa. [...] Mientras que las élites del partido parecen ser relativamente compactas en términos ideológicos, a nivel de masas, los partidarios del PAN responden a la definición de un partido 'catch-all'" (Magaloni y Moreno, 2003, p. 247).

²⁷ El PRI, en alianza con el PAN, apoyó las reformas constitucionales para prohibir los abortos en tres estados, y en otros nueve tomó la iniciativa de aprobarlas (Diez, 2015, p. 167).

²⁸ "Alvaro López Lara muestra que el comportamiento de los legisladores estatales del PRI está estrechamente asociado con la posición tomada por el PAN, por lo que la media de votos tiende a desplazarse hacia la derecha cuando el PAN es el competidor más fuerte. Este fenómeno explica —y capta— el desplazamiento general hacia la derecha a nivel subnacional que han tomado varios gobiernos priístas desde la derrota del partido a nivel nacional en 2000" (Diez, 2015, p. 167).

ción ha sido amplia y ha protegido a las minorías sexuales. De conformidad con el sistema de control constitucional mexicano, las sentencias de amparo son acotadas y las acciones de inconstitucionalidad sólo pueden interponerse cuando se promulga una nueva legislación. Hasta 2015, se observa una judicialización constante de las demandas, las cuales recibieron escasa oposición en el ámbito público. No obstante, las legislaturas estatales no se han visto obligadas a hacer suya la interpretación de la Suprema Corte en relación con la Constitución federal, incluso después de repetidas sentencias en su contra.²⁹

En mayo de 2016, el argumento para romper con la disparidad existente recibió una nueva voz.

II. "Constitucionalización", *backlash* y el papel del presidente

El 17 de mayo de 2016, el presidente Peña Nieto presentó dos iniciativas ante el Senado. El primer documento buscaba "constitucionalizar" la igualdad del derecho al matrimonio³⁰ al enunciar la necesidad de establecer una protección constitucional explícita para evitar restricciones injustificadas al derecho a contraer matrimonio de las personas LGBT.³¹

Tan sólo un día después, en la Cámara de Diputados, el coordinador del PRD ratificó públicamente el apoyo de su partido a la reforma y la legis-

²⁹ Aguascalientes (amparo), Colima (amparo en revisión SCJN 615/2013), Sinaloa (amparo en revisión SCJN 263/2014), Michoacán (amparo), Oaxaca (amparo en revisión SCJN 581/2012), Quintana Roo (amparo), Yucatán (amparo), Estado de México (amparo), Guanajuato (amparo), Chihuahua (amparo), Querétaro (amparo), San Luis Potosí (amparo 391/2014-III), Jalisco (amparos en revisión 376/2015 y 420/2015), Nuevo León (amparo), Campeche (amparo), Tabasco (amparo), Baja California (amparo), Guerrero (amparo).

³⁰ De conformidad con el artículo 1 de la Constitución, la reforma añadiría un párrafo que establecería que el derecho a contraer matrimonio no puede restringirse a ninguna persona mayor de 18 años por motivos relacionados con el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, las condiciones sanitarias o sociales, la religión, las preferencias sexuales o cualquier otro que atente contra la dignidad humana.

³¹ Iniciativa de Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 17 de mayo de 2016.

latura estatal de Morelos aprobó localmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.³² Finalmente, los comentaristas políticos calificaron la iniciativa de "valiente, legítima y justa"³³ y se preguntaron si Peña Nieto, en apariencia conservador, se estaba volviendo progresista (o "vanguardista")³⁴ de cara a las elecciones estatales que se realizarían en junio. Por el contrario, la Conferencia del Episcopado Mexicano emitió un comunicado en el que condenaba la propuesta.³⁵ El 29 de mayo y el 1 de junio se registraron pequeñas manifestaciones en Estado de México³⁶ y Yucatán.³⁷ Como respuesta, se postergó³⁸ una votación prevista para reformar el código de Estado de México en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El 5 de junio, sólo unas semanas después de la presentación de la iniciativa, el PRI tuvo una de sus mayores derrotas electorales en la historia. El PAN desplazó al PRI de la gubernatura en 7 de los 12 estados disputados, incluidos 3 en los que el PRI nunca antes había perdido. La rotunda derrota se atribuye por lo general al descontento social debido a la corrupción, la inseguridad y la pobreza, así como a los bajísimos índices de aprobación de Peña Nieto,³⁹ sin embargo, organizaciones religiosas y conservadoras nacionales⁴⁰ e internacionales atribuyeron la debacle al descontento social por la iniciativa, con titulares como "El partido del presidente mexicano golpeado por el 'voto de protesta' en relación con el matrimonio gay" (Catholic News Agency, 2016).⁴¹

³² "Morelos matrimonio igualitario" (González, 2016).

³³ "Reconocimiento" (Catón, 2016).

³⁴ "¡¡¡Guau!!!" (Loeza, 2016).

³⁵ "Rechaza la Iglesia matrimonio gay" (Reforma, 2016a).

³⁶ "Marchan en Edomex contra matrimonio gay" (Velázquez, 2016).

³⁷ "Protestas en Yucatán contra unión gay" (Tzuc, 2016).

³⁸ "Congela Edomex matrimonio igualitario" (García, 2016).

³⁹ "Descartan derrota por asuntos morales" (González, 2016).

⁴⁰ "Perciben castigo a PRI por iniciativa pro gay" (Maya, 2016). "No cabe duda de que la sociedad, descontenta con esta imposición destructiva e inmoral, ha reaccionado y ha emitido un voto de castigo al Presidente y a su partido político, que, cabe recordar, propuso en la Ciudad de México la ley penal del aborto y que en varios estados, incluso en contra del sentir de la sociedad, ha aprobado los llamados matrimonios entre personas del mismo sexo", dijo la Iglesia católica en su editorial dominical del semanario *Desde la Fe*, refiriéndose a la iniciativa presentada por el Ejecutivo.

⁴¹ *Actual*, otro sitio de noticias católicas en España, reportó la misma historia: "Peña Nieto recibe voto de castigo por su ataque a la familia con el matrimonio gay" (Actual, 2016)

Elio Mansferrer, académico del Instituto Nacional de Antropología e Historia, expresó que fueron muchos los factores que influyeron en el resultado electoral, y que el rechazo de la iniciativa probablemente habría desempeñado, si acaso, un papel pequeño. Curiosamente, aclaró que, en cualquier caso, Peña podría haber perdido a los electores evangélicos preocupados de manera particular por la propuesta de reforma, y no a los católicos (González, 2016). Por otra parte, incluso si estas reivindicaciones de "voto de protesta" por la elevación constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo parecen improbables, es muy notable cómo, después de ese momento, el discurso cambió. La oposición calificó el momento político como "el rechazo del pueblo al matrimonio entre personas del mismo sexo" y sus defensores como una intervención ilegítima de la Iglesia en los asuntos públicos.⁴²

Un senador del PRD, por ejemplo, pidió una investigación sobre la interferencia de la Iglesia católica en las elecciones.⁴³ En virtud del estricto principio constitucional y legal mexicano relativo a la separación de la Iglesia y el Estado, los ministros religiosos tienen prohibido hacer proselitismo partidista (CPEUM, artículo 130, secciones d y e). Además, a finales de año, el nuevo gobernador electo de Aguascalientes, del PAN, agradeció públicamente a la Iglesia su apoyo y reiteró su compromiso con la defensa de los valores y tradiciones familiares.⁴⁴ Lo anterior, aun después de que el Tribunal Electoral determinara que el clero había intervenido ilegalmente en las elecciones estatales y remitiera el caso a las autoridades administrativas para que se sancionara a la Iglesia.⁴⁵

Los defensores de la propuesta de reforma leyeron los resultados electorales con alarma, pidieron a los activistas LGBT que aceleraran el cabil-

⁴² "Exigen especialistas Estado laico" (González y Guerrero, 2016).

⁴³ "Piden indagar inducción al voto" (Reforma, 2016c).

⁴⁴ *Reforma* señala que, en su campaña, el entonces candidato del PAN firmó un pacto con diferentes ONG vinculadas con grupos religiosos, para "adoptar" sus principios como ejes rectores de su gobierno, especialmente en cuestiones como el aborto y las familias "naturales". "Agradece Orozco respaldo de Iglesia" (Gutiérrez, 2016, p. 8).

⁴⁵ "La Iglesia violó la ley, pero Martín Orozco ganó: Tribunal Electoral" (Hermosillo, 2016).

deo en los estados en los que el PAN había ganado y concluyeron que, con el avance electoral del PAN, el progreso del matrimonio igualitario era incierto. Entre los defensores de la iniciativa era evidente que un contramovimiento liderado por la jerarquía católica y organizaciones aliadas como Dilo Bien y ConFamilia habían formado el autodenominado Frente Nacional por la Familia (FNF),⁴⁶ encargado de organizar manifestaciones en varios estados⁴⁷ (incluidos Yucatán, Morelos, Puebla y Guerrero).⁴⁸

La ONG internacional católica Centro para la Familia y los Derechos Humanos (C-Fam) respaldó este análisis en un artículo titulado "Mexicans defend the family – and the whole world joins them" (Los mexicanos defienden la familia y el mundo entero se les une) que informaba que el "recién constituido 'Frente Nacional para la Familia' (FNF) está decidido a luchar contra la agenda homosexual y contra todas las medidas legislativas y reglamentarias que favorezcan la 'diversidad sexual' y la 'no discriminación' en los estados mexicanos" (Orlandi, 2016).

De igual manera, el presidente de ConFamilia habló con la Agencia Católica de Noticias y destacó que "[...] en menos de tres semanas se creó una organización capaz de movilizar a todo un país contra una iniciativa del presidente que atacaba a la familia[...]" y señaló que se estaban discutiendo los planes para continuar la movilización hasta las elecciones presidenciales de 2018 (Catholic News Agency, 2016).

Cabe señalar que, en el ámbito nacional, aproximadamente dos tercios de las ONG son de origen religioso o están influenciadas por la religión de alguna manera (Blancarte, 2009, p. 226). Finalmente, la victoria en el año 2000 del candidato presidencial del PAN, Vicente Fox, contribuyó a

⁴⁶ Su primer acto público parece ser una declaración de repudio a la iniciativa el 22 de junio de 2016. *Reforma*, 23 de junio de 2016, pág. 4.

⁴⁷ "Focos azules" (Lozano, 2016).

⁴⁸ "500 personas protestan en Guerrero contra iniciativa de Peña" (Guerrero, 2016); "Protestan contra EPN en Mérida" (Hernández, 2016).

la formación de un gobierno fuertemente influenciado por los católicos conservadores (Blancarte, 2009, p. 227), que en algunos casos no se ha disipado después de su derrota ante Peña Nieto en 2012. En un foro celebrado en septiembre de 2016, Roberto Blancarte, académico de El Colegio de México, indicó que los políticos han dado voz a los líderes religiosos, aumentando con ello su influencia política.⁴⁹

En agosto, comenzaron a registrarse fracturas en el seno del PRI y la iniciativa parecía perder fuerza.⁵⁰ El FNF organizó manifestaciones para oponerse a la propuesta del presidente y a la inclusión de la "ideología de género"⁵¹ en la educación pública, y⁵² convocó a la realización de protestas simultáneas en diferentes ciudades el 10 de septiembre y a una marcha nacional hacia Ciudad de México programada el 24 de septiembre con el objetivo de exigir la aprobación de la iniciativa presentada por ConFamilia en febrero.⁵³

⁴⁹ "Exigen especialistas Estado laico" (González y Guerrero, 2016); "Nada debe estar por encima del estado laico y los derechos consagrados en la Constitución", dijo Juan Ramón de la Fuente, exrector de la UNAM, al recibir la medalla Maestro Arqueles Vela de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística (SMGE). 'El liberalismo mexicano del siglo XIX aún tiene vigencia', afirmó." *Reforma* (2016c, p. 10).

⁵⁰ "Ven freno de PRI a matrimonio gay" (*Reforma*, 2016b, p. 14).

⁵¹ Julieta Lemaitre (2016) escribe que el término "ideología de género", a pesar de que lo usan también las iglesias cristianas, es, hasta donde le puedo seguir la pista, propio de la Iglesia católica. En la administración de los papas Juan Pablo II y Benedicto XVI —siendo éste parte importante del mandato del primero—, se usó a menudo la expresión, que ha perdido vigencia, pero no desaparecido, con Francisco. Para los anteriores papas, y para los sectores conservadores en el catolicismo que siguen esa orientación, la ideología de género se refiere precisamente a la idea (reproducida en la cartilla realmente existente) de que la identidad sexual de las personas, así como los roles de género, son socialmente contruidos y no eternos, esenciales y asignados por Dios.

⁵² Los voceros de la organización dijeron que "[...] a través de los libros de texto de la SEP y desde preescolar, les enseñarán a los niños la homosexualidad, transexualidad y actividades sexuales, y como padre de familia no te podrás oponer"; "Cambiar las leyes de género, es decir, los hombres podrán entrar al baño de mujeres y viceversa. Si como padre de familia te opones a la ideología de género, serás castigado." Mario Alberto Romo, director de la Red Familia, consideró que los conceptos de diversidad sexual no deben ser incluidos en la enseñanza. Juan Dabdoub Giacomani, portavoz del Frente y presidente del Consejo Mexicano de la Familia, dijo que la iniciativa presidencial violaba el derecho de los padres a educar a sus hijos.

⁵³ "Anuncian marchas contra matrimonio gay" (Salazar, 2016); *Reforma* publicó las declaraciones del portavoz del FNF "Pedimos al Presidente de la República un encuentro para darle a conocer nuestras inquietudes y argumentos respecto de las propuestas legislativas y medidas ejecutivas que presentó en mayo pasado," planteó. El FNF reiteró su llamado a 'proteger' en la Constitución la institución del matrimonio entre hombre y mujer, y su rechazo a que se permita la adopción por

Reforma informó que, según los organizadores, las manifestaciones se realizaron en 75 ciudades, con la participación de 1,020,000 personas; destacó Guadalajara, en Jalisco, con 250,000, sin embargo, las autoridades locales informaron de la asistencia de alrededor de 55,000 personas en siete municipios del estado. Otras ciudades que registraron una copiosa participación fueron Querétaro, León, Monterrey, Zacatecas, Toluca, Xalapa y Tijuana. En los actos participaron representantes de la Iglesia católica.⁵⁴ El 24 de septiembre, la organización afirmó que participaron más de 200,000 personas; las autoridades de la capital calcularon 9,500.⁵⁵

Incluso en medio de informes contradictorios en relación con el tamaño de las manifestaciones, la atención pública sobre el asunto aumentó de manera sustancial. Prácticamente todos los días de septiembre hubo noticias sobre la organización y sus demandas, algunas publicadas por agencias de noticias internacionales.⁵⁶ El papa Francisco hizo público su apoyo al movimiento.⁵⁷ Por otra parte, en una declaración conjunta de los organismos de las Naciones Unidas —entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)— se comentó el episodio, al afirmar que

parte de parejas del mismo sexo. Negó ser un movimiento de odio o estar motivado por alguna fobia y sostuvo que respeta a las 'personas con atracción al mismo sexo'. Expresó, sin embargo, su 'profundo desacuerdo con la ideología de género'. 'La ideología de género se dice defensora de la diversidad, pero no soporta la pluralidad, por eso no permite la crítica ni el disenso; por eso descalifica, calumnia y persigue', indicó. En el manifiesto cuestionó la postura que han mantenido sobre el tema del matrimonio igualitario el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) y la Corte. 'Respectamos al Poder Judicial, pero vemos con preocupación la actuación de algunos ministros de la Suprema Corte de Justicia que no actúan con apego a la Constitución sino a sus criterios ideológicos', reprochó" (Gutiérrez y González, 2016, p. 8).

⁵⁴ "Repudian iniciativa de matrimonio gay" (*Reforma*, 2016d, p. 6).

⁵⁵ "Defienden en las calles a familias" (*Reforma*, 2016b, p. 1)

⁵⁶ "Thousands march in Mexico against proposal to allow same-sex marriage [Miles de personas marchan en México contra la propuesta de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo]" (*The Guardian*, 2016). "Una multitud apoya la marcha antigay de la ultraderecha en México" (Ahrens, 2016). "La marcha 'sin precedentes' en México contra la legalización del matrimonio gay" (Nájar, 2016).

⁵⁷ "Me adhiero a los obispos de México en el apoyo al compromiso de la Iglesia y la sociedad civil a favor de la familia y la vida, que en este tiempo requieren especial atención pastoral y cultural en todo el mundo"; "Apoya Papa al Frente por la Familia" (Staff, 2016a).

"condenan las reiteradas expresiones de odio, intolerancia, estigmatización y discriminación en contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI)" (Agencias de las Naciones Unidas en México, 2016).

En un artículo de opinión muy difundido que lleva por título "Intolerancia y redes sociales", publicado por el periódico *Reforma* el 23 de septiembre, Verónica Baz narró el poder de las redes sociales como campo de batalla para la disputa del matrimonio entre personas del mismo sexo. En octubre, se transmitió por televisión nacional un debate público entre un juez de la Suprema Corte, legisladores del PRD y del PAN, un representante de la Iglesia y un activista por los derechos de las personas homosexuales (Cultura Diversa, 2016). Sólo las personas involucradas —es decir, conservadores y progresistas muy comprometidos— habrían estado al tanto de los cambios promovidos por la Corte, mientras que para septiembre de 2016 todos los medios de comunicación y las redes sociales estaban atestados de artículos que debatían sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la iniciativa del presidente.

Si en agosto, después de los terribles resultados electorales, el coordinador de la bancada del PRI en la Cámara de Diputados afirmó que la iniciativa de reconocer el matrimonio gay en la Constitución "no era una prioridad" (El Universal, 2016), en octubre el tema ya estaba prácticamente muerto. Roberto Gil Zuarth, presidente del Senado y miembro del PAN, destacó que el cambio de opinión del PRI en el Congreso reflejaba las diferencias que existían entre el partido y el gobierno y concluyó que "no hay ningún argumento que me haga pensar que la propuesta de matrimonios igualitarios sea una prioridad en la sesión ordinaria". Posteriormente, cuestionó la decisión de Peña Nieto de presentar una iniciativa que había creado división social cuando el matrimonio entre personas del mismo sexo ya había sido reconocido por la Corte (Mercado, (2016).

Después de algunas semanas de silencio por parte de la legislatura, el 9 de noviembre de 2016, la Comisión de Puntos Constitucionales de la

Cámara de Diputados rechazó oficialmente la iniciativa del presidente.⁵⁸ Como era de esperarse, legisladores del PRD, Morena y un grupo de miembros del PRI votaron a favor del dictamen. Miembros del PAN, del Partido Verde, del Partido Encuentro Social (PES),⁵⁹ del Partido Nueva Alianza y de otro grupo de priistas afirmaron que correspondía a cada entidad legislar en materia civil, por lo que, dijeron, apoyar la iniciativa presidencial podría entrar en conflicto con la autonomía de los estados (Cámara de Diputados, 2016).

En diciembre, cuando Enrique Ochoa Reza, presidente del PRI, fue cuestionado sobre el motivo por el que su partido había dejado de apoyar la propuesta presidencial sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, manifestó "yo me he expresado siempre a favor de los derechos humanos. Pero también considero que se había generado una división entre los mexicanos. Ante ese escenario lo más importante era mantener la unidad nacional y por eso creo que esa discusión debe someterse primero a la consideración de los jueces". Ante la presión, insistió en que no se daban por vencidos, pero quería evitar la división y permitir que el asunto se resolviera a través de los tribunales que no encuentran un consenso en el ámbito legislativo (Martínez, 2016).

E. El matrimonio entre personas del mismo sexo en una corte determinada pero limitada

En México, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue reconocido constitucionalmente por la Corte; sin embargo, la población mexicana sigue debatiendo si debería o no estar permitido. En consecuencia, el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo varía entre estados. Dadas las disparidades, se propuso una reforma constitucional que obli-

⁵⁸ 19 votos en contra, 8 votos a favor y una abstención.

⁵⁹ El Partido Encuentro Social fue un pequeño partido político creado por la comunidad evangélica, que reflejaba su creciente influencia en la política mexicana.

garía a las legislaturas estatales a cambiar sus leyes. Dicha reforma fracasó ante un *backlash* organizado como nunca antes se había visto. En función del contenido y el número de sentencias de la Suprema Corte de Justicia, la postura que emana de ésta es muy clara. No obstante, ciertos factores institucionales restringen y limitan su poder e influencia, creando una Corte minimalista en su estructura. ¿Podrían estas limitaciones al poder institucional de la Corte ser parte de la razón por la que las sentencias referentes al matrimonio entre personas del mismo sexo pasaron inadvertidas, mientras que la iniciativa de reforma constitucional no? En la siguiente sección se profundiza al respecto.

I. El control constitucional en México: una limitación institucional (intencionada)

En la segunda parte de este trabajo se hizo referencia al complejo sistema de control judicial mexicano. Ahora ampliaré esa breve introducción para comprender mejor cómo interactúa ese modelo con el federalismo mexicano. Para ello, es necesario abordar dos de sus principales características. En primer lugar, aunque el juicio de amparo es el principal recurso constitucional en México, éste interactúa con otros mecanismos de control judicial. En segundo lugar, el procedimiento de amparo, en su concepción original, dependía de la creación de un sistema de "jurisprudencia" *sui generis*, diferente de la doctrina *stare decisis*, pero que también procuraba establecer una coherencia entre jurisdicciones. Esta sección presenta una síntesis de estos temas.

Como parte del proceso de democratización, y de las importantes reformas constitucionales y legislativas de 1994 —que reestructuraron el Poder Judicial—, México ha desarrollado un sistema híbrido de control judicial de constitucionalidad que combina tres mecanismos principales: un marco semiconcentrado, a través del juicio de amparo; un control abstracto, centralizado en acciones de constitucionalidad y controversias constitucionales, y un modelo difuso creado recientemente por la Corte, influido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (Pou, 2016, pp. 215-263). Aunque estas tendencias interactúan entre sí, me centraré en las dos primeras, ya que son las relevantes para el debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Una de las características más importantes del juicio de amparo mexicano es la "fórmula Otero", que es otra manera de referirse al efecto *inter partes* de las sentencias de amparo.⁶⁰ Como han explicado Héctor Fix-Zamudio y Roberto Niembro, el diseño original del juicio de amparo estaba influenciado por *La Democracia en América* de Tocqueville, y se basaba en el sistema estadounidense de revisión judicial, con las modificaciones consideradas necesarias para un país que contaba con una tradición de derecho civil. Siguiendo a Tocqueville, los redactores originales del mecanismo consideraron que los efectos de invalidez restringidos, que sólo se aplicaban a las partes del propio caso, tenían el beneficio de restringir al Poder Judicial en relación con la legislatura democrática. Una ley sólo caería —sería declarada nula o inválida— por los reiterados embates de las decisiones judiciales o de la jurisprudencia (Niembro, 2013, p. 42).

Como ya mencioné, el sistema de amparo establece un mecanismo a través del cual las sentencias reiteradas⁶¹ que declaran la inconstitucionalidad de una ley (entre otras interpretaciones constitucionales o legales) serán vinculantes para todos los jueces federales y estatales. En términos generales, una vez que la *ratio decidendi* constituye jurisprudencia por repetición, los tribunales publican una tesis (resúmenes)⁶² que sintetiza las sentencias a fin de sistematizar el proceso de toma de decisiones y facilitar la investigación del "derecho vigente".⁶³ Como lo demuestra la

⁶⁰ En los casos en que se declare inconstitucional una disposición legal o reglamentaria, la disposición ya no será aplicable al demandante en el caso que se decida, así como en futuros asuntos (Zaldívar, 2004, p. 113).

⁶¹ En general, cinco casos con el mismo *ratio decidendi* o una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resuelve las decisiones contradictorias de los tribunales inferiores constituyen jurisprudencia.

⁶² Véanse los artículos 177, 178 y 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de La Federación.

⁶³ Como Francisca Pou (2017, p. 122) ha señalado, este sistema es problemático en múltiples frentes: "no se emiten tesis en todos los casos, su relación con la decisión real es a veces discutible y, al

experiencia con el matrimonio entre personas del mismo sexo, otras instituciones gubernamentales o autoridades, como los funcionarios públicos que forman parte de los gobiernos ejecutivos municipales y estatales, no están directamente vinculados por la jurisprudencia de los tribunales; únicamente los jueces lo están (tesis 2a./J. 89/2004, p. 281).

Ya se explicó antes que si una pareja quiere casarse en un estado que no cuenta con un código reformado tiene que acudir a un juez federal para obtener una orden judicial. Incluso si existe una interpretación autorizada de la Constitución en virtud de la cual la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio sea considerada una discriminación prohibida, esta interpretación no anula de forma automática el texto del código civil, el cual sigue vigente hasta que se haga la modificación legislativa formal. En consecuencia, surgen desigualdades, ya que sólo las personas que tienen el tiempo, la energía y los recursos necesarios para presentarse ante un juez tendrán acceso real al matrimonio. Ni la academia jurídica ni la clase política mexicanas han pasado por alto estas disparidades generadas por el amparo.

En 1994 se reformó la Constitución para dar cabida a nuevos canales de revisión importados de modelos europeos inspirados en Kelsen. En términos generales, el tribunal realiza una revisión abstracta de la ley estatutaria a través de las acciones de inconstitucionalidad. El voto de una mayoría cualificada para una declaración de inconstitucionalidad anulará la ley o el artículo que se está examinando, con efecto *erga-omnes*, y la disposición se eliminará *de facto* de los libros. Tanto el caso de Ciudad de México —que validó la modificación legal e introdujo por primera vez el matrimonio entre personas del mismo sexo en la ciudad— como el caso de Jalisco, descrito anteriormente, son ejemplos de este tipo de procedimientos.

carecer de referencia a los hechos del caso, son intrínsecamente incapaces de transmitir la razón —*ratio decidendi*— por la que se tomó la decisión".

Sin embargo, al igual que algunos modelos europeos que sirvieron de inspiración al mexicano, estas acciones sólo pueden ser llevadas a cabo por actores calificados, como las minorías legislativas, los partidos políticos (en relación con la ley electoral), las comisiones estatales y federales de ombudsman, los jefes del Poder Ejecutivo, entre otros. Ningún ciudadano particular puede iniciar estos mecanismos. Además, estas demandas sólo pueden hacerse dentro de los primeros 30 días de la promulgación de las leyes y su publicación oficial, lo que significa que únicamente es posible impugnar legislaciones relativamente recientes. Por ello, la procedencia del caso de Jalisco era un acontecimiento bastante improbable.

En cualquier caso,⁶⁴ incluso con todos estos mecanismos de control constitucional funcionando en conjunto, la Corte no puede, mediante una sola sentencia (o varias), modificar el derecho para homologar el reconocimiento legal de los matrimonios entre personas del mismo sexo en todo el país. La interpretación que hacen los tribunales de la Constitución es limitada debido a la forma en que funciona el control judicial en México y a la manera en que el sistema interactúa con el federalismo.

Como ya mencioné, si consideramos que el derecho civil, incluido el derecho familiar, está constitucionalmente bajo la jurisdicción de los estados, es poco probable que la Corte declare estado por estado inválida la definición del matrimonio en sus respectivos códigos de manera que los órganos legislativos se sientan obligados a realizar las modificaciones en su legislación —ya sea mediante un control abstracto en acciones o declaraciones generales de inconstitucionalidad—. El mecanismo de jurisprudencia se ha ampliado en la medida de lo posible, pero no resuelve el problema de tener que pasar por los jueces para lograr el acceso al

⁶⁴ Como parte de un esfuerzo largamente esperado para modernizar el juicio de amparo, en 2013 el Congreso promulgó una nueva Ley de Amparo. Un nuevo procedimiento otorga a las sentencias de amparo una nueva dimensión al proporcionar un recurso similar a los procesos abstractos de revisión con el fin de eliminar la ley de los libros. Aunque esta adaptación puede parecer prometedora, casi nunca se ha puesto en práctica desde su promulgación en 2013.

matrimonio. Un control abstracto es poco probable a menos de que las legislaturas estatales —conscientes del caso de Jalisco— modifiquen sus códigos de tal manera que influyan en la definición de matrimonio.

El diseño original del control judicial de constitucionalidad del amparo en México sugiere que a los legisladores les preocupaba otorgar demasiado poder a los jueces. Aunque la organización del Poder Judicial estaba estructurada en jueces federales por circuito —de manera similar a la de Estados Unidos—, en México no se adoptó la solución estadounidense de revisión judicial. El modelo procesal general y la comprensión del papel del poder judicial se retomaron de la versión europea (Cossío, 2011, p. 26). En la tradición de derecho civil de la cual México forma parte, los jueces son "la boca de la ley" y el juicio de amparo representaba una solución intermedia que respondía a dicha tradición. Adoptar la respuesta estadounidense hubiera otorgado poder pleno a los tribunales para anular la legislación considerada contraria a la Constitución, tal como ya había sucedido en los casos *Marbury v. Madison*, *McCulloch v. Maryland* y *Dartmouth College v. Woodward*, por poner algunos ejemplos (Cossío, 2011, p. 26). Alejarse de este modelo, por lo tanto, fue una elección activa y consciente.

Se podría criticar el diseño del sistema de control judicial mexicano desde diferentes preferencias sustantivas o políticas en relación con el papel de los jueces en la sociedad. Además, podríamos evaluar si la adición de nuevas formas de control judicial y el diseño de estos sistemas era apropiado para lograr las metas previstas por los legisladores o no. Independientemente de estas cuestiones, podemos concluir que el modelo actual presentado más arriba limita efectivamente el poder legislativo de los tribunales de forma deliberada. En la siguiente sección se sugiere otro factor que limita la autoridad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, a diferencia del análisis anterior, no se puede argumentar la intencionalidad de esta característica del proceso de adjudicación.

II. "Falta de claridad en las decisiones": una restricción disfuncional (involuntaria)

Si la Corte ha restringido el poder para cambiar la ley de forma directa de manera que se garantice el acceso general al matrimonio entre personas del mismo sexo, también se podrían estudiar las maneras indirectas en las que la Corte podría influir en los legisladores locales para que promulguen la autorización del matrimonio en el código. En la literatura relativa a los tribunales y al cambio social, algunos politólogos (Epp, 1998) y especialistas en derecho han sugerido que las decisiones judiciales podrían tener un poder expresivo y proporcionar un paraguas para que los actores políticos promulguen políticas controvertidas. Según Michael W. McCann (1992, pp. 715-743), aunque las repercusiones de las acciones judiciales suelen dejar pocas huellas perceptibles en diversos aspectos de la vida de la ciudadanía, en algunos casos, la sombra de los tribunales —incluidos tanto los precedentes generales como las estrategias jurídicas específicas— desempeña un papel muy importante en la delimitación de las opciones tácticas, las oportunidades y los recursos al alcance de la ciudadanía que intenta desafiar la dominación y mejorar su vida.

Según esta idea, las consecuencias de la acción judicial pueden depender poco de la capacidad de elaboración de políticas o de las facultades de ejecución de los propios tribunales (McCann, 1992, p. 735). La Corte puede influir en el debate constitucional por otros medios; sin embargo, esta posibilidad podría depender del prestigio que tenga ésta entre la comunidad jurídica y la sociedad en general.

En el análisis que hace sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Francisca Pou sugiere que el desempeño de la SCJN en el debate constitucional más amplio se ha visto afectado de forma negativa por diversos diseños institucionales internos y externos. En su análisis, el proceso de

toma de decisiones de la Corte socava su propio estatus institucional y, por lo tanto, su poder de influencia real. Pou se refiere a este fenómeno como "falta de claridad en las decisiones" o "indefinición en las decisiones",^{65*} y lo describe de la siguiente manera

[...] una expresión destinada a abarcar en sentido amplio los problemas de identificación de decisiones y gestión de la información, pero también de ambigüedad, evasión e incoherencia en las decisiones. Todo ello contribuye a un único resultado: el que la Corte no tenga una voz institucional clara, unificada e identificable, respaldada por razones identificables; algo que, en mi opinión, constituye una especie de condición previa esencial para que los tribunales sean funcionales y legítimos en las democracias contemporáneas (Pou, 2017, p. 119).

En términos generales, en lo que ella llama la dimensión externa del diseño institucional, a lo largo de los años, la Corte ha acumulado responsabilidades —tanto jurisdiccionales como administrativas— en un Poder Judicial federal ya de por sí muy centralizado, el cual ha obstaculizado de manera considerable su desempeño cotidiano. Como queda ilustrado en el recuento que se hizo de los diversos mecanismos de control judicial de constitucionalidad, la Suprema Corte decide sobre una amplia gama de cuestiones heterogéneas a la vez que intenta gestionar una larga (y creciente) lista de casos.⁶⁶ Si bien muchos países de la región crearon tribunales constitucionales independientes, México sólo añadió responsabilidades adicionales a su ya de por sí sobrecargada Suprema Corte. De igual manera, aunque se han hecho esfuerzos por reducir el número de casos que llegan a la Corte, la ausencia de jurisdicción discrecional restringe su capacidad en la materia (Pou, 2017).

^{65*} En inglés, "decisional fuzziness" o "decisional indeterminacy" [N. de la T.]

⁶⁶ En 2009, la SCJN recibió poco más de 4,460 casos, una carga de trabajo ya considerable; sin embargo, para el año estadístico 2016 recibió más de 16,000 y procesó alrededor de 12,600, muy por encima de los estándares regionales (Informe Anual, 2016),

Además, en lo que Pou describe como la dimensión interna del trabajo de los tribunales, las múltiples prácticas y dependencias orgánicas y procesales "distraen a los jueces de sus responsabilidades fundamentales y promueven dinámicas personales que obstaculizan de manera continua el surgimiento de una voz institucional coherente expresada en las sentencias por escrito" (Pou, 2017, p. 120). Entre los ejemplos de esta práctica se encuentra el anuncio público —a través de sesiones transmitidas por televisión— de la opinión de los jueces antes de haber tomado una decisión. En palabras de Pou, "la Corte habla dos veces: una por televisión y otra en la sentencia" (2017, p. 123). Las deliberaciones difícilmente se reflejan en la redacción de la sentencia definitiva, lo cual se agrava por el hecho de que ésta posteriormente se "traduce" a un extraño sistema de publicación de tesis. Si añadimos a la ecuación la cantidad de casos que los jueces revisan cada semana, es posible afirmar que no se presta suficiente atención al lenguaje, los términos y las razones reales de las sentencias, lo que impide la creación de una jurisprudencia coherente.

Aunque no creemos que la gente común esté al tanto de las acciones y decisiones de la Corte, la confusión en el proceso de toma de decisiones y resolución final de los casos limita la labor de los periódicos, los blogs jurídicos, los columnistas del ámbito académico y el personal docente universitario que difunden y dan visibilidad a la actividad de la Corte. Esta dinámica acaba por limitar la supervisión externa de la consistencia y la coherencia del tribunal. Al final, si las sentencias importantes carecen de una solidez o sustancia auténtica, la Corte socava su propia legitimidad y se debilita.

En mi opinión, la "falta de claridad" en el proceso de toma de decisiones de la SCJN ha obstaculizado la capacidad del tribunal para ganarse una reputación entre la comunidad jurídica y los poderes políticos del gobierno, lo cual limita su influencia en otros mecanismos de formulación de leyes. Esta serie de deficiencias institucionales ocasionan una falta de

claridad en relación con lo que la Corte ha decidido en realidad. Como fenómeno general, esto afecta la reputación de la Corte ante otras ramas del gobierno y ante la población del país. Si esto se aplica al caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, la "falta de claridad en las decisiones" diluye las razones dadas por la Corte en su interpretación de la Constitución.

¿Será que los efectos acumulativos del diseño del control judicial en combinación con las limitaciones operativas de la Corte actúan como un tipo de minimalismo, de la manera en que lo describe Cass Sunstein? De ser el caso, ¿será ésta la razón por la que la interpretación constitucional de la Corte no generó *backlash*? Las sentencias de la Suprema Corte no son en absoluto superficiales para Sunstein. Incluso si los motivos sustantivos para anular las disposiciones del código varían según las decisiones, las razones dadas por la Corte se basan en una interpretación amplia del principio constitucional de igualdad y no discriminación. La Corte llegó a la conclusión de que la exclusión del acceso al matrimonio de las parejas del mismo sexo refuerza los estereotipos contra las personas homosexuales, negándoles la igualdad como ciudadanía. Las decisiones no evitaron "cuestiones de principios básicos" y no dejaron lugar para grandes desacuerdos.

Sin embargo, podría argumentarse que el proceso de toma de decisiones de la Corte es limitado. El corto alcance de las sentencias de amparo y los impedimentos institucionales creados por el confuso proceso de adjudicación tienen la consecuencia (involuntaria) de restringir la actividad de la Corte de manera tal que las decisiones "no se aventuren mucho más allá del problema en cuestión" (Sunstein, 2006, p. 1907). Sunstein afirma que algunas sentencias minimalistas favorecen la democracia, en el sentido de que funcionan para garantizar que las decisiones sean tomadas por la institución de gobierno elegida de forma democrática (Sunstein, 2006, p. 1916). A su juicio, "ciertas medidas minimalistas, más que socavar, promueven los procesos democráticos, y catalizan la delibera-

ción política, en lugar de anticiparse a ella". En este sentido, los límites del proceso de toma de decisiones por parte de la SCJN obligaron a otros actores políticos a considerar una reforma constitucional para armonizar el matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito nacional, lo que, a su vez, llevó de nuevo el debate a los poderes Ejecutivo y Legislativo del gobierno mexicano. La amenaza de la "constitucionalización" provocó un amplio debate público y político sobre el tema.

Además, Sunstein señala que "el efecto de amplitud y profundidad no es solo resultado de lo dicho por el tribunal. Dependerá en gran medida de la teoría aplicable de *stare decisis*. Una opinión amplia y profunda no controlará el futuro si los precedentes no son ampliamente respetados" (1999, p. 19). En México, la falta de *stare decisis* se manifiesta de esta manera; sin embargo, también podría argumentarse que la "falta de claridad en las decisiones" tiene un efecto similar. La ausencia de consistencia y coherencia en la línea de jurisprudencia de la SCJN dificulta la predicción de los resultados de los tribunales. A la larga, esto puede implicar que la Corte pierda el control sobre los casos futuros, ya sea por los tribunales inferiores o en sus propios casos. "¿Por qué alguien querría una decisión que no estuviera acompañada de un razonamiento? Por un lado, un enfoque de este tipo no excluye otras decisiones en otros casos" (Sunstein, 1999, p. 15). En el caso mexicano, sin embargo, este tipo de minimalismo sistémico, a través de una "falta de claridad" involuntaria, conlleva el efecto secundario de generar incertidumbre jurídica.

Sunstein ha argumentado que el minimalismo no es apropiado en todos los casos. Por ejemplo, ha afirmado que cuando los jueces cuentan con la información necesaria para elaborar normas adecuadas, es preciso que las elaboren (Sunstein, 2006, p. 1913). El minimalismo sistémico no hace ninguna distinción. Para Sunstein, las opiniones demasiado superficiales pueden violar las normas asociadas con el oficio legal. Como mínimo, "si una opinión debe tener una función, en teoría es la de explicar el resultado del caso" (1999, p. 16); alerta sobre los resultados judiciales

que no cuentan con motivos o sus motivos son subminimalistas. Así, la "falta de claridad en las decisiones" de la SCJN y del complicado sistema mexicano de control judicial podrían no ser lo que Sunstein tenía en mente al escribir sobre las virtudes de los jueces minimalistas.

De forma paradójica, sin embargo, el papel público institucionalmente moderado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pudo haber contribuido a la limitada respuesta con que se recibieron las sentencias sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta cuestión específica, el impacto limitado de la actividad de la Corte pudo servir para ampliar, de forma discreta y gradual, el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo en el país. Después de todo, en México existe el matrimonio entre personas del mismo sexo sancionado constitucionalmente debido a las sentencias de la Corte. Además, el impulso político para aprovechar dichas sentencias estuvo revestido, en general, por el lenguaje de igualdad y libertad adoptado por la Corte. Queda por ver si este cambio contribuye a mejorar la situación social de la comunidad homosexual en México.

F. Conclusiones

El objetivo principal de este trabajo era presentar el proceso de reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo como una historia de *backlash* con un giro. En México, a diferencia de las primeras experiencias estadounidenses, las decisiones de la Suprema Corte que reconocían el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio no provocaron *backlash*, al menos en comparación con la iniciativa de reforma sobre el mismo tema propuesta por el presidente mexicano. Centrándome exclusivamente en la Suprema Corte, sugerí dos posibles razones para ello. Primero, analicé el diseño institucional del control judicial en México y sugerí que aunque la SCJN tenga una clara preferencia política basada en una interpretación amplia de la Constitución mexicana, no puede imponer su punto de vista y cambiar la ley nacional. En segundo lugar, algunos han argumentado que los tribunales po-

drían ejercer influencia sobre el cambio mediante el poder expresivo de sus decisiones. Sobre este punto, concluyo que los obstáculos operativos a los que se enfrenta la SCJN también limitan su autoridad e influencia constitucional.

Al acotar mi análisis al diseño y funcionamiento institucional de la Corte, he proporcionado una descripción "abogadil" de un fenómeno social más amplio y complejo relacionado con la eficacia judicial y la actividad política; un fenómeno que depende de muchos otros factores para poder ser explicado en su totalidad. Las decisiones de la Suprema Corte en materia de reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo se producen en un contexto social particular, en el que los intereses políticos y las estructuras de estímulo y cumplimiento alteran la forma en que las decisiones judiciales son recibidas. Las observaciones de McCann parecen pertinentes: los efectos de las opiniones judiciales son inherentemente indeterminados, variables, dinámicos e interactivos. Después de todo, el presidente mexicano justificó su propuesta de reforma con las sentencias de la Corte sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que demuestra una de las formas (al menos) en que las decisiones influyen en el debate social y político.

No obstante, abordar la cuestión considerando las facultades de la Suprema Corte de Justicia en este contexto puede arrojar luz sobre las implicaciones de ciertas elecciones institucionales. Enmarcarlas en un contexto de contramovilización y *backlash* político y social puede resultar útil dado que ponen de manifiesto diferentes formas de considerar la adjudicación judicial frente a cuestiones muy controvertidas y que generen división. Lo que esperamos de los tribunales y lo que éstos realmente pueden ofrecer podría ser muy diferente; sin embargo, el debate en torno al *backlash* coloca a los tribunales en el contexto de un debate político más amplio en el núcleo del derecho constitucional: el Poder Legislativo mayoritario frente a la protección de los derechos de las minorías. Este trabajo contribuye a dicho debate al presentar la evolución de los acontecimientos de modo que pueda ser objeto de un análisis más

profundo sobre lo que se espera que sea la función de la Corte. Además, el análisis puede ser útil para las personas defensoras de derechos y operadores jurídicos al presentar un esbozo de las interacciones y limitaciones de la adjudicación judicial en un escenario contencioso, que este ejemplo pone de relieve.

El documento comienza con una evaluación general de la manera en que los mexicanos se relacionan con el derecho. La participación popular en los procesos de interpretación y elaboración de la constitución a través del *backlash*, ya sea por medio de reformas o decisiones de los tribunales, puede ayudar a cerrar la brecha entre la gente común y la producción de leyes por parte de la élite. Esta idea abre un tercer camino que es necesario explorar al analizar la experiencia de México en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. En algunas partes del trabajo se presta especial atención a las interacciones entre la Corte y otras fuerzas políticas, con énfasis en el papel de los partidos políticos del país, aunque sin desarrollar la noción de manera extensa. Si este caso añade algo a los debates en torno al *backlash* es señalar que éste deriva de otros métodos para hablar sobre la Constitución. El que la clase política mexicana considere mejor que un tema que provoca divisiones políticas sea "abordado" por la SCJN ya implica un cierto entendimiento de la diferencia entre lo que hace la Corte y lo que hacen los actores políticos.

Mark Graber (1993) ha sostenido que los partidos políticos utilizan diversos medios de resolución de conflictos que parecen alejarse de la política electoral cuando sus intereses se ven amenazados por una controversia potencialmente desestabilizadora. Una de estas estrategias es llevar las luchas políticas indeseadas a los tribunales, como una "institución preexistente, no partidista, que está constitucionalmente autorizada para resolver conflictos" (Graber, 1993, p. 41) Para los politólogos, "cuando los grupos marginales carecen de los recursos políticos necesarios para forjar una coalición dominante, pueden utilizar el litigio como medio principal para alcanzar sus objetivos políticos" (Graber, 1993, p.

41). Las élites políticas pueden dejar pasar esos reclamos para no arriesgar los beneficios electorales potenciales. Esta es una posible explicación de la reacción de la clase política mexicana frente al *backlash*.

Otro modo de abordar el tema sería tratar de comprender la manera en que la población mexicana percibe la relación entre el derecho y la política, mediante el análisis de las interacciones entre los partidos políticos y la Corte. Si los políticos consideran que este tema debería ser o es mejor abordado por la Corte es porque reconocen una diferencia entre el trabajo de ésta en relación con la elaboración de leyes a través de la interpretación constitucional y su propia actividad política. En todo caso, cualquier intento por lograr una comprensión cabal de esa relación tendría que considerar que en México las dinámicas políticas se han centrado principalmente en la Constitución o han repercutido en ella, y no en la normativa infraconstitucional, como la legislación o las políticas ejecutivas (Pou, 2016, p. 201). El orden constitucional mexicano se caracteriza por un *hiperreformismo* que trastoca el entendimiento común de lo que es la Constitución; sin embargo, como ha sostenido Francisca Pou, es cierto que la vigencia de la Constitución mexicana de 1917, en sus múltiples versiones, no podría explicarse sin presuponer que existe al menos una lealtad básica a un conjunto de acuerdos identificables. De lo contrario, las agrupaciones políticas y sociales podrían haber impuesto su completa sustitución (Pou, 2016, p. 249).

En el actual debate sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México, múltiples factores han modificado y reformulado las reivindicaciones basadas en la Constitución. La Corte, lejos de resolver el debate público acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, llamó la atención sobre las dificultades inherentes al derecho constitucional mexicano. Tras el rechazo de la reforma, los actores políticos han remitido la cuestión de manera explícita "de regreso a los tribunales". No obstante, la percepción del *backlash* ha alterado el debate y ha aportado nueva luz a las luchas de las minorías sexuales mexicanas, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Fuentes

Actual (2016), "Peña Nieto recibe voto de castigo por su ataque a la familia con el matrimonio gay", 7 de junio, disponible en <http://www.actual.com/familia/pena-nieto-reciben-voto-castigo-mexico-matrimonio-gay/>.

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de agosto de 2010.

Amparos en revisión 581/2012, 457/2012 y 567/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2012.

Agencias de las Naciones Unidas en México (2016), Llamado en favor de la tolerancia, el respeto a la diversidad y la garantía de los derechos humanos de todas las personas, disponible en http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=879:llamado-en-favor-de-la-tolerancia-el-respeto-a-la-diversidad-y-la-garantia-de-los-derechos-humanos-de-todas-las-personas&Itemid=265.

Ahrens, J. M. (2016), "Una multitud apoya la marcha antigay de la ultraderecha en México", *El País*, 25 de septiembre, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/24/mexico/1474730874_758416.html.

Ahrens, J. M. y García, J. (2016) "Hubo señales de corrupción que no se atendieron a tiempo", *El País*, 7 de diciembre, disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/05/mexico/1480952040_950733.html.

Arteaga, A. (2016), "El suplicio para casarse en estados que no reconocen matrimonio gay", *Milenio*, 20 de mayo, disponible en http://www.milenio.com/politica/suplicio_matrimonio_gay-estados_matrimonio_homosexual-gay_suplicio_matrimonio_0_740326292.html.

Blancarte, R. (2009), "The Changing Face of Religion in the Democratization of Mexico: The case of Catholicism" en Hagopian Francis (editor), Notre Dame, Estados Unidos, 225-257 pp.

Cámara de Diputados (2016), Boletín Núm. 2517, La Comisión vota en contra del dictamen que propone el matrimonio igualitario, disponible en <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/es/Comunicacion/Boletines/2016/Noviembre/09/2517-Comision-vota-en-contra-dictamen-que-proponia-matrimonio-igualitario>.

Catholic News Agency (2016), "Mexican president's party hit with 'protest vote' over gay marriage" 7 de junio, disponible en <http://www.catholicnewsagency.com/news/mexican-presidents-party-hit-with-protest-vote-over-gay-marriage-55120/>.

Catón (2016), "Reconocimiento", artículo de *Reforma*, 19 de mayo.

Cossío Díaz, J. R. (2011), *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

Cultura Diversa (2016), "Si me dicen no vengo", disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=wCbL4U-8J9c>.

Decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Oficio No. SELAP/300/1175/16, 17 de mayo de 2016, disponible en http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-05-18-1/assets/documentos/Ini_Art4_Cons_Ejecutivo_Fed.pdf.

Diez, J. (2015), *The Politics of Gay Marriage in Latin America*, Cambridge University Press.

El Universal (2016), "Matrimonio gay no es prioridad" disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/sociedad/2016/08/12/matrimonio-gay-no-es-prioridad>.

- Epp, C R. (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- García, S. (2016), "Congela Edomex matrimonio igualitario", 31 de mayo.
- González, H. (2016), "Morelos matrimonio igualitario", *Reforma*, 18 de mayo.
- González, I. (2016), "Descartan derrota por asuntos morales", *Reforma*, 10 de junio.
- González, I. y Guerrero, C. (2016), "Exigen especialistas Estado laico", *Reforma*, 13 de septiembre.
- Graber, M. (1993), "The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the judiciary", *Studies in American Political Development* núm. 7, pp. 35-73.
- Guerrero, J. (2016), "500 personas protestan en Guerrero contra iniciativa de Peña", *Reforma*, 13 de junio.
- Gutiérrez, H. (2016), "Agradece Orozco respaldo de Iglesia", *Reforma*, 2 de diciembre de 2016.
- Gutiérrez, H. y González, I. (2016), "Demanda el Frente encuentro con Peña", *Reforma*, 25 de septiembre.
- Hermosillo, H. (2016), "La Iglesia violó la ley, pero Martín Orozco ganó: Tribunal Electoral", *La Jornada Aguascalientes*, 20 de octubre, disponible en <http://www.lja.mx/2016/10/la-iglesia-violo-la-ley-martin-orozco-gano-tribunal-electoral/>.
- Hernández, E. (2016), "Protestan contra EPN en Mérida", *Reforma*, 16 de junio.

Klarman, M. J. (1994), "Brown, racial change, and the civil rights movement", *Virginia Law Review*, vol. 80, núm. 1, pp. 7-150.

Klarman, M. (2005). *Brown and Lawrence (and Goodridge)*. *Michigan Law Review*, 104(3), 431-489. Retrieved August 24, 2021, from <http://www.jstor.org/stable/30044507>

Klarman, M. (2013), *From the Closet to the Altar: Courts, Backlash, and the Struggle for Same-sex Marriage*, Oxford University Press.

Lemaitre, J. (2016), "¿Qué es la ideología de género?", agosto, disponible en <http://lasillavacia.com/blogs/que-es-una-ideologia-de-genero-57494>.

Ley Orgánica del Poder Judicial De La Federación, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_031116.pdf.

Loeza, G. (2016), "¡¡¡Guau!!!", artículo de *Reforma*, 19 de mayo.

Lomas, E. (2015), "Presionan sacerdotes contra bodas gay", *Reforma*, 25 de junio.

Lozano, G. (2016), "Focos azules", *Reforma*, 7 de junio.

Madrazo, A. y Vela, E. (2011), "Constitutional review: The Mexican Supreme Court's (sexual) revolution?", *Tex. L. Rev.*, núm. 89.

Magaloni, B. y Moreno, A. (2003), "Catching all souls: the Partido Acción Nacional and the politics of religion in Mexico", en Mainwaring, S y Scully, T. R. (eds.), *Christian Democracy in Latin America*, Stanford University Press.

Martínez, J. (2016), "Hubo señales de corrupción que no se atendieron a tiempo", *El País*, disponible en https://elpais.com/internacional/2016/12/05/mexico/1480952040_950733.html.

- Matías, P. (2012), "Corte da luz verde a matrimonios gay en Oaxaca", *Proceso*, 5 de junio, disponible en <http://www.proceso.com.mx/344075/corte-da-luz-verde-a-matrimonios-gay-en-oaxaca>.
- Maya, A. (2016), "Perciben castigo a PRI por iniciativa pro gay", *Reforma*, 10 de junio.
- Mayorga, P. (2015), "Gobierno de Chihuahua quita trabas a matrimonios igualitarios", *Proceso*, 11 de junio, disponible en <http://www.proceso.com.mx/407301/gobierno-de-chihuahua-quita-trabas-a-matrimonios-igualitarios>.
- McCann, M. W. (1992), "Review: reform litigation on trial: the hollow hope: can courts bring about social change? by Gerald N. Rosenberg", *Law & Social Inquiry*, vol. 17, núm. 4, pp. 715-743.
- Mercado, A. (2016), "Matrimonio gay es reconocido con o sin reforma: PAN", disponible en http://www.milenio.com/politica/Milenio_noticias_Gil_Zuarth_bodas_gay-iniciativa_boda_gay-EPN_bodas_gay_0_793720761.html.
- Nájar, A. (2016), "La marcha 'sin precedentes' en México contra la legalización del matrimonio gay", *BBC*, 11 de septiembre, disponible en <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37331685>.
- Niembro, R. (2013), "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2 (2013): 11-56.
- Notimex (2014), "Corte abre la puerta al matrimonio gay en Oaxaca", *El Economista*, 23 de abril, disponible en <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2014/04/23/corte-abre-puerta-matrimonio-gay-oaxaca>.

- Orlandi, M. (2016), "Mexicans defend the family – and the whole world joins them", 3 de junio, disponible en https://c-fam.org/turtle_bay/mexicans-defend-family-whole-world-joins-defendemoslafamilia/.
- Paullier, J. (2015), "¿Por qué pasó desapercibida la decisión judicial que legaliza el matrimonio gay en México?", *BBC Mundo*, 24 de junio, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150623_mexico_matrimonio_homosexual_suprema_corte_silencio_jp.
- Post, R. C. (2010), "Theorizing disagreement: reconceiving the relationship between law and politics", *California Law Review*, vol. 98, núm. 4, pp. 1319-1350.
- Pou Giménez, F. (2016), "Constitucionalismo viejo, nuevo y desatado: el caso de México", en Bonilla Maldonado, D. (ed.), *El constitucionalismo en el continente*, pp. 215-263, Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- Pou Giménez, F. (2017), "Constitutional change and the Supreme Courts institutional architecture: Decisional indeterminacy as an obstacle to legitimacy", en Castagnola, A. y López Noriega, S. (eds.), *Judicial Politics in Mexico*, pp. 117-146, Routledge.
- Reforma* (2016a), "Rechaza la Iglesia matrimonio gay", 19 de mayo.
- Reforma* (2016b), "Ven freno de PRI a matrimonio gay", 22 de agosto.
- Reforma* (2016c), "Defiende Estado laico", 24 de septiembre de 2016.
- Rosenberg, G. (2008), *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2a. ed.

- Salazar, C. (2016), "Anuncian marchas contra matrimonio gay", *Reforma*, 24 de agosto.
- Scott Lemieux (2004), *Constitutional Politics and the Political Impact of Abortion Litigation*, UMI, pág. 254.
- Staff (2016a), "Apoya Papa al Frente por la Familia", *Reforma*, 26 de septiembre, Primera plana.
- Staff (2016b), "Defienden en las calles a familias", *Reforma*, 29 de septiembre, primera plana.
- Staff (2016c), "Piden indagar inducción al voto", *Reforma*, 10 de junio de 2016.
- Staff (2016d), "Repudian iniciativa de matrimonio gay", *Reforma*, 11 de septiembre.
- Sunstein, C. R. (1996), "Foreword: leaving things undecided", *HARV. L. REV.*, núm. 110.
- Sunstein, C. R. (1999), *One Case at a Time*, Londres, Harvard University Press.
- Sunstein, C. R. (2006), "Problems with minimalism", *STAN. L. REV.* 1899, p. 1907
- Sunstein, C. R. (2013), *For the Supreme Court, Silence Can be Golden*, Bloomberg View (1 de abril), disponible en <http://www.bloombergview.com/articles/2013-04-01/for-the-supreme-court-silence-can-be-golden>.
- Sunstein, C. R. (2015), *Constitutional Personae*, Oxford University Press.

Suprema Corte de Justicia de la Nación 8SCJN) (2016), Informe Anual de la Suprema Corte de Justicia de México, disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf.

Tesis 1a./J. 46/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décimo Período, Libro 22, Tomo I, septiembre 2015, pág. 253.

Tesis 1a./J. 84/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décimo Período, Libro 25, Tomo I, diciembre 2015, pág. 186.

Tesis 2a./J. 89/2004, Jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las leyes, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XX, julio 2004, pág. 281, Registro: 181109.

The Guardian (2016), "Thousands march in Mexico against proposal to allow same-sex marriage [Miles de personas marchan en México contra la propuesta de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo]", 10 de septiembre, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/11/mexicans-march-against-presidents-proposal-to-allow-same-sex-marriage>.

Tzuc, P. (2016), "Protestas en Yucatán contra unión gay", *Reforma*, 1 de junio.

Velázquez, I. (2016), "Marchan en Edomex contra matrimonio gay", *Reforma*, 29 de mayo.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2004), *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Porrúa.

Anexo

ESTADO	ARTÍCULO	SITUACIÓN
Aguascalientes	<p>Artículo 143.- El matrimonio es la unión legal DE UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, PERPETUAR LA ESPECIE y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.</p> <p>El matrimonio debe celebrarse ante los Oficiales del Registro Civil y con las formalidades que este Código exige.</p>	<p>El 2 de abril de 2019, el pleno de la SCJN, en el resolutivo séptimo de la sentencia dictada al resolver la acción de inconstitucionalidad 40/2018, declaró la invalidez por extensión de la porción normativa de este artículo indicada con mayúsculas, la cual surtió efectos el 3 de abril de 2019.</p>
Baja California	<p>ARTICULO 143.- El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para convivir y realizar os fines esenciales de la familia como institución social y civil.</p> <p>El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Última reforma 10 de mayo de 1983.</p>
Baja California Sur	<p>Artículo 150.- El Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, mediante la cohabitación doméstica y sexual. Debe celebrarse ante el Oficial del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código, bajo estos principios:</p> <p>I.- Es libremente electo, tanto por lo que corresponde a su celebración, como a la persona con quien se contrae;</p> <p>II.- Los cónyuges conservarán en todo tiempo la libertad para</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado primer párrafo, 28 de junio de 2019.</p> <p>El resto fue reformado el 10 de julio de 2000.</p>

determinar la totalidad de los aspectos concernientes a su relación matrimonial, dado que los vínculos que derivan de la unión, son exclusivos de la pareja;

III.- Con el matrimonio se funda legalmente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia;

IV.- La estabilidad de la familia, base de las instituciones sociales, contribuyen (sic) a la armonía social;

V.- En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivo y biológico, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana;

VI.- La familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana;

VII.- En la familia debe buscarse el afecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y

VIII.- El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como un sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana.

Campeche

Art. 157.- El matrimonio es la unión de dos personas para llevar una vida en común, en donde ambas se deben procurar respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante las autoridades del Registro Civil, tal como establece este Código y con las formalidades que éste exige.

Permite el matrimonio igualitario.
Reformado, P. O. 16 de mayo de 2016.

Coahuila de Zaragoza	<p>Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza</p> <p>Artículo 139. El matrimonio es la unión de dos personas que consienten en realizar una comunidad de vida basada en el afecto, respeto, igualdad de trato y ayuda mutua, y toman de manera libre, responsable, voluntaria e informada, las decisiones reproductivas que se ajustan a su proyecto de vida, incluida la posibilidad de procrear o adoptar.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Ley publicada el 15 de diciembre de 2015.</p>
Colima	<p>ART. 145.- El matrimonio se establece por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida marital.</p> <p>A quienes celebren el acto jurídico del matrimonio se les denominará indistintamente, cónyuges.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P. O. 11 de junio de 2016.</p>
Chiapas	<p>ART. 143.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.</p> <p>ART. 144.- CUALQUIERA CONDICION CONTRARIA a la perpetuación de la especie o A LA AYUDA MUTUA QUE SE DEBEN LOS CONYUGES SE TENDRA POR NO PUESTA.</p> <p>ART. 145.- PARA CONTRAER MATRIMONIO, el hombre y la mujer NECESITAN HABER CUMPLIDO DIECIOCHO AÑOS.</p>	<p>El 11 de julio de 2017, el Pleno de la SCJN, en la sentencia dictada al resolver la AI 32/2016, declaró la invalidez, en vía de consecuencia, de las porciones normativas de estos artículos indicadas con minúsculas, la cual surtió efectos el 11 de julio de 2017.</p>

Chihuahua	<p>134.- El matrimonio es el acuerdo de voluntades entre 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. Este acto debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.</p> <p>135.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Última reforma: 14 de abril del 2004.</p>
Ciudad de México	<p>Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado el 29 de diciembre de 2009.</p>
Durango	<p>ART. 142.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá, por no puesta.</p>	<p>Aunque no establece requisitos explícitos sobre el género de los contrayentes, impide el matrimonio igualitario.</p> <p>Última reforma, 26 de febrero de 2017.</p>
Guanajuato	<p>Art. 144. Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p>
Guerrero	<p>Artículo 412.- Podrán contraer matrimonio el hombre y la mujer, que hayan cumplido dieciocho años edad.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado el 9 de mayo de 2017.</p>

Hidalgo	<p>LEY PARA LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO</p> <p>Artículo 8.- El matrimonio es una institución social y permanente, por la cual se establece la unión jurídica entre dos personas, que, con igualdad de derechos y obligaciones, procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, originan el nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P.O. 10 de junio de 2019.</p>
Jalisco	<p>Art. 258.- El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual UN HOMBRE Y UNA MUJER deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.</p>	<p>El 26 de enero de 2016, el pleno de la SCJN, en el resolutivo segundo de la sentencia dictada al resolver la AI 28/2015, declaró por vía de consecuencia la invalidez de la porción normativa de este artículo indicada con mayúsculas, la cual surtió efectos el 28 de enero de 2016.</p>
México	<p>Artículo 4.1 Bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p>
Michoacán de Ocampo	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO</p> <p>Artículo 127. El matrimonio es la unión legítima de dos personas para realizar una comunidad de vida permanente, en la que se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P. O. 22 de junio de 2016.</p>

Morelos	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS</p> <p>ARTÍCULO 68.- NATURALEZA DEL MATRIMONIO. El matrimonio es la unión voluntaria y libre de dos personas, con igualdad de derechos y obligaciones, con el propósito de desarrollar una comunidad de vida y ayudarse mutuamente.</p> <p>Cualquier condición contraria a estas finalidades se tendrá por no puesta. El vínculo matrimonial se extingue por la muerte o presunción de ésta de uno de los cónyuges, por divorcio o por declaración de nulidad.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P.O. 4 de julio de 2016.</p>
Nayarit	<p>Artículo 135.- El matrimonio es un contrato civil, por el cual dos personas, se unen en sociedad para realizar vida en común, procurando entre ambos respeto, igualdad y ayuda mutua.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P.O. 22 de diciembre de 2015.</p>
Nuevo León	<p>Art. 147.-El matrimonio es la unión legítima de UN SOLO HOMBRE Y UNA SOLA MUJER, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, PERPETUAR LA ESPECIE y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.</p> <p>Cualquiera condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta.</p> <p>Art. 148.- Para contraer matrimonio, EL HOMBRE Y LA MUJER necesitan haber cumplido dieciocho años</p>	<p>El 19 de febrero de 2019, el Pleno de la SCJN, en la sentencia dictada al resolver la acción de inconstitucionalidad 29/2018, declaró la invalidez, en vía de consecuencia, de las porciones normativas de estos artículos indicadas con mayúsculas, la cual surtió efectos el 19 de febrero de 2019.</p>

Oaxaca	<p>Artículo 143.- El matrimonio es un contrato civil celebrado entre dos personas, que se unen para realizar una vida en común y proporcionarse respeto, igualdad y ayuda mutua.</p> <p>El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado primer párrafo, P.O. 5 de octubre de 2019.</p>
Puebla	<p>Artículo 294.- El matrimonio es un contrato civil, por el cual un sólo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para ayudarse en la lucha por la existencia.</p>	<p>El 1 de agosto de 2017, el Pleno de la SCJN, en el resolutivo segundo de la sentencia dictada al resolver la acción de inconstitucionalidad 29/2016, declaró la invalidez, en vía de consecuencia, de las porciones normativas de este artículo indicadas con mayúsculas, la cual surtió efectos el 1 de agosto de 2017.</p>
Querétaro	<p>Artículo 137. El matrimonio es una institución en la que se establece un vínculo jurídico por la unión de un hombre y una mujer, que, con igualdad de derechos y obligaciones, son la base del nacimiento y estabilidad de una familia, así como la realización de una comunidad de vida plena y responsable.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p>
Quintana Roo	<p>Artículo 680.- Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al oficial del Registro Civil, ante el cual celebrarán el contrato respectivo, que exprese:</p>	<p>No establece requisitos sobre el género de los contrayentes.</p> <p>Reformado, P.O. 26 de junio de 2009.</p>
	<p>I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, nacionalidad y domicilio, tanto de los preten-</p>	<p>Antes señalaba:</p>

	<p>dientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;</p> <p>II.- Que no tienen impedimento legal para casarse; y</p> <p>III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.</p> <p>Artículo 697.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad</p>	<p>ARTÍCULO 697.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años de edad y la mujer catorce. El Presidente Municipal o los delegados municipales del domicilio del menor, según el caso, pueden dispensar la edad por causas graves y justificadas. Cuando el Presidente Municipal o los delegados estén encargados por ministerio de la ley de la oficialía del Registro Civil, el concejal que legalmente deba substituirlo en la presidencia será quien otorgue la dispensa.</p>
<p>San Luis Potosí</p>	<p>CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ</p> <p>ARTICULO 15. El matrimonio es la unión legal entre dos personas, libremente contraída, basada en el respeto, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, que hacen vida en común, con la finalidad de proporcionarse ayuda mutua, formando una familia.</p>	<p>Permite el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P.O. 20 de mayo de 2019.</p>
<p>Sinaloa</p>	<p>CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE SINALOA</p> <p>Artículo 40. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p>

	<p>generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.</p> <p>Cualquier condición contraria a estos fines, establecida por los cónyuges, se tendrá por no puesta.</p>	
Sonora	<p>CÓDIGO DE FAMILIA PARA EL ESTADO DE SONORA</p> <p>Artículo 11.- El matrimonio es la unión legítima de un hombre y una mujer, con el propósito expreso de integrar una familia, el respeto recíproco y la protección mutua, así como la eventual perpetuación de la especie. Cualquier disposición contraria a estos fines, acordada por los cónyuges, se tendrá por no puesta.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, B.O. 1 de marzo de 2011.</p>
Tabasco	<p>DE LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO</p> <p>ARTICULO 154.- Quiénes pueden contraerlo.</p> <p>Pueden contraer matrimonio: el hombre y la mujer que hayan cumplido dieciocho años de edad.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado, P. O. 1 de julio de 2017.</p>
Tamaulipas	<p>ART. 132.- Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer deben ser mayores de edad.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p>
Tlaxcala	<p>ARTICULO 42. El matrimonio es la unión de dos personas con su pleno consentimiento, que tiene como objeto realizar la comunidad de vida, en donde ambas se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las solemnidades que ella exige.</p>	<p>No reconoce el matrimonio igualitario.</p> <p>Reformado primer párrafo, P. O. 24 de diciembre de 2020.</p>

Veracruz de Ignacio de la Llave	ARTÍCULO 75. El matrimonio es la unión de un solo hombre y de una sola mujer que conviven para realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil.	No reconoce el matrimonio igualitario. Intento de reforma en 2020 rechazada.
Yucatán	CÓDIGO DE FAMILIA PARA EL ESTADO DE YUCATÁN Artículo 49. El matrimonio es una institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, con la posibilidad de generar la reproducción humana de manera libre, responsable e informada.	No reconoce el matrimonio igualitario Segundo intento de reforma en 2019 rechazado.
Zacatecas	ARTÍCULO 100 El matrimonio es la unión jurídica de un hombre y una mujer donde ambos, mediante una comunidad de vida, y procurándose respeto, igualdad y ayuda mutua, constituyan una familia, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.	No reconoce el matrimonio igualitario Segundo intento de reforma en 2019 rechazado.

Fuente: elaboración propia con base en las legislaciones de cada estado.

**La voluntad procreacional,
origen de la filiación en la familia
homoparental-lesbomaternal y
los límites a la verdad biológica**

Alehlí Ordóñez*

* Abogada por la Universidad de Londres (México), especializada en el litigio estratégico de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI). En Ciudad de México dirigió el litigio que consiguió el acceso al reconocimiento de hijas e hijos para familias lesbomaternales (2013) y homoparentales (2015); participó en la redacción de la reforma para el reconocimiento de la identidad de género administrativa (2014). En 2016 cofundó Ledeser, A. C., que en 2017 consiguió los primeros precedentes de acceso de personas LGBTI a la gestación subrogada judicial y al reconocimiento de la identidad de género de niñas, niños y adolescentes administrativa en la capital del país. Es consejera regional para Latinoamérica y el Caribe de la *International, Lesbian, Bisexual, Trans Gay and Intersex Association*, ILGA, y fue reconocida por *Human Rights Campaign* como *LGBTI Global Innovator 2020* por su trabajo en la defensa de las personas LGBTI en México.

SUMARIO: A. Introducción; B. La posibilidad de adoptar de las parejas del mismo género y el reconocimiento de la familia como realidad social; I. Ley de Sociedad de Convivencia; II. La acción de inconstitucionalidad 2/2010 y la adopción; III. Las figuras análogas a la sociedad de convivencia; IV. La acción de inconstitucionalidad 8/2014 y la prohibición de adoptar; V. Familia, realidad social; a. Las familias de la diversidad sexual y de género; C. Derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo género y el derecho a decidir; I. Derecho a decidir como parte del derecho a la vida privada y a la familia; II. Derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo género; D. La voluntad procreacional, origen de la filiación en la familia homoparental y lesbomaternal; I. La autonomía reproductiva y el derecho a la identidad; II. La ausencia del vínculo biológico; III. La voluntad procreacional y el interés superior de niñas, niños y adolescentes; IV. Los límites a la verdad biológica; 1. El amparo en revisión 553/2018 y la gestación por sustitución; V. La voluntad procreacional; 1. El amparo en revisión 852/2017 y el reconocimiento de hijos en la comaternidad; 1. La comaternidad como modelo de familia constitucionalmente protegido; 2. El amparo en revisión 807/2019 y la custodia en la comaternidad; VI. La ausencia de voluntad procreacional; VII. La relación genética y gestacional como vínculos biológicos no filiales; E. Conclusiones.

A. Introducción

Durante la última década, mediante resoluciones emblemáticas y controvertidas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a la protección estatal de las uniones que conformamos las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI+) en México; así como que el derecho constitucional a formar una familia y el reconocimiento de su filiación incluye a las conformadas por parejas del mismo género; sin embargo, el camino hacia la materialización del derecho para nuestras poblaciones y comunidades aún es largo, compuesto de urgencias y retrasos.

A más de 10 años de que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera la acción de inconstitucionalidad 2/2010 sobre las reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, respecto del derecho de las parejas del mismo género a acceder al matrimonio y a la posibilidad de adoptar (Gaceta Oficial del Distrito Federal, 2009, p. 525) —y con ello a acceder a las garantías

relativas al derecho de familia, como la tutela y sucesión legítima, alimentos, constitución del patrimonio familiar, entre otros, respecto de las parejas del mismo género y el reconocimiento de su estatus filial—, a la fecha se mantiene una deuda de justicia social pendiente, sentida por las poblaciones LGBTI en México.

Lo anterior es evidente, pues no obstante que las entidades federativas tienen la obligación de armonizar sus leyes conforme a la jurisprudencia, interpretación constitucional y de derechos humanos producida por la Corte, en esta década de avances en apenas 22¹ de las 32 entidades federativas se reconoce el derecho al matrimonio para las parejas del mismo género en su legislación civil, y solo en 15² al reconocimiento de la identidad de género para las personas trans e intersex en sus legislaciones civiles.

Cuando se trata de las familias homoparentales y lesbomaternales, la situación se agrava. A la fecha, ninguna entidad federativa cuenta con una reforma a su legislación civil en materia de diversidad familiar que armonice los códigos sustantivos civiles con la jurisprudencia de la Suprema Corte al reconocer los derechos de las parejas del mismo género a la adopción, la reproducción asistida y, en consecuencia, al reconocimiento de la filiación, mediante las figuras reguladas por el derecho de familia, como el registro de nacimiento o el reconocimiento de hijos,

¹ Ciudad de México (2010), Coahuila (2014), Nayarit (2015), Campeche, Colima, Michoacán, Morelos (2016), Baja California Sur, Hidalgo, Oaxaca, San Luis Potosí (2019), Puebla, Tlaxcala (2020); Sinaloa, Baja California y Yucatán (2021); en Quintana Roo se consiguió mediante la interpretación del propio código civil de la entidad (2012); en Chihuahua (2015), así como en 17 municipios de otras 3 entidades se hizo en cumplimiento de la jurisprudencia de la SCJN: 4 de 81 municipios de Guerrero (2015), en 8 de 18 municipios de Querétaro (2018) y en 5 de 58 municipios de Zacatecas (2020); en 4 entidades como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma civil aplicable: Jalisco (2016), Chiapas (2017), Aguascalientes, Nuevo León (2019); mientras que en 7 entidades de la república: Durango, Guanajuato, México, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz, las parejas del mismo género solo pueden contraer nupcias mediante juicios de amparo.

² Ciudad de México (2014); Michoacán, Nayarit (2017); Coahuila (2018); Colima, Chihuahua (Decreto), Hidalgo, San Luis Potosí, Oaxaca, Tlaxcala (2019); Jalisco (Decreto), Quintana Roo, Sonora (2020); Estado de México y Puebla (2021).

y, con ello, a la protección de la familia, mediante el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos en común.

Gracias al esfuerzo conjunto de la acción civil coordinada de la comunidad LGBTI y al apoyo de algunas instituciones de la administración pública especializadas en la defensa de derechos humanos, como los consejos estatales para prevenir la discriminación, las comisiones estatales de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil especializadas en la materia, se ha conseguido que las autoridades administrativas de las entidades federativas reconozcan algunos derechos, que se describen a continuación.

Familias lesbomaternales

- a) Registro de nacimiento. En Ciudad de México, a partir de octubre de 2012. El derecho a la inscripción del nacimiento de las hijas y los hijos de madres lesbianas unidas en matrimonio, mediante el registro de nacimiento en el Registro Civil de la Ciudad de México (Conapred, 2012).
- b) Reconocimiento de hijos. Ciudad de México, a partir de agosto de 2013. El derecho al reconocimiento de la filiación entre madres lesbianas no gestantes y sus hijos, mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento a través del reconocimiento de hijos ante el Registro Civil de la Ciudad de México. Derecho al que entró en estudio la Suprema Corte en el amparo en revisión 852/2017 en el caso de Aguascalientes sobre comaternidad.
- c) Reconocimiento de la filiación desde el concubinato. Ciudad de México, a partir de agosto de 2013. El derecho al reconocimiento de la filiación entre madres lesbianas y sus hijos, a través de las figuras de reconocimiento de hijos y registro de nacimiento, con independencia de si las madres están o no unidas en matrimonio.
- d) Apellido familiar. Ciudad de México, a partir de agosto de 2013. El derecho de las madres lesbianas de elegir el orden de los apellidos de su primer descendiente en común. Mismo que luego fue elevado al texto del Código Civil para el Distrito Federal por el

legislador local, actualmente de alcance general, mediante la reforma en materia de transmisión de apellidos de agosto de 2017.

Familias homoparentales

- a) Reconocimiento de hijos. Ciudad de México, precedente, 2015. El derecho al reconocimiento de la filiación entre padres gays y sus hijos no filiados, como resultado de procesos de gestación por sustitución originados en Tabasco, mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento a través del reconocimiento de hijos ante el Registro Civil de la Ciudad de México.

Matrimonio para parejas del mismo género

- a) Quintana Roo, precedente, 2011. El precedente de acceso al matrimonio igualitario en Benito Juárez, Quintana Roo, en favor de 3 parejas en 2011 (Varillas, 2012).
- b) Colima, precedente, 2013. El precedente de acceso al matrimonio igualitario en Cuauhtémoc, Colima, en 2013 (Ramírez, 2013).

Si bien estos precedentes resultan de gran relevancia, son aún notoriamente insuficientes para reconocer y proteger a las familias que conformamos. Lo cual a su vez expone cómo, hasta la fecha, desde ninguno de los congresos de las entidades federativas se han emprendido acciones tendientes a cumplir con el mandato de armonización legislativa en materia de reconocimiento de la diversidad familiar.

Resulta una dolorosa realidad cotidiana que las autoridades locales continúen mostrando resistencias para garantizar el ejercicio del derecho de las familias LGBTI, ya sea por a) la negligencia de los registros civiles basada en la orientación sexual de las madres o padres para reconocer la filiación con sus hijos y garantizar su protección mediante la emisión de un acta de nacimiento que la acredite, o por b) la desatención del legislador local de su deber de armonizar la norma civil aplicable.

Es urgente que el legislador local en las entidades federativas realice reformas en sus códigos civiles y familiares para garantizar el acceso de las familias conformadas por parejas del mismo género al reconocimiento de la filiación y de su conformación familiar; así como que quienes imparten justicia en casos que involucren a las familias LGBTI en las entidades federativas interpreten la norma sustantiva local bajo el mandato constitucional de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos de las parejas del mismo género, sus hijas e hijos.

El reconocimiento de la filiación es indispensable para la realización del proyecto de vida de las parejas del mismo género, pues no solo se enfrentan a la violencia estructural, sino también a la negligencia estatal para el ejercicio de derechos básicos por parte de las autoridades administrativas y judiciales locales, que redundan en un exceso de cargas procesales, administrativas y económicas, así como el desplazamiento forzado a las entidades donde sí existe ese reconocimiento para que las familias obtengan la protección del Estado.

Estas resistencias de las entidades federativas para reconocer a la familia como una realidad social se reiteran en los casos que dieron origen a los amparos en revisión que aquí se estudian, y que se fundan en el privilegio que las entidades federativas continúan brindando a la prevalencia de la verdad biológica frente al reconocimiento de la voluntad procreacional como constitutiva de la filiación, lo que se traduce en la materialidad, en la discriminación de las familias que conformamos, mediante la negativa y la dilación procesal para el ejercicio del derecho.

Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación mediante la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha garantizado las bases para el desarrollo y la protección de la familia en el ámbito local. Se ha pronunciado por el derecho de las parejas del mismo género a la filiación, es decir, a conformar familias mediante adopción, así como mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida; lo que implica estar en posibilidad de obtener un acta de nacimiento que reconozca el parentesco con las hijas y los hijos

nacidos, ya sea mediante figuras como el registro de nacimiento, del reconocimiento de hijos o la adopción, y con ello garantizar que los padres y madres LGBTI podrán ejercer la custodia de sus hijas e hijos como consecuencia del ejercicio de la patria potestad que deriva de la filiación reconocida por el derecho.

En este texto se retomará la interpretación realizada por la Corte en relación con los derechos relacionados a la filiación y a la familia en dos sentencias con motivo de acciones de inconstitucionalidad y tres con motivo de la resolución de amparos en revisión; éstas entran en estudio desde el derecho a adoptar de las parejas del mismo género en matrimonio (acción de inconstitucionalidad 2/2010 matrimonio, Ciudad de México) y en concubinato (acción de inconstitucionalidad 8/2014, sociedades en convivencia, Campeche), y respecto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, a través de los mecanismos procedimentales con los que cuenta la norma local civil como el registro de nacimiento (amparo en revisión 553/2018, gestación subrogada, Yucatán), el reconocimiento de hijos (amparo en revisión 852/2017, reconocimiento de hijos, Aguascalientes) y en lo relativo a la determinación de la custodia de las hijas y los hijos, con independencia del vínculo biológico que se tenga con ellos (amparo en revisión 807/2019, custodia, Querétaro).

La lucha por el reconocimiento de los derechos civiles, sexuales y reproductivos de las personas LGBTI en México es un movimiento por la justicia y equidad social que avanza lentamente, consolidándose sobre las bases de la interpretación constitucional del Poder Judicial de la Federación que impulsa avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI y que deben traducirse en cambios legislativos que armonicen la norma civil con los derechos reconocidos; sin embargo, ello no ha sido prioridad de los congresos estatales maniobrados por los intereses particulares de los partidos políticos que definen el rumbo legislativo en las entidades federativas.

La situación actual impone la necesidad de la memoria colectiva para preservar los derechos conquistados mediante precedentes administrativos, así como de una acción civil estratégica coordinada para consolidar los urgentes pendientes legislativos y de reconocimiento jurídico por atender.

Por ello, y ante la inacción legislativa de los congresos, las acciones civiles de incidencia jurídica, caso por caso, en una lucha por precedentes ante las autoridades administrativas, de excepciones a la aplicación de la regla general que constituyen grietas en el sistema normativo y social, que permiten a las minorías acceder a nuestros derechos, creando nuevas prácticas institucionales y sensibilizando a las autoridades, con la posibilidad de constituirse como una costumbre jurídica inclusiva en nuestras comunidades, han resultado un medio efectivo para hacer asequible en lo local el ejercicio del derecho.

Sin embargo, deben acompañarse del ejercicio responsable de quienes conforman los poderes judiciales de las entidades federativas del país, a quienes llamamos a la empatía para reconocer y atender los derechos humanos de nuestras poblaciones y comunidades desde una mirada interseccional y con perspectiva de orientación sexual e identidad, expresión de género y características sexuales (OSIEGCS), para garantizar una justicia inclusiva, que haga uso del derecho como una herramienta transformadora de las condiciones de vida de las familias que conformamos y de nuestra sociedad.

B. La posibilidad de adoptar de las parejas del mismo género y el reconocimiento de la familia como realidad social

I. Ley de Sociedad de Convivencia

El 25 de noviembre de 2006, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de Sociedad de Convivencia, figura jurídica que reconoció a

las parejas del mismo género derechos patrimoniales y otros análogos al concubinato.³ Si bien, a la fecha, los derechos entre convivientes reconocidos bajo esta figura, en su mayoría patrimoniales, son a la vista insuficientes para garantizar la protección de la unión establecida y se diferencian de los derivados de instituciones jurídicas como el matrimonio⁴, su creación resolvió algunas de las cuestiones más urgentes para nuestra comunidad, que, para el momento, era la protección del patrimonio conjunto a la muerte de uno de los miembros de la pareja.⁵

Para hacer frente a esta problemática social y jurídica debía crearse una institución jurídica que reconociera ciertos derechos entre quienes conformaban estas uniones, sin que ello implicara que de la misma se reconocieran derechos filiatorios o relativos al derecho de familia

II. La acción de inconstitucionalidad 2/2010 y la adopción

Tuvieron que pasar tres años desde la creación de la figura de los convivientes para que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobara el 21 diciembre de 2009 la reforma al artículo 146 del Código Civil, modificando el concepto de matrimonio, el cual sustituyó entre "un hombre y una mujer" por "dos personas", para quedar como sigue:

Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del

³ Abrogada y sustituida por la vigente Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México (2017).

⁴ No podíamos afiliar a la seguridad social a nuestras parejas ni adoptar en conjunto; si nuestras parejas tenían hijos, no podíamos cuidar de ellos a su falta; si uno de las o los miembros de la pareja migraba a otro país, el que permanecía no se veía beneficiado del principio de unidad familiar para permanecer unidos, entre otros.

⁵ Una historia común cuando fallecía una de las personas que conformaba la pareja era que la familia de la persona difunta despojara a la supérstite de los bienes conjuntos. Ante la falta de derechos de familia y patrimoniales entre la pareja, los ascendientes y hermanos de la persona difunta estaban en posibilidad de despojar a la pareja supérstite, toda vez que de la unión comúnmente no había hijos concebidos que pudieran heredar los bienes de la pareja, y al no estar constituida en matrimonio, la supérstite se quedaba en el desamparo. Por regla sucesoria los ascendientes y hermanos de la persona difunta habrían sido quienes adquirirían los bienes del o la de *cujus*.

Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

Con la reforma, las parejas del mismo género podrían entonces acceder a esa institución jurídica y a la protección de sus familias, sin embargo, antes de la entrada en vigor en marzo de 2010, Arturo Chávez Chávez, en ejercicio de sus facultades como procurador general de la república, presentó en contra una acción de inconstitucionalidad, que se registró con el número 2/2010 y fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte el 16 de agosto de 2010, confirmando la constitucionalidad de la reforma.

El procurador alegó la inconstitucionalidad de la reforma, toda vez que, a su consideración,

- a) Era contraria a lo establecido por el artículo 4 constitucional sobre el derecho a la igualdad del hombre y la mujer, del cual, interpretó, se deriva un modelo ideal de familia con hijos protegida por el Estado mediante la institución jurídica del matrimonio; por lo que el matrimonio sería, entonces, una institución jurídica para la protección de la familia conformada por un hombre y una mujer, excluyente de otros modelos relacionales, como los que constituyen las parejas del mismo género.
- b) Vulneraba el artículo 391 del Código Civil relativo a la adopción, pues al no haberse modificado dicho numeral para establecer una restricción normativa a fin de que a los matrimonios del mismo género se les negara esta posibilidad, los niños, las niñas y los adolescentes que estarían en aptitud de ser adoptados verían vulnerado su interés superior al estar bajo el cuidado de parejas del mismo género

La violación alegada por el procurador general de la república respecto de la posibilidad de adoptar de las parejas del mismo género provocó que la Suprema Corte entrara al análisis de la procedencia de la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con el artículo 391, no reformado, que establece el concepto de adopción.

- c) Era contraria al interés superior de las niñas y los niños como eje rector de todas las autoridades y deber de cumplimiento que guía el actuar del Estado en su protección, pues el hecho de que la Asamblea Legislativa reformara el artículo 146 del Código Civil para modificar el concepto de la institución matrimonial, sin que ello implicara una modificación al diverso 391, con el fin de establecer una restricción en el acceso a las parejas del mismo género que se unirían en matrimonio, afirmaba que la posibilidad de adoptar sería entonces tratada como un derecho de los adultos del mismo género unidos en matrimonio o concubinato y no así del niño susceptible de ser adoptado.
- d) La obligación estatal de verificar que los adoptantes sean capaces de ejercer un cuidado óptimo para el adecuado desarrollo de su integridad y vida no podría garantizarse desde una familia conformada por una pareja del mismo género.
- e) Era contraria a lo establecido por los artículos 121 y 16 en relación con el 133 de la Constitución federal, que establecía el Pacto Federal y con ello la obligación del resto de las entidades federativas de reconocer el estado civil de las personas derivado de un acto jurídico reconocido u originado en el Distrito Federal, como lo sería el matrimonio conformado por personas del mismo género; con lo cual, afirmó, la Asamblea Legislativa excedió su mandato.

El 16 de agosto de 2010, en Pleno, la Suprema Corte resolvió procedente pero infundada la acción intentada por el procurador y estableció lo siguiente.

En su interpretación de lo establecido por el artículo 4 de la Constitución federal sobre la igualdad del hombre y la mujer, no asistía razón al procurador, toda vez que el artículo:

- a) De ningún modo se refiere a la institución del matrimonio o a su definición, así como tampoco es cierto que dicha figura sea únicamente reconocida entre un hombre y una mujer.

- b) Dicho numeral no establece la obligación estatal de protección exclusiva a un modelo ideal de familia conformado por un hombre y una mujer.
- c) La reproducción no es el fin último del matrimonio, por lo cual deba ser protegido solo el conformado por un hombre y una mujer; en cambio, es la reproducción un derecho disponible para las personas como parte de su derecho a formar una familia. *A contrario sensu*, no sería dable considerar que las personas unidas en matrimonio que no desean o no puedan procrear incumplan con los fines del mismo.

Al respecto de la cuestión de la adopción y del artículo 391 del Código Civil, la Corte estableció que

- a) No obstante que el contenido del artículo 391 del Código Civil no fue alterado en sustancia, sí lo fue en su alcance en relación con el diverso 146 modificado, por lo que, al ser considerado parte de un sistema normativo por cuanto hace a la posibilidad de adoptar, se avocó en su estudio.

Así también, la Corte realizó un análisis respecto del interés superior de las niñas y los niños en relación con la orientación sexual de quien o quienes pudieran estar en aptitud de adoptarlos. Al respecto estableció que si bien el Estado tiene el deber de asegurarse de que las personas que pretendan adoptar a un niño, niña o adolescente se encuentren en aptitud de hacerlo, también lo es que, en esa verificación, la orientación sexual no es un criterio susceptible de análisis que resulte relevante para determinar si una persona es apta o no para ejercer el cuidado de un niño, niña o adolescente, pues esa distinción se basaría en una categoría sospechosa protegida por el artículo 1° constitucional, como resulta ser el de preferencias sexuales, que tiene *a priori* la presunción de ser discriminatoria, confirmando la premisa si no goza de una justificación que supere un test de escrutinio estricto, pues se protege desde el principio de igualdad y no discriminación, constitucionalmente establecido.

Por ello, toda vez que la orientación sexual no es una categoría válida *per se* de análisis para determinar si una persona es apta o no para ejercer la custodia y el cuidado de un niño, niña o adolescente, así como que no es dable sostener que su interés superior se vulnere o ponga en riesgo sobre la distinción de la orientación sexual de quien ejerce su custodia y cuidado, se superó el análisis de las violaciones alegadas por el procurador.

La Suprema Corte resolvió que, al ser el matrimonio una institución a cargo del legislador local que implica el ejercicio regulador del estado civil de las personas, así como la protección de la familia, mismos que resultan una carga exclusiva de los congresos estatales, la Asamblea Legislativa efectivamente ejerció sus facultades para reformar el concepto de matrimonio, con lo cual, no excedió su mandato.

Ya que, como se exploró líneas arriba, la reforma tildada de inconstitucional tampoco vulneró los artículos 4, 16, 121 y 133 de la Constitución federal y, en consecuencia, la Suprema Corte confirmó la constitucionalidad del artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, no obstante, ello implica que las personas LGBTI y las parejas del mismo género podamos acceder a la adopción.

III. Las figuras análogas a la sociedad de convivencia

A partir de la entrada en vigor de la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal en marzo de 2010, inició un movimiento de empuje social y resistencia estatal simultáneos en torno a la institución jurídica del matrimonio. Éste, con la intención de legislar el reconocimiento de uniones civiles análogas a la Ley de Sociedad de Convivencia aprobada en el Distrito Federal en 2006; sin embargo, con la distinción de ser promovidas por los partidos políticos conservadores en los congresos estatales, a fin de consolidar la creación de instituciones jurídicas que constituyeran "candados jurídicos" para impedir el acceso de las parejas del mismo género al matrimonio.

Tal es el caso de la Ley de Sociedad de Convivencia, misma que, como antecedente al reconocimiento de la institución matrimonial en la capital del país, constituyó para nuestra comunidad un paso importante hacia la protección de nuestras familias; pues, previo a su promulgación, las personas LGBTI en México no contábamos con una institución jurídica que protegiera nuestras uniones, inclusive, nuestro patrimonio; también lo es que, a partir de la entrada en vigor de la reforma sobre matrimonio en el entonces Distrito Federal, y, más aún, desde la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la Suprema Corte, las figuras jurídicas para el reconocimiento de las uniones civiles de parejas del mismo género similares o afines a la Ley de Sociedad de Convivencia nos brindaron más dificultades que beneficios; dando como resultado que fueran precisamente los movimientos y partidos conservadores quienes promovieran la presentación de las iniciativas en los congresos locales y no así el propio movimiento político LGBTI, mientras en el resto del país —y aún hoy— resonaba la pugna por el reconocimiento al matrimonio y no así a sus instituciones análogas pero restrictivas.

Para la hoy Ciudad de México, una vez que entró en vigor la reforma de matrimonio igualitario, la Ley de Sociedad de Convivencia se convirtió en letra muerta, no obstante que continúa vigente; sin embargo, dicha figura jurídica fue aprovechada por los movimientos conservadores para legislar de forma restrictiva, ganando terreno en estados como Coahuila (2007),⁶ Campeche,⁷ Colima,⁸ Jalisco (2013),⁹ Michoacán (2015),¹⁰ Tlaxcala (2016)¹¹ y Veracruz (2020).¹²

⁶ El Congreso de Coahuila aprobó el 11 de enero de 2007 la unión civil para personas del mismo sexo, llamándolo pacto civil de solidaridad.

⁷ El 20 de diciembre de 2013, el Congreso de Campeche aprobó la Ley de Sociedad de Convivencia.

⁸ El 4 de julio de 2013 el Congreso de Colima reformó el artículo 147 de la Constitución Política local para permitir la unión civil para personas del mismo sexo, llamándole enlace conyugal.

⁹ El Congreso de Jalisco aprobó la Ley de Libre Convivencia el 31 de octubre de 2013.

¹⁰ El Congreso de Michoacán aprobó la ley Sociedad de Convivencia el 7 de diciembre de 2015, que permite a las parejas del mismo sexo otorgar ciertos derechos de los que goza un matrimonio.

¹¹ El 29 de diciembre de 2016, el Congreso de Tlaxcala aprobó el proyecto de Ley de Coexistencia propuesto en 2014.

¹² Veracruz aprobó el 28 de mayo de 2020 el concubinatio "igualitario", figura similar al matrimonio, que goza de todos los derechos pero sin contrato, y con la posibilidad de adoptar.

Destaca la mala fe del legislador local con la intención de confundir a las poblaciones LGBTI de esas entidades; notoria, no solamente desde quienes promovían la presentación de las iniciativas —los partidos políticos—, sino también desde la forma de denominarlas, con el fin de que se creyera que dicha iniciativa se trataba realmente de un intento de legislación de matrimonio, estableciéndoles nombres similares a la institución, y, con ello, que la comunidad no se percatara de lo que constituían como derecho sustantivo.

Fue así como en Coahuila se legisló el denominado Pacto Civil de Solidaridad, mientras que en Colima se aprobaron los enlaces conyugales, configurando una figura jurídica similar en la nomenclatura a la institución matrimonial pero tangiblemente restrictiva y excluyente del derecho de familia.

Al respecto, es de hacer notar que en la mayoría de las entidades federativas en las que esta institución se legisló el registro se realizaba ante la autoridad civil administrativa de la entidad federativa específica.

Sin embargo, destaca el caso de Campeche, donde la intención de hacer evidente que esta figura, llamada bajo su legislación sociedad civil de convivencia, se trataba de una diversa del derecho de familia y del reconocimiento de la filiación, que, con el fin de subrayar la distinción entre el matrimonio y la sociedad civil de convivencia, se registra aún hoy en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Estado, lo que no ocurre con el matrimonio que, en Campeche, así como en el resto de las entidades federativas, guarda su libro en el Registro Civil de la entidad federativa de que se trate.

Mientras tanto y de forma paralela a este movimiento legislativo de partidos y autoridades conservadoras, a efectos de ver garantizado el derecho al matrimonio, se gestaba una lucha civil organizada que a) mediante la solicitud del amparo y protección de la justicia federal en favor de parejas del mismo género en todas las entidades federativas,

derivado de la negativa de la autoridad registral administrativa para realizar el trámite solicitado en los registros civiles, en una multiplicidad de estados buscaba y comenzaba a ganar sentencias de amparo que garantizaron uno a uno, pareja por pareja, el acceso a la institución matrimonial, y b) logró movilizarse para presionar a los congresos estatales para conseguir la presentación de iniciativas de reforma a los códigos civiles y familiares para garantizar el ejercicio de este derecho.

IV. La acción de inconstitucionalidad 8/2014 y la prohibición de adoptar

Sobre la base del registro de la sociedad civil de convivencia de Campeche ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, ya ha quedado manifiesto que el legislador local en el caso fue enfático en separar esta figura del derecho de familia, sin embargo, subrayó esta diferencia mediante lo establecido en el artículo 19 de su Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia (2013), al incluir una prohibición expresa para que las personas unidas bajo esa figura pudieran acceder a la posibilidad de adoptar, así como de ejercer la guarda y custodia de los hijos de su conviviente.

El artículo 19 impugnado establece: "Los convivientes [sic] no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición".

Las expresas prohibiciones contenidas en la disposición en cita motivaron a la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del estado para presentar la acción de inconstitucionalidad registrada como 8/2014, a fin de que se declarara la invalidez del artículo por establecer distinciones basadas en la orientación sexual de las parejas del mismo género en Campeche, misma que fue resuelta por el Pleno de la Suprema Corte el 11 de agosto de 2015.

Para la resolución de la cuestión planteada, la Suprema Corte realizó un análisis respecto de la posibilidad de adoptar de los llamados convivientes, similar al realizado en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 sobre matrimonio anteriormente estudiada, pero esta vez sobre la figura denominada sociedad civil de convivencia, en relación con el principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes.

Parte del análisis que realizó la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 8/2014 fue la de avocarse al estudio de la naturaleza jurídica de esta figura, estableciendo que la sociedad civil de convivencia es análoga a la institución del concubinato con consecuencias jurídicas patrimoniales y no así de derecho de familia; donde el legislador local fue cuidadoso en distinguirla de la institución matrimonial.

Así también, estableció la Corte que aunque la distinción entre las figuras análogas al matrimonio —como las sociedades de convivencia— y la institución matrimonial estribe únicamente en la nomenclatura, constituyen en la materialidad un régimen de "separados pero iguales", al redundar en lo que denominó *una* "ciudadanía de segunda clase" para las parejas del mismo género, por lo que, al resultar discriminatorias, no existe razón para sostener su prevalencia.

Las sociedades de convivencia están configuradas sobre la distinción de dos categorías sospechosas protegidas por el principio de igualdad y no discriminación, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución federal, que en el caso son las de estado civil y preferencias sexuales (orientación sexual), las cuales carecen de razonabilidad que supere un escrutinio estricto, por lo tanto, son inconstitucionales.

Ello, respecto de la orientación sexual, destaca que aunque la legislación no menciona que la figura se haya creado específica para las parejas del mismo género, al analizar la legislación civil local resulta evidente que el legislador de Campeche destina el acceso de las instituciones del concubinato y el matrimonio a las parejas heterosexuales, y aunque estas

últimas bien pueden constituir una sociedad de convivencia bajo la legislación del estado, al contrario, las parejas del mismo género no pueden constituir matrimonio o concubinato bajo la misma legislación, por lo que en el resultado la norma es discriminatoria.

La Corte estableció que no obstante que la ley regulatoria de las sociedades civiles en Campeche omite mencionar que dichas distinciones de trato tienen como base la orientación sexual y el estado civil de las personas, resulta del análisis que se desprende incluso de la exposición de motivos de la ley en cuestión que la finalidad de la misma era la de regular las uniones conformadas por parejas del mismo género; así como de relegarles a un régimen de "separados pero iguales" que les excluyera del derecho a la adopción y a la protección de la familia.

Al día de hoy, a pesar de lo ya establecido por la Suprema Corte en relación con el derecho y a la posibilidad de adoptar en la sentencia 2/2010 con relación al matrimonio, así como en relación a las leyes de sociedad de convivencia en la sentencia 8/2014, estas figuras discriminatorias continúan vigentes y creándose en nuestro país.

El ejemplo más reciente es el estado de Veracruz, que en mayo de 2020 aprobó desde su Congreso local esta figura, denominándole concubinato igualitario (Ávila, 2020).

V. Familia, realidad social

Además de las aportaciones interpretativas que la Corte ha realizado en torno al reconocimiento de las uniones civiles que conforman las parejas del mismo género con o sin hijos; solteras o en relaciones formales o dinámicas, como resultado de su análisis en las resoluciones de las acciones de inconstitucionalidad analizadas 2/2010 y 8/2014, comentadas anteriormente, en el estudio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, en relación con la adopción por parejas del mismo género, ha emprendido una reinterpretación fundamental del concepto de fa-

milia (tesis P. XXIII/2011), elemental en su comprensión, en la consecución del reconocimiento y protección de los derechos de las personas y familias LGBTI.

La familia, en efecto, es la base de la sociedad mexicana. El derecho de formarla, así como la obligación del Estado de garantizar su desarrollo integral, su regulación y su protección, están reconocidos en el artículo 4 de la Constitución federal.

La familia, sin embargo, no es un concepto estático; es un ente dinámico sujeto a las transformaciones de la sociedad en donde se origina. Los factores con que interactúa empujan a su evolución, entendida ésta, en sentido amplio, por su dinamismo y mutabilidad, como una realidad social en permanente cambio; lejos de aquella consideración de que surgía de la unión modelo de un hombre y una mujer para conformar una comunidad de vida y perpetuar la especie, se le entiende hoy como una comunidad de personas unidas por la voluntad de permanencia y ayuda mutua.

Por tanto, la Corte estableció que *familia* es un concepto sociológico, vulnerable por los factores medioambientales a los que se expone, tales como el empleo y el aumento en el uso de las técnicas de reproducción asistida, el número de hijos que se tiene actualmente por familia, la integración de la mujer al mercado laboral, la migración, los factores económicos, el aumento de madres y padres solteros, las uniones de hecho, entre otros.

A partir de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Suprema Corte entiende a la familia como una realidad social de vinculación volitiva, es decir, es la voluntad de permanecer lo que une a este núcleo social constitucionalmente protegido.

Así, la Suprema Corte al establecer que el Estado mexicano no privilegia la protección de un único modelo de familia, reconoce y protege a todas las familias con independencia de su origen y de su conformación. Hay

múltiples formas no solamente de hacer familia, sino del Estado para reconocerlas y brindarles protección.

Estas consideraciones y reflexiones¹³ que de la familia ha realizado la Suprema Corte en la última década han revolucionado al derecho mexicano desde sus más profundos orígenes, y con ello han hecho posible el reconocimiento y las protección de las que conformamos las personas LGBTI, con nuestras parejas e hijos, cuestión que, aunque en la materialidad aún se mira lejana para nuestras poblaciones y comunidades, desde el ejercicio de las facultades del legislador local ha puesto las bases para el ejercicio de nuestros derechos civiles, sexuales y reproductivos en el país.

Lo anterior queda manifiesto de las resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los amparos en revisión 807/2017 sobre comaternidad; 553/2018 sobre gestación subrogada, y 807/2019 sobre la determinación de la custodia en la comaternidad, mismos que a continuación se expondrán y que tienen sus propias luchas en el ámbito local de las entidades federativas.

¹³ Así se señaló en la acción de inconstitucionalidad 2/2010, párrafos 237, 240 y 243: "237 [...] en modo alguno, (del) Art. 4º de la CPEUM (se desprende) que la CPEUM proteja sólo un único modelo de Fam -"ideal"- que, exclusivamente, tenga su origen en el M entre un hombre y una mujer [...] ya que lo que mandata [...] es la protección a la Fam como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario. [...] (resaltado fuera del original)". "240 [...] El legislador ordinario, al regular la OyDFam, se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta SCJN, como Tribunal Constitucional, a fin de que la CPEUM sea un documento vivo, por lo que no sería sostenible interpretar que, aun cuando, como ya vimos, el texto constitucional no alude a un modelo de Fam "ideal", ni al M entre un hombre y una mujer como su presupuesto [...] el legislador sí esté obligado a protegerlo, por sobre otros tipos de organización familiar, excluyendo a los demás. [...]". "243 [...] se advierten transformaciones sociales relevantes en cuanto a las relaciones entre dos personas y la Fam. Así, existen muchas personas que deciden vivir una vida en común e, incluso, tener hijos, sin que deseen contraer M (uniones libres o de hecho), evolución que dio origen, por ejemplo, a las figuras, ya mencionadas, del concubinato o las SCC. También existen Ms heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de esperma y/o de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; unos más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etcétera".

a. Las familias de la diversidad sexual y de género

Así como la noción del concepto de *familia*, incluso la considerada tradicional, está en constante cambio, las familias conformadas por personas LGBTI han variado su conformación y necesidades específicas en la última década, migrando de manera paulatina y en gran número hacia las encabezadas por las personas LGBTI con descendencia, solas o en pareja, obteniendo algunas la protección estatal al nacimiento de sus hijas e hijos y otras que están pugnando todavía por ésta, en la espera por el reconocimiento de su filiación.

Familias homoparentales

Las familias homoparentales, es decir, las conformadas por dos hombres en pareja con descendencia, se constituyen principalmente mediante a) adopción nacional o internacional conjunta; b) gestación subrogada¹⁴ nacional o internacional; c) copaternidad de las hijas e hijos legalmente reconocidos por un miembro de la pareja y una genitora¹⁵ ausente o, en su caso, por la gestante sustituta no reconocida legalmente en cuanto tal; d) copaternidad de las hijas e hijos adoptados de forma previa por uno de los padres, o e) la copaternidad de un niño, niña o adolescente familiar de un miembro de la pareja, en la que existe una tutela material sobre hijas e hijos, pero la familia carece de parentesco legal reconocido y con ello de la protección estatal de su conformación.

Familias lesbomaternales

Por su parte, las familias lesbomaternales, es decir, las conformadas por dos mujeres con descendencia, se constituyen en su mayoría mediante a) el empleo de una técnica de reproducción asistida (TRA), como la

¹⁴ Método para la reproducción asistida mediante el cual una persona denominada gestante sustituta lleva a término un embarazo en favor de otra u otras, a quienes se les denomina ascendientes intencionales, quienes procurarán el nacimiento para atribuirse la filiación mediante la inscripción registra.

¹⁵ "Genitor/genitora: Adj. Que engendra".

inseminación artificial, la fertilización o fecundación *in vitro* (FIV) simple o por recepción de óvulos de la pareja (ROPA); b) la comaternidad de las hijas e hijos legalmente reconocidos por una madre de la pareja y un genitor separado, ausente o fallecido; c) la comaternidad de las hijas e hijos reconocidos legalmente por una sola de las madres que de los mismos ejerce el cuidado y la crianza, y d) la comaternidad de un niño, niña o adolescente familiar de una de las madres, en la que existe una tutela material sobre las hijas y los hijos pero la familia carece de reconocimiento legal y protección en cuanto tal.

Así, también existe una multiplicidad de familias monoparentales con hijas e hijos encabezadas por personas LGBTI en Ciudad de México, y familias LGBTI reconformadas por parejas, familiares o personas significativas, con la descendencia de relaciones previas, que constituyen familias nuevas o las crecen.

Con la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal sobre matrimonio igualitario, la Asamblea Legislativa garantizó el acceso de las personas LGBTI a las instituciones jurídicas inherentes al derecho de familia;¹⁶ sin embargo, la discusión jurisdiccional y de la opinión pública sobre familias y diversidad se centró en la posibilidad de adoptar que la reforma conllevaba y no así sobre el reconocimiento del parentesco de las parejas del mismo género con su descendencia ya consolidada, dejando con ello a estas familias la única opción de solicitar judicialmente la adopción de sus propias hijas e hijos para constituir su filiación, según la legislación del momento y la interpretación que de la misma hicieron las entidades federativas.

Registro de nacimiento

Bastaría una interpretación inclusiva que del Código Civil para el Distrito Federal realizara la Dirección General del Registro Civil para lograr

¹⁶ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

el acceso de las familias homoparentales y lesbomaternales al reconocimiento del parentesco mediante la inscripción de nacimiento.

Lo que ocurrió en octubre de 2012 cuando Irma y Alondra, con la oportuna intervención de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) frente a la negativa de la Dirección General del Registro Civil, consiguieron concretar el primer registro de nacimiento en México de una recién nacida con dos madres legalmente reconocidas (CDHDF, 2012).

Desde entonces, las familias lesbomaternales, con independencia de su domicilio y nacionalidad, pudieron acudir a las diferentes oficinas del Registro Civil del Distrito Federal a inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos, que les reconoce en ambos casos como padres y madres legales, incluso cuando los nacimientos hayan ocurrido en otra entidad federativa. Sin embargo, en aquel precedente fundamental, la autoridad registral estableció —contra derecho— el requisito de que estuvieran unidas en matrimonio.

A partir de entonces las familias lesbomaternales con hijos que nacieron después de la entrada en vigor de la reforma sobre matrimonio se encontraron en posibilidad de registrar a sus hijos e hijas con dos madres en sus actas de nacimiento, no obstante, tuvieron que someterse a la interpretación legal que de dicha reforma otrora realizaba el Registro Civil, misma que con el fin de ajustar a las familias lesbomaternales al binomio social heteronormativo, entendió y tuvo legalmente a la madre no gestante por sustituto de padre, así como que exigía que las madres se unieran en matrimonio.

Elección del apellido familiar

Lo anterior significó que la única posibilidad que el Registro Civil de la hoy Ciudad de México ofrecía para el levantamiento del acta de nacimiento de las familias lesbomaternales era la de registrar a la persona

presentada con el apellido de la madre no gestante en primer lugar y el de la madre gestante en el segundo, implicando ello no sólo un tratamiento diferenciado injustificado entre las madres por parte del Estado sino:

- a) El establecimiento de una relación jerárquica entre los apellidos a los que el menor podría acceder y entre sus madres, reiterando así una tradición de transmisión del linaje familiar patriarcal inaccesible para las mujeres al destinarles necesariamente el segundo apellido a sus hijas e hijos.
- b) Una tácita legitimación de la gestante como jurídica y socialmente más madre que la no gestante por el vínculo biológico existente, sin considerar si la madre no gestante en cada caso tuviera un vínculo genético con la hija o el hijo, como es un escenario común en las familias lesbomaternales.
- c) La vulneración de la autopercepción e identidad de género de la madre no gestante para encontrarse en posibilidad de ver reconocida legalmente la filiación con sus hijas e hijos.

Dicha interpretación del Registro Civil fue abandonada y sustituida en agosto de 2013, por la que permitió a las familias elegir el orden de los apellidos del primer descendiente común, interpretación que se escribió en el Código Civil capitalino con la reforma de transmisión de apellidos en 2017 (Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 2017).

Las familias capitalinas pueden escoger el orden de los apellidos de su primera hija o hijo en común, que permanecerá para los subsecuentes de la misma pareja, en caso de haberlos.

Gestación por sustitución

En 2017, por primera vez, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX) autorizó la realización de un proceso de gestación por sustitución en favor de una familia capitalina, mediante juris-

dicción voluntaria de presunción de filiación, garantizando con ello la seguridad y protección de la persona gestante sustituta, así como de las personas ascendientes intencionales y, en consecuencia, un proceso seguro y apegado a los derechos humanos de todas las partes.

Reconocimiento de hijos e hijas

Con la reforma sobre matrimonio en el Distrito Federal, nació la imperante necesidad de atender los casos de las hijas y los hijos de familias lesbomaternales nacidos antes de su entrada en vigor, quienes a) hubieran nacido mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida a las que se sometieron sus madres antes de 2010 o b) hubieran nacido por la elección parental de una de sus madres, quien después se relacionara con una mujer con la voluntad de constituir una nueva familia con ella y su hija o hijo.

El 20 de agosto de 2013, mediante un litigio estratégico implementado con el apoyo de la CDHDF, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y diversas organizaciones de la sociedad civil, la Dirección General del Registro Civil accedió a realizar los primeros reconocimientos de hijos en favor de 21 familias lesbomaternales, constituyendo así el parentesco legal entre las madres no gestantes con sus hijos e hijas, y sustituyendo con ello el empleo de las jurisdicciones de adopción que se establecían para estos fines, siendo desde entonces un trámite accesible para todas las familias lesbomaternales en la capital del país y para las homoparentales mediante gestación por sustitución desde enero de 2015.

En consecuencia, desde agosto de 2013 (Pérez, 2013) las familias lesbomaternales reconfiguradas o con hijas e hijos nacidos antes de 2012, en las que por diversas razones exista sólo una madre legal reconocida, así como las familias homoparentales mediante gestación subrogada o adopción previa de uno solo de los padres, pueden acudir al Registro Civil de Ciudad de México para realizar el procedimiento administrativo denominado de reconocimiento de hijos, y con ello constituir legalmente

el parentesco entre la madre o padre no reconocido y las hijas y los hijos en común.

Sin embargo, en la actualidad existen casos en los que la madre gestante (reconocida legalmente) decide desconocer u obstaculizar la maternidad ejercida por la madre no gestante con su descendencia, dejándole en la indefensión al no poder exigir la acción estatal en su protección y de sus hijas e hijos debido a la ausencia de un vínculo legal que les reconozca el parentesco, así como un vínculo biológico que le dé —en principio— una acción en juicio para reclamar su reconocimiento.

Hoy, una multiplicidad de madres lesbianas no gestantes son víctimas por el despojo de sus hijas, hijos y familia de parte de sus anteriores parejas, también madres, de las hijas y los hijos en común, cobijadas por el imperio social y jurídico local vigente que protege —de manera expresa— sólo a la madre legalmente reconocida y a la que socialmente le considera más madre debido al vínculo biológico existente con las y los hijos de la pareja. A este tipo de violencia, entre otras de sus manifestaciones, se le conoce como gestonormatividad (El Big Data, 2015).

Reconocimiento judicial de la filiación por la posesión del estado de maternidad

En abril de 2017, el TSJCDMX reconoció por primera vez, el parentesco entre una madre lesbiana no gestante y su hija, tres años después de haber sido separada de ella por la madre gestante —única con parentesco reconocido con la niña, quien nació mediante el empleo de una técnica de reproducción asistida en 2005, ocho años antes de que Ciudad de México garantizara el acceso de las familias lesbomaternales a la inscripción de nacimiento—, luego de terminar el matrimonio entre la pareja.

También hay familias que como consecuencia de la inacción o negligencia del legislador local para armonizar la legislación y cumplir el mandato constitucional de protección de la familia se mantienen en la indefensión

y la incertidumbre legal, tanto los padres o madres, según sea el caso, como los hijos e hijas de esa unión, con motivo del parentesco legal establecido con genitores ajenos a ese núcleo.

Tal es el caso de las familias homoparentales en las que las hijas e hijos tienen un parentesco legal constituido con la persona gestante sustituta no reconocida legalmente en cuanto tal y, en consecuencia, presente en el acta de nacimiento; así como de las lesbomaternales en las que las hijas e hijos mantienen un parentesco legal con el genitor que nunca ha ejercido la crianza, o viven bajo la amenaza y coacción del donante conocido, impune por el amparo que le asegura el vínculo biológico que tiene con las hijas e hijos de la familia.

C. Derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo género y el derecho a decidir

I. Derecho a decidir como parte del derecho a la vida privada y a la familia

La Suprema Corte ha interpretado que el derecho a decidir cuándo, cuántos y cómo tener hijos, con quién tenerlos, así como abstenerse de tenerlos, surge de la relación entre el derecho a la vida privada y a formar una familia, y se distingue de la obligación del Estado de organizar, regular y proteger a la familia, conceptos que si bien tienen una relación íntima entre sí, conservan distinciones importantes, pues estas responsabilidades corresponden originalmente al legislador local, como se estudió anteriormente.

El derecho a la vida privada establece un límite a la potestad del Estado en los derechos reproductivos y constituye un presupuesto del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que hace posible el proyecto de vida de los gobernados en relación con su derecho a decidir formar una familia, cuándo y cómo hacerlo.

II. Derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo género

En la resolución del amparo en revisión 2766/2015,¹⁷ la Primera Sala de la Corte se avocó al estudio de la posibilidad de conformar una familia mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida,¹⁸ sobre la base de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la sentencia de *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, de noviembre de 2012.

La Corte estableció que la posibilidad de tener hijos mediante la reproducción asistida forma parte de los derechos fundamentales a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y la familia.

El Estado tiene la obligación de garantizar a los gobernados la posibilidad de beneficiarse del progreso científico y de las más avanzadas tecnologías reproductivas disponibles para la reproducción; de esta manera, con base en lo establecido en la sentencia *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, el Estado mexicano tiene el deber de garantizar los medios para conformar una familia. El derecho de todas las personas de gozar de los beneficios del progreso científico está también reconocido en el Protocolo de San Salvador.

La Suprema Corte estudió el derecho al empleo de las técnicas de reproducción asistida para conformar una familia, en relación con las parejas del mismo género, reconociendo que la obligación del Estado mexicano de garantizar los medios para la reproducción asistida de sus gobernados no se restringe a las parejas heterosexuales o infértiles, toda vez que la orientación sexual como categoría sospechosa protegida constitucio-

¹⁷ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2017, Ministra Norma Lucía Piña (Presidenta y Ponente).

¹⁸ En dicha resolución, la Suprema Corte estableció cuáles son las técnicas de reproducción asistida, entre las cuales reconoce la fecundación o fertilización *in vitro*; y realiza su propia clasificación, en la que se encuentran: a) inseminación artificial homóloga, b) inseminación artificial heteróloga c) inseminación artificial a una mujer soltera y d) inseminación artificial *post mortem*.

nalmente no podría ser una distinción válida para restringir el acceso de ese derecho a sus ciudadanos.

D. La voluntad procreacional, origen de la filiación en la familia homoparental y lesbomaternal

I. La autonomía reproductiva y el derecho a la identidad

La Suprema Corte sostiene que para el análisis de la filiación que se deriva del empleo de las técnicas de reproducción asistida es relevante relacionar los derechos reproductivos con el derecho a la identidad. También reconoce que la forma cómo se construye el derecho a decidir es parte de la autonomía y el derecho a la identidad de la persona, tanto en su dimensión individual como de pareja.

Es así como tiene una doble connotación de los sujetos; una por cuanto hace a derechos de los padres (a su identidad y por sus derechos reproductivos) y, otra, en relación con sus hijos (por el derecho a la familia y a la identidad), esto es, el derecho que tienen a ver reconocida su conformación familiar.

II. La ausencia del vínculo biológico

La Corte ha reconocido que cuando del empleo de técnicas de reproducción asistida surge un nacimiento, no siempre se cuenta con la verdad biológica como herramienta para la determinación de la filiación entre la persona nacida y sus ascendientes, por lo que ha establecido que en estos casos la filiación no se deriva de la existencia de un vínculo biológico entre las personas, sino de su intención de conformar una familia.

Al respecto, la Suprema Corte ha estudiado en específico el supuesto de la inseminación artificial heteróloga, en el que, ante la infertilidad masculina y contando con la voluntad del marido en una pareja heterosexual, la pareja solicita la intervención de profesionales de la reproduc-

ción, a fin de conseguir la fecundación extracorpórea (fecundación *in vitro*) o corpórea (inseminación artificial), empleando para ello el espermatozoides de un donante desconocido, proveniente del banco reproductivo especializado.

Lo anterior, con el fin de conseguir la descendencia en común de la pareja; sin embargo, podría llegarse a actualizar el supuesto en el que el padre volitivo de hecho, no biológico, decida desconocer el vínculo jurídico que se deriva de su voluntad de participar en la reproducción asistida, no obstante, no sea él quien ostente un vínculo biológico con la persona producto de la reproducción asistida, con independencia del momento de su nacimiento, para determinar la filiación derivada del empleo de esta técnica de reproducción asistida.

III. La voluntad procreacional y el interés superior de niñas, niños y adolescentes

Para el caso, si ambos padres o madres tienen la intención de ejercer la filiación hasta el momento de su reconocimiento, materializado éste en un acta de nacimiento que la reconozca, no constituirá una complicación tal, como si una de esas dos personas decide —contra derecho— desconocer esa filiación o no ejercerla.

Si una de las dos personas intenta desconocer la relación filial que surge de la voluntad procreacional, en contravención de los derechos de su hijo, el Estado tiene la responsabilidad de actuar en protección del interés superior de ese niño. Por ello, el Estado, velando por el interés superior de niñas, niños y adolescentes, en la filiación no reconocida debe constituir la filiación.

IV. Los límites a la verdad biológica

La Corte ha establecido que ante la ausencia del vínculo biológico es relevante considerar que en el empleo de las técnicas de reproducción

asistida para conformar una familia no es del vínculo biológico del cual surge la filiación, sino de la voluntad de conformar esa familia, materializada ésta en el consentimiento para que la pareja hiciera parte del procedimiento.

La importancia entonces del consentimiento libre en el ejercicio del derecho a decidir de las personas entra en estudio de la Primera Sala de la Suprema Corte en el amparo en revisión 553/2018, acerca de gestación subrogada, en Yucatán.

1. El amparo en revisión 553/2018 y la gestación por sustitución

En el amparo en revisión 553/2018, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió sobre la filiación derivada de la gestación subrogada o por sustitución, en un recurso de revisión que tuvo como origen la negativa del juez de distrito de reconocer el parentesco de una pareja de hombres que consiguieron ser padres producto de una fertilización *in vitro*, con el método para la reproducción asistida denominado gestación subrogada o por sustitución.

La solicitud de amparo tuvo como origen la negativa de la autoridad responsable, la directora del Registro Civil de Yucatán, para inscribir el nacimiento del hijo recién nacido de la pareja, en reconocimiento de la filiación de su hijo y de su derecho a la identidad, con el argumento de que el acto registral que pretendían realizar no está previsto en la ley local.

Destaca en la sentencia de amparo indirecto que el juez de distrito consideró reconocer el derecho a la identidad del recién nacido mediante la orden al Registro Civil de expedir un acta de nacimiento en la que se estableciera su nombre de pila, pero no así la filiación con sus padres, corriendo traslado a las Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia de Yucatán, a fin de emprender las acciones de su competencia; por

lo que, inconformes, los padres presentaron un recurso de revisión, que da origen a la sentencia que aquí se estudia y que fue resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte el 21 de noviembre de 2018.

La Corte resolvió constituir la filiación del recién nacido con sus dos padres, estableciendo que en el empleo de las técnicas de reproducción asistida la filiación surge de la voluntad procreacional expresa mediante consentimiento libre de las partes, no así del vínculo biológico o gestacional con el recién nacido.

La voluntad procreacional, entonces, constituye un límite válido y constitucionalmente protegido al principio de la verdad biológica, pues el derecho debe privilegiar el vínculo que surge de la voluntad de conformar una familia como proyecto de vida (vida privada) en relación con el derecho a conformar una familia (derecho a decidir) y su realidad fáctica.

La dignidad humana como fin último del derecho como cuerpo normativo protector presupone el derecho a la vida privada, a la familia y a la identidad. Por ello, el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente constitutiva de filiación en el derecho mexicano es un presupuesto de la dignidad humana.

V. La voluntad procreacional

Para el establecimiento de la filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ante la ausencia de un vínculo biológico, basta con comprobar la voluntad procreacional para sostener la filiación; dicha voluntad procreacional se prueba con el consentimiento de quien la dio a participar del procedimiento.

La filiación, entonces, surge del consentimiento para ser parte del procedimiento y del proyecto de vida de la persona. Por lo tanto, del reconocimiento de la voluntad mediante el consentimiento para el empleo de

dicha técnica surge la filiación jurídica con el recién nacido y así los derechos familiares alimentarios sucesorios y de cuidado que son deberes de los padres a los hijos.

El reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente constitutiva de filiación en el derecho mexicano es un elemento fundamental para el reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo género con hijos. Cuestión que se hace patente en la resolución del amparo en revisión 852/2017.

1. El amparo en revisión 852/2017 y el reconocimiento de hijos en la comaternidad

En el caso que motivó la sentencia del amparo en revisión 807/2017, dos mujeres en el estado de Aguascalientes solicitaron al Registro Civil de la entidad la expedición de un acta de nacimiento, en reconocimiento de la filiación de la madre no gestante y la hija de ambas, mediante el empleo de la figura del reconocimiento de hijos vigente en el Código Civil del Estado de Aguascalientes, debido a que sólo la madre gestante se encontraba reconocida en la filiación con la hija de ambas.

La autoridad registral negó su petición, así como la procedencia del trámite pretendido, por lo que las madres solicitaron el amparo y la protección de la justicia federal; petición de la que conoció juez de distrito competente en la entidad.

En la resolución de amparo, el juez negó el derecho asegurando que no era dable el reconocimiento. Las madres, inconformes, presentaron un recurso de revisión que, con motivo del ejercicio de la facultad de atracción de la Suprema Corte, se resolvió el 8 de mayo de 2019.

En la resolución del amparo en revisión, la Primera Sala de la Corte estableció que, en efecto, dos mujeres, mediante el reconocimiento de la voluntad procreacional, pueden ejercer la filiación conjunta del hijo

biológico de una de ellas, no obstante que una cuenta con un vínculo biológico y la otra no.

La comaternidad es un modelo de familia constitucionalmente protegido. La Corte estableció el concepto de comaternidad como modelo de familia constitucionalmente protegido con base en sus consideraciones al resolver los amparos en revisión 553/2018 y el 2766/2015.

La familia tradicional está superada. Toda vez que el concepto de familia indubitadamente ha mutado. Esto es que el modelo de familia tradicionalmente protegido se ha reestructurado a partir de la idea de la familia, pues privilegiar el otrora concepto tradicional de familia inflexible, única y heteroparental implicaría conceptualizar roles de género que en la actualidad se encuentran superados.

La voluntad procreacional es determinante para la vinculación jurídica de quien la da, como las consecuencias de derecho de la relación paterno-materno filial.

La voluntad procreacional resulta ser uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial de un niño y para que el cónyuge (o concubino) que la da quedé jurídicamente vinculado a todas las consecuencias de derecho de la relación paterno filial, esto es, para que asuma todas las responsabilidades derivadas de la filiación; pues la voluntad que protege el artículo 4 de la Constitución federal implica el derecho a la identidad y a la familia de la persona afiliada.

1. La comaternidad como modelo de familia constitucionalmente protegido

La Corte reconoce la maternidad como un modelo de familia constitucionalmente protegido, pues aunque se entiende que sólo entre un hombre y una mujer podría haber una reproducción, no implica que no pueda haberla entre dos madres, con el nacimiento del hijo biológico de una de ellas.

La filiación de la comaternidad no es contraria al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Así, también estableció que no existen elementos que de su análisis demuestren que pudiera ser contrario al interés superior de niños, niñas y adolescentes o perjudicial en su formación y desarrollo integral; sólo importa la calidad de la crianza, para la cual el género y la orientación sexual son indiferentes.

Negar la filiación por la orientación sexual es negar a la familia mexicana como realidad social. Por tanto, la Corte establece que negar o privar de derechos a una de las madres bajo criterios diferenciales basados en el género o la orientación sexual para conformar y reconocer uniones familiares implicaría desconocer la realidad fáctica de la familia mexicana como realidad social.

El reconocimiento de hijos es un derecho de la unión familiar, por lo que la filiación doble materna, mediante el reconocimiento de hijos de las familias lesbomaternales, es un derecho de la unión familiar, pues todos los tipos de familia con independencia de su origen o configuración son sujetos de protección constitucional.

Lo que resulta relevante en el ejercicio de las obligaciones materno filiales es que las niñas y los niños se desenvuelvan en un ambiente de amor y comunicación, características en la crianza que son indiferentes al género o a la orientación sexual de quién la realiza, e indiferentes, así también, de la existencia de vínculos genéticos o biológicos entre las personas.

Cuestión que entró al análisis de la Suprema Corte en el amparo en revisión 807/2019, en el que la Primera Sala estudió el interés superior de una niña en la disputa de la custodia entre sus dos madres legalmente reconocidas, la primera, madre gestante de la relación, por el vínculo biológico que le precede a la filiación con su hija, y, por otra parte, por cuanto hace a la madre no gestante, por el reconocimiento de la voluntad procreacional que dio origen al vínculo filial y con ello a las obligaciones materno filiales en relación con su hija.

2. El amparo en revisión 807/2019 y la custodia en la comaternidad

a. Antecedentes del amparo en revisión 807/2019

En el caso, ambas madres con motivo de su divorcio firmaron un convenio de alimentos, guarda, custodia y régimen de visitas y convivencias ante el juez local en Querétaro, mismo que fue ratificado, firme y exigible entre las partes; mediante el acuerdo, la madre no gestante se obligó a cubrir los costos la habitación, manutención y educación de su hija, así como la habitación de la madre gestante en un inmueble pactado por ambas. Lo anterior, con la carga a la madre gestante de no poder cohabitar con una nueva pareja; en caso de hacerlo, la madre no gestante cesaría el pago de la renta del inmueble y la obligación quedaría en manos de la primera.

Sin embargo, la madre gestante decidió unilateralmente abandonar el domicilio de depósito de la custodia y mudarse al municipio de Ecatepec, en Estado de México, y avisar al juez competente en Querétaro una vez que había establecido su domicilio e inscrito a la hija de las partes en una nueva escuela, en la nueva localidad.

Por lo anterior, solicitó al juez que le ordenara a la madre no gestante el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio, pero para cumplirse en Estado de México, al cual, ante el incumplimiento, la madre no gestante solicitó el cambio de custodia en su favor; el juez a su vez ordenó a la madre gestante el cumplimiento del convenio entre las partes bajo advertencia que de no hacerlo decretaría el cambio de custodia en favor de la madre no gestante, lo que finalmente sucedió; inconforme, la madre gestante presentó un recurso de revocación, que no le fue favorable, por lo que presentó un escrito de solicitud de amparo indirecto que confirmó el cambio de custodia en favor de la madre no gestante. Así, la madre gestante, no conforme de la sentencia de amparo, presentó un recurso de revisión que derivó en la sentencia que ahora se analiza.

b. Amparo en revisión 807/2019

En la cuestión presente, la quejosa y recurrente madre gestante solicitó mediante un recurso de revisión del que conoció la Primera Sala de la Corte que se revocara la sentencia de amparo indirecto que confirmó el cambio de custodia de su hija en favor de su contraparte, la tercera interesada, madre no gestante. Toda vez que, consideró, el cambio de custodia fue contrario al interés superior de su hija y a sus derechos como madre, ello, debido a que tanto el juez de distrito como la autoridad responsable original, es decir, el juez local de primera instancia de Querétaro, omitieron que es ella, en su calidad de madre gestante, quien resulta la más apta para ejercer la custodia de su hija, pues es la madre biológica.

Alegó, también, una falta una falta de perspectiva de género en la resolución combatida, pues se dejó de considerar la violencia económica que la madre no gestante ejerció sobre ella; por tanto, solicitó la restitución de la custodia de su hija en su favor, por considerarlo congruente a derecho.

Al respecto, la Suprema Corte realizó un análisis del interés superior de niños, niñas y adolescentes en relación con la comaternidad, la perspectiva de género y la disputa del derecho entre la filiación surgida del vínculo biológico y la que surge de la voluntad procreacional reconocida.

En el caso específico, surge como cuestión planteada la prevalencia del principio de la verdad biológica frente a la voluntad procreacional, por lo que en la sentencia la Suprema Corte hizo un repaso de las bases jurídicas y argumentativas que han dado origen y que hoy sostienen la protección de la familia como realidad social basada en el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente y origen de la filiación en las familias homoparentales, toda vez que la Constitución protege a la familia ente volitivo y no así como un núcleo concatenado de vínculos biológicos protegidos por el Estado.

La Primera Sala recogió los principios establecidos previamente en los amparos en revisión 2766/2015 sobre el derecho a la reproducción asistida; 553/2018, acerca de filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, y 852/2017, sobre comaternidad, y luego de que del análisis del interés superior de niñas, niños y adolescentes se desprendió que la madre no gestante podría brindar condiciones de vida más óptimas para el desarrollo de la niña que la madre no gestante, resolvió confirmar la sentencia de amparo recurrida en la que el juez de distrito determinó el cambio de guarda y custodia en favor de la madre no gestante.

La Corte estableció que para la determinación de la custodia de los hijos de las parejas del mismo género sólo importa la calidad de la crianza que las madres o padres estén en posibilidad de brindar, para la cual el género, la orientación sexual y la existencia de un vínculo biológico con el niño, la niña o adolescente son indiferentes.

VI. La ausencia de voluntad procreacional

La manifestación expresa de la ausencia de voluntad procreacional de la persona que interviene en la reproducción asistida es bastante para su desvinculación de la filiación, no obstante haya participado en la reproducción asistida.

Lo anterior es cuestión relevante tratándose del empleo de complejos métodos para la reproducción asistida, como la gestación subrogada o por sustitución. Pues, como se comentó anteriormente, el reconocimiento de la voluntad procreacional no sólo resulta un presupuesto para el establecimiento de la filiación; *a contrario sensu*, la ausencia de éste como fuente de la filiación es bastante para considerar que no puede filiarse a una persona con el producto de la reproducción asistida, cuando, aunque ésta haya brindado su consentimiento para hacer parte de la reproducción asistida, haya sido expresa su ausencia de voluntad procreacional, como ocurre en el caso de las personas gestantes sustitutas en la relación que se origina de la reproducción asistida compleja.

La participación de la persona gestante sustituta en la reproducción asistida, en relación con la ausencia de voluntad procreacional expresa, frente a la gestación del producto de la reproducción asistida constituye una excepción al principio de *mater semper certa est*.

Si bien la persona gestante sustituta en su intervención en la relación del método para la reproducción asistida denominado gestación por sustitución en principio sería interpretada como madre gestante, de acuerdo con la concepción de su maternidad históricamente reconocida por el derecho bajo el principio latino *mater semper certa est* (la maternidad siempre es conocida), lo cierto es que la ausencia de voluntad procreacional expresa en esa relación la desvincula de la relación filial, prevaleciendo el reconocimiento de la voluntad procreacional como fundamento de la filiación legal protegida por el derecho.

VII. La relación genética y gestacional como vínculos biológicos no filiales

El reconocimiento del consentimiento de las madres o padres como fuente constitutiva de la filiación, voluntad procreacional, también resulta una herramienta que resuelve discusiones aún vigentes en el derecho de familia, como sucede en los casos en los que el vínculo biológico se superpone al vínculo genético con la persona nacida.

Puede haber una persona con un vínculo biológico —gestacional— con el recién nacido que se oponga a la constitución de la filiación legal, en reconocimiento de un vínculo genético —por ejemplo, quien aportó el óvulo—, que a su vez podría oponerse a la constitución de la filiación legal, en reconocimiento de la persona que procuró el nacimiento para atribuírsela, como la ascendiente intencional en la gestación por sustitución —por ejemplo, con motivo de una histerectomía total¹⁹—, quien

¹⁹ "Histerectomía total. Cirugía para extirpar todo el útero, incluso el cuello uterino. También se llama histerectomía completa" (Instituto Nacional del Cáncer, s. f.).

no está en posibilidad de gestar, así como tampoco de aportar sus óvulos, sin embargo, es quien en ejercicio de su derecho a decidir manifiesta su intención de hacer uso de una técnica de reproducción asistida para conseguir su descendencia.

Al respecto, es importante señalar que en la comaternidad suele pensarse que por obligación una de las madres será biológica y la otra carecerá de ese vínculo con su hijo reconocido, sin embargo, es de hacer notar que, con motivo del empleo de las técnicas de reproducción asistida disponibles, como beneficio del progreso científico en las tecnologías reproductivas, existen supuestos de hecho en los que puede existir la presencia de dos madres biológicas, incluso de dos madres de manera simultánea.

Así, una de las madres podría aportar el óvulo y la otra gestarlo; para el caso de ser reconocido por ambas legalmente y con ello tener una filiación reconocida. A esta técnica de reproducción asistida se le conoce como recepción de óvulos de la pareja, o ROPA.

Una mamá, dos mamás, tres mamás

Podría existir el supuesto en el que ante una separación ambas madres constituyen nuevas familias, nuevas parejas con otras mujeres, quienes también ejerzan de hecho la filiación con el menor reconocido, por lo que resulta relevante hacer una distinción entre madre genética y madre gestante.

E. Conclusiones

Durante la última década se han dado pasos importantes hacia la visibilización social y la protección jurídica de las familias homoparentales y lesbomaternales, sin embargo, el camino aún es largo. La protección de estas familias y la regularización de su estatus filial serán sin duda uno de los principales retos próximos en la materia.

Lo anterior se suma al hecho de que muchos de los avances mencionados son precedentes administrativos, que si bien construyen la costumbre local en la interpretación de nuestra legislación civil a favor de las familias que conformamos las personas LGBTI, tendrán que asentarse en el papel para ser definitivas.

Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación mediante la Corte ha garantizado las bases para el desarrollo y protección de la familia, pues se ha pronunciado por el derecho que tenemos a la filiación, es decir, a conformar familias mediante adopción a través del matrimonio y las otrora sociedades de convivencia, y del uso de técnicas de reproducción asistida, lo que implica tener un acta de nacimiento que reconozca nuestro parentesco ya mediante el registro de nacimiento de los recién nacidos, como el reconocimiento y adopción de los ya nacidos, y con ello garantizar que tendremos el derecho a la custodia de nuestros hijos como consecuencia de la patria potestad que deriva de la filiación.

Se tiene como punto de partida la resolución del Pleno de la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 que se pronunció por la constitucionalidad de la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, respecto del acceso al matrimonio y adopción sin distinción de orientación sexual e identidad de género, resolución que condujo a una todavía vigente intensa batalla judicial, emprendida por la sociedad civil organizada desde 2011 en los 32 estados de la federación, mediante la solicitud de la protección y el amparo de la justicia federal contra la negativa de los registros civiles estatales al reconocimiento del derecho al matrimonio.

Lo anterior puso en cuestión el derecho a la adopción para las parejas del mismo género, debido a la objeción del procurador general de la república, y también fue puesta en entredicho con motivo de la 8/2014 acerca de sociedades en convivencia. Resulta evidente que una de las principales objeciones del legislador local para el reconocimiento de las uniones de parejas del mismo género es la de conformar familias. Al respecto, en

ambas sentencias la Corte ha establecido que la reproducción no es la finalidad del matrimonio, así como que la Constitución protege a la familia como realidad social.

En el amparo directo en revisión 2766/2015 la Corte determinó que con base en lo establecido por la Corte IDH en la sentencia *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica* existe un derecho a la reproducción asistida, que encuentra sustento en el artículo 4 de la Constitución Política federal.

En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tiene derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo.

Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos.

Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada (gestación subrogada o por sustitución), también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la mujer gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.

El amparo 553/2018 estableció que la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida como la gestación subrogada es factible de establecerse, a través de las figuras del reconocimiento, o bien de presunción de paternidad o maternidad, sin que para ello sea necesaria

la existencia de un vínculo biológico con el menor, así como que la ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la gestación por sustitución o subrogada, también llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino por su deber de garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender su interés superior.

No obstante, puede ponerse en disputa la custodia de nuestros hijos, y en nuestro caso el mantenimiento de la verdad biológica como fuente constitutiva de filiación frente a la decisión de las parejas del mismo género de conformar familias; puede utilizarse en juicio no sólo en contra de las personas LGBTI por las y los juzgadores, sino también por alguna de las madres (gestonormatividad), como ocurre con el 807/2019, en el que la Corte estableció sobre las bases de los límites a la verdad biológica que aquí se estudiaron que no debe distinguirse para el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, la existencia del vínculo biológico con las hijas y los hijos como elemento de análisis en el juzgador.

La lucha por el reconocimiento de los derechos civiles, sexuales y reproductivos de las personas LGBTI en México es un movimiento por la justicia y equidad social que avanza lentamente, y se consolida sobre las bases de la interpretación constitucional del Poder Judicial de la Federación que impulsa avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, y que debe traducirse en cambios legislativos que armonicen la norma civil con los derechos reconocidos; sin embargo, ello no ha sido prioridad de los congresos estatales maniobrados por los intereses particulares de los partidos políticos que definen el rumbo legislativo en las entidades federativas.

La situación actual impone la necesidad de la memoria colectiva para preservar los derechos conquistados mediante precedentes administrati-

vos, así como de una acción civil estratégica coordinada para consolidar los urgentes pendientes legislativos y de reconocimiento jurídico por atender.

Por ello, y ante la inacción legislativa de los Congresos, las acciones civiles de incidencia jurídica, caso por caso, en una lucha por precedentes ante las autoridades administrativas, con la posibilidad de constituirse como una costumbre jurídica inclusiva en nuestras comunidades, han resultado un medio efectivo para hacer asequible en lo local el ejercicio del derecho.

Sin embargo, debe acompañarse del ejercicio responsable de quienes conforman los poderes judiciales de las entidades federativas del país, a quienes llamamos a la empatía para reconocer y atender los derechos humanos de nuestras poblaciones y comunidades desde una mirada interseccional y con perspectiva de orientación sexual e identidad, expresión de género y características sexuales, para garantizar una justicia inclusiva, que haga uso del derecho como una herramienta transformadora de las condiciones de vida de las familias que conformamos y de nuestra sociedad.

Todas las personas, todas las familias, todas las identidades: todos los derechos. Ni un paso atrás.

Fuentes

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de agosto de 2010.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2015.

Amparo directo en revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2017, Ministra Norma Lucía Piña (Presidenta y Ponente).

Amparo en revisión 615/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de junio de 2014, Ministro Arturo Zaldívar (Ponente).

Amparo en revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de noviembre de 2015.

Amparo en revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019, Ministro Norma Lucía Piña (Ponente).

Amparo en revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018, Ministro José Ramón Cossío (Ponente).

Amparo en revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de julio de 2020, Ministro Jorge Mario Pardo (Ponente).

Ávila, E. (2020), "Veracruz legaliza concubinato sin distinción de género", *El Universal*, disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/estados/veracruz-legaliza-concubinato-sin-distincion-de-genero>.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) (2012), Boletín 388/2012, Asiste Ombudsman capitalino al registro del acta de nacimiento de la pequeña Aimeé, la primera niña en el Distrito Federal y en México de quien se reconocen sus dos madres, 19 de octubre de 2012, disponible en <https://bit.ly/2NaPrap> (última fecha de consulta: 5 de junio de 2018).

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) (2012), "Por primera vez en el DF, dos madres logran registro de nacimiento para su hija biológica", disponible en http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&tid=3018&tid_opcion=334&xop=448.

El Big Data (2015), "Gestonormatividad: el conflicto de poder entre madres lesbianas", 23 de junio, disponible en <https://bit.ly/2uBbHmj>.

Gaceta Oficial de la Ciudad de México (2017), Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la el 24 de octubre, artículo 58, disponible en <https://bit.ly/2KPJlPX>.

Gaceta Oficial del Distrito Federal (2009), Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado el 29 de diciembre, disponible en <https://bit.ly/2uieUYh> (última fecha de consulta: 5 de junio de 2018).

Instituto Nacional del Cáncer (s. f.) "Histerectomía total", disponible en <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/histerectomia-total>.

Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México (2017), disponible en https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVIVENCIA_PARA_LA_CIUADAD_DE_MEXICO.pdf.

Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia del Estado de Campeche (2013), disponible en <http://legislacion.congresocam.gob.mx/index.php/etiquetas-x-materia/349-ley-regulatoria-de-sociedades-civiles-de-convivencia-del-estado-de-campeche>.

Pérez Botero, V. (2013)m "Familias homoparentales logran reconocimiento jurídico de su composición", *Revolución 3.0*, 21 de agosto, disponible en <https://bit.ly/2KTg0UT>.

Ramírez, H. (2013), "Realizan primer matrimonio gay en el estado", Colima Digital, 27 de febrero, disponible en <http://www.colimadigital.com/final/index.php?tn=3&n=4781>.

Tesis P. XXIII/2011, FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES), Tribunal Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV.

Varillas, A (2012), "Legales, bodas gay en Quintana Roo: alcaldesa", *El Universal*, 2 de diciembre, disponible en <https://archivo.eluniversal.com.mx/notas/813357.html>.

**Entre el derecho de los padres a educar
a sus hijos y los derechos de la infancia.
Aportes desde la Suprema Corte
de Justicia de la Nación**

Haydeé Gómez Avilez*

* Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido asistente de investigación en la Cátedra Extraordinaria "Benito Juárez" del Instituto de Investigaciones Jurídicas, El Colegio de México y recientemente en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente se desempeña como analista legal en Intersecta, Organización para la Igualdad.

SUMARIO: A. Introducción; B. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales, religiosas y filosóficas; C. Los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes; I. El interés superior de niñas, niños y adolescentes; II. El derecho de la niñez a la educación; C. La educación sexual, ¿tensión de derechos?; D. Entre el derecho de los padres a educar a sus hijos y los derechos de la infancia. Aportes desde la Suprema Corte; I. La garantía de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva a la luz del derecho a la salud; II. La garantía de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva en relación con los derechos de los padres de educar conforme a la ideología moral y religiosa que estimen adecuada; III. La constitucionalidad de las obligaciones para el ejercicio de la patria potestad; IV. El reconocimiento del derecho de la infancia a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; E. Conclusiones.

A. Introducción

El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones ha estado presente en el debate jurídico contemporáneo, especialmente a partir de la instauración de programas de estudio que incluyen la educación sexual como parte del derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes. No obstante, el alcance y contenido de este derecho ha sido objeto de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que lo han abordado desde distintas perspectivas.

Por un lado, algunos han argumentado que es un derecho cuyo ejercicio le corresponde de forma exclusiva a los padres como parte del ejercicio de su derecho a la libertad de creencias, el cual los faculta para transmitirles a sus hijos el marco ético, moral y religioso acorde con sus propias convicciones. Esta interpretación supondría obligaciones al Estado de reconocer ese marco de enseñanzas y crear las condiciones de neutralidad adecuadas para ejercer ese derecho. Otras corrientes doctrinarias han considerado que este derecho se ejerce por los padres en representación

de sus hijos, pues éstos no cuentan aún con las capacidades cognitivas adecuadas para discernir si la educación que recibirán es acorde con sus propias convicciones.

En este sentido, el debate en torno a este derecho ha cambiado de forma significativa a la luz del reconocimiento jurídico internacional de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, modelo que se ha replicado en el ámbito nacional jurídico mexicano. En términos generales, este reconocimiento ha impuesto límites al ejercicio de la patria potestad y al ejercicio del derecho de los padres a educar a sus hijos en particular, lo que ha supuesto conflictos jurídicos que las cortes han tenido que puntualizar.

Para dar cuenta de la reestructuración de ese debate, este documento analiza en primer lugar las cuestiones referentes al derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales, religiosas y filosóficas, con el fin de delimitar sus interpretaciones, así como su ámbito de aplicación. Para ello, se analizarán estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han estudiado ese derecho en relación con sus disposiciones jurídicas regionales en materia de derechos humanos, lo que puede dar algunas luces de las líneas argumentativas que se han seguido en el ámbito europeo.

En segundo lugar, se indaga la evolución del reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes y de sus mecanismos de protección en los planos internacional y nacional, con el fin de entender las implicaciones del nuevo modelo que reconoce los derechos de la infancia como derechos humanos. De igual modo, se realiza un breve esbozo del concepto de interés superior del menor y la importancia de su aplicación en los casos que involucren a la infancia.

Más adelante, se hace un análisis del derecho a la educación de la niñez y sus objetivos, puesto que este derecho es fundamental al momento de

analizar los alcances del derecho de los padres en materia educativa. En particular, se examina la importancia de la educación sexual como parte del ejercicio del derecho a la educación, y las reacciones de algunos grupos de padres frente a la implementación de estos temas en el ámbito escolar.

Una vez que se han comprendido el contenido y la importancia de su análisis conjunto, se estudian los argumentos utilizados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con estos grupos de derechos, contenidos en la sentencia recaída al amparo en revisión 800/2017 de noviembre de 2017, en la cual se analizan a profundidad las posibles tensiones entre el ejercicio de la patria potestad, los derechos de los padres y los derechos de la niñez en términos de lo dispuesto por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA).

B. El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales, religiosas y filosóficas

El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, por lo que, sin dudas, está plenamente reconocido dentro del parámetro de regularidad constitucional. A pesar de ese reconocimiento, su alcance y contenido han sido objeto de amplias discusiones e interpretaciones.

Por un lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce de manera amplia el derecho preferente de los padres "a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos"; sin embargo, este precepto es amplio y no ofrece un marco de aplicación determinado. Por esta razón, otros tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos,

delimitan este derecho parental a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos acorde con sus propias convicciones.¹

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por otra parte, establece que este derecho de los padres comprende, además de la instrucción religiosa y moral, la libertad de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades, siempre que los centros educativos cumplan con las normas mínimas establecidas por el Estado en materia educativa.²

En el ámbito regional, el Protocolo adicional número 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce ese derecho de los padres a elegir la instrucción que sus hijos e hijas reciban. Souto Galván asegura que en los trabajos preparatorios de este Protocolo se apuntó la necesidad de proteger las libertades de creencias, de conciencia y de religión, tanto de padres como de hijos, frente al autoritarismo y el adoctrinamiento estatal que se vivió en Europa previo a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Souto Galván, 2011, p. 252).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, se ha encargado de interpretar el alcance de este derecho. En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, el Tribunal afirmó que, en términos generales, el reconocimiento de tal derecho es de suma importancia, en la medida en que asegura en la enseñanza pública el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Por tanto, al garantizar un

¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18.4), así como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 12.4) enuncian que los Estados deberán respetar la libertad de los padres "para garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."

² "Artículo 13.3. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

espacio de neutralidad para la convivencia se posibilita el pluralismo educativo,³ propio de toda sociedad democrática (TEDH, 1976, párr. 50).

Algunos debates doctrinarios apuntan a fundamentar este derecho como una extensión del derecho a la libertad de creencias de los padres, pues en ejercicio de éste, los padres tendrían la facultad de transmitir sus convicciones —morales, religiosas y filosóficas— a sus hijos, y el Estado tendría que respetar el tipo de educación que se escoja apegado a estas convicciones (García Vilardell, 2009, p. 347). En esta lógica, al ejercer este derecho en contra de alguna acción estatal en materia educativa se practicaría un tipo de objeción de conciencia frente a la posible transgresión de la libertad de creencias de los padres, así como también la de los hijos.

No obstante, si este derecho deriva de la libertad de creencias, de conciencia y de religión, entonces la protección de las convicciones de los padres no podría comprender sólo el plano religioso o moral, sino cualquier creencia de tipo filosófica, ideológica e incluso pedagógica respecto de la enseñanza a sus hijos. Al respecto, el TEDH en el caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido* resalta que cualquier creencia que ostente un grado de fuerza, coherencia, seriedad e importancia deberá ser considerada como un límite oponible a la actuación estatal (1982, párr. 36).⁴

Otra corriente, en contraste, destaca que la titularidad de este derecho en realidad les corresponde a los hijos como parte del derecho a la educación, un derecho fundamental de los menores. Sin embargo, frente a la incapacidad del infante de ejercer directamente este derecho por su inmadurez mental y física, es ejercido, en cambio, por los padres de manera subsidiaria en representación de los menores, como parte de su deber de cuidado para proteger al infante (García Vilardell, 2009).

³ En México, este espacio de neutralidad es atribuible al carácter laico del Estado que permite el libre ejercicio de todas las libertades sin injerencias estatales arbitrarias. Véase Capdevielle (2011, p. 16).

⁴ En este caso, las peticionarias alegaban que los castigos corporales que recibían sus hijos en la escuela como medida disciplinaria configuraban una injerencia en sus convicciones filosóficas, y por tanto vulneraba su derecho como padre a educarlo de acuerdo con artículo 2 del Protocolo núm. 1.

Más recientemente, algunos académicos consideran que este derecho tiene un carácter mixto que ejercitan tanto los padres como los hijos, pues se trata de un derecho-deber (García Vilardell, 2009, p. 346 y ss.). Como derecho, forma parte del catálogo reconocido en favor de la infancia oponible al Estado, por lo que supondría obligaciones estatales positivas y negativas. Por un lado, supone una obligación negativa al impedir injerencias estatales arbitrarias en las esferas de instrucción parental y de creencias. Por otro lado, involucra una obligación positiva que implica establecer condiciones para respetar las convicciones de los padres en el plano escolar, desde la creación del contenido al que tendrán acceso los infantes (Pezo Castañeda, 2017, p. 6). Como deber, se ejercería por los padres para que los niños fueran protegidos adecuadamente de acuerdo con el interés del menor.

Es posible concluir que el contenido de este derecho ha sido analizado a partir de distintos derechos y libertades, por lo que requiere de una interpretación conjunta. En particular, resulta clara su correlación con los derechos de niñas, niños y adolescentes, puesto que el ejercicio de uno tiene un impacto directo en el otro. En este sentido, su comprensión ha transitado de un derecho absoluto de los padres hacia un contenido que incluye el interés de la niñez para su ejercicio. De ahí que al analizar algún conflicto entre el derecho de los padres y los derechos de la niñez resulta relevante conocer el carácter de los derechos de la infancia, así como sus alcances y principios, para tomar una decisión que los salvaguarde.

C. Los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes

A lo largo del tiempo ha existido un consenso acerca de la protección especial que requieren las niñas, los niños y adolescentes⁵ por parte del

⁵ De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, se considera *niño* o *niña* a la persona que tenga menos de 18 años. En México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que una *niña* o *niño* es aquella persona que tenga menos de 12 años; de los 12 a los

Estado y de sus padres o tutores. Empero, el enfoque de esta protección se ha transformado paulatinamente, en parte gracias al cambio de paradigma que supuso el marco de derechos humanos, el concepto de igualdad sustantiva, y, en consecuencia, la necesidad de compensar los puntos de partida de ciertos grupos en especial situación de vulnerabilidad para que todas las personas ejerzan sus derechos de manera efectiva.

De esta manera, para proteger a la infancia se estableció, en un principio, un modelo denominado *tutelar o paternalista* que consideraba a la niñez objeto de protección, pero no como titular de derechos (Ortega Soriano, 2011, p. 23). Esta noción proteccionista señalaba que, ante la falta de madurez física y mental del infante, éste es incapaz de ejercer sus derechos directamente porque no puede asumir su responsabilidad jurídica (González Contró, 2013; Galicia López, 2016).

Por ende, para protegerles, se imponía a los padres un deber de cuidado para cubrir sus necesidades básicas, confiriéndoles facultades para tomar decisiones por el niño o la niña, sustituyéndolos en el ejercicio de sus derechos (Ortega Soriano, 2011; González Contró, 2015). En específico, frente a la incapacidad de los menores para elegir adecuadamente su educación, o ejercer de forma individual su libertad de creencias, se confiere a los padres ese derecho para ejercerlo hasta que el niño o niña desarrolle tales capacidades cuando cumpla la mayoría de edad.

No obstante, esta concepción paternalista fue disputada por la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas,⁶ que impulsó un *modelo integral o garantista*, introducido recientemente en legislaciones nacionales alrededor del mundo, acorde al marco de derechos humanos desarrollado por la Declaración de Derechos

18 será considerado como *adolescente*. En este documento se utilizarán indistintamente estos términos, además de los de *niñez e infancia*.

⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.

Humanos de 1948. Este cambio de paradigma, contrario al modelo anterior, coloca en el centro del reconocimiento jurídico a niñas, niños y adolescentes, considerándoles titulares de derechos humanos, es decir, de todo el catálogo de derecho reconocido para todas las personas, menores y adultos, además de aquellos que les corresponden por su condición de infante (CIDH, 2002, párr. 54).

En el ámbito nacional, la LGDNNA fue publicada el 4 de diciembre de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*, como un esfuerzo por armonizar los principios y derechos de la Convención con la legislación nacional aplicable, en cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

En esa línea, dicha legislación reconoce preceptos que protegen aún más a la infancia. Por ejemplo, contrario a la Convención, la Ley General contempla explícitamente la autonomía progresiva de la niñez como principio transversal del documento y de los derechos de la infancia. Algunos autores aseguran que este principio es primordial "para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como para la toma de decisiones que les involucre" (Mora López, 2015, p. 142). Por ello, estas incorporaciones legislativas han ayudado no sólo a hacer operativas las obligaciones estatales frente a ese derecho sino, además, a desafiar modelos adultocentristas que conciben a las infancias como inferiores a los adultos (Galicía López, 2016, p. 27).

El modelo integral, además de reestructurar los derechos de la infancia, también replanteó el alcance del derecho de los padres que se ha analizado en este documento. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque lo reconoce en su artículo 5, lo hace en los siguientes términos:

Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre

local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención (ONU, 1989).

Este precepto supone un cambio estructural de la conformación de ese derecho, puesto que, si bien establece que los Estados deben respetar los derechos y deberes de los padres o de su familia ampliada o comunidad —ampliando su titularidad—, éstos deben guiar al infante para que éste ejercite directamente sus propios derechos en virtud de su desarrollo cognitivo, en contraste con los modelos previos que otorgaban a los padres ciertas potestades para que fueran ellos quienes ejercieran los derechos del infante en su representación.

La propia LGDNNA, por su parte, también reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos, aunque también lo hace a partir del modelo integral. Así, el artículo 57 señala que "quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia, tendrán *derecho a intervenir en la educación que habrá de darse a niñas, niños y adolescentes*, en términos de lo previsto por el artículo 103 de esta Ley" (cursivas añadidas). Sin embargo, el artículo 103 establece distintas obligaciones para quienes ejerzan la patria potestad de los menores, instituyendo que el ejercicio de ésta debe realizarse acorde con los preceptos de esa misma ley, es decir, a partir de concebir a los derechos como titulares de derechos.

I. El interés superior de niñas, niños y adolescentes

Además de la autonomía progresiva de la infancia, el interés superior de la niñez también se ha erigido como un principio fundamental para entender los derechos de la infancia como derechos humanos. Este principio supone una limitante al actuar de los padres y del Estado, a través de todas sus autoridades, con el fin de proteger a un infante. Cillero (citado

en Mora López, 2015, p. 54) afirma que constituye una obligación, una prescripción imperativa hacia el Estado para garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, este interés tiene un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo. Se refiere al derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial al evaluar intereses adversos para tomar una decisión, y la garantía de su aplicación cuando se adopte una decisión que afecte a un niño.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. Si una disposición legal puede interpretarse de distintas formas, se elegirá la interpretación que proteja de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Una norma de procedimiento. Cuando se toma una decisión que afecte a un niño, se deberán considerar las posibles repercusiones de la decisión en sus intereses. Esta evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la decisión debe dejar claro en su justificación la utilización de esta norma, así como sus razonamientos (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párr. 6).

En el contexto mexicano, el principio está reconocido en el artículo 4 de la Constitución federal, en los siguientes términos: "En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. [...] Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez".

Al interpretar el alcance de este principio, la Suprema Corte ha sostenido que el término implica "que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" (tesis 1a./J. 25/2012 [9a.], p. 334).

En este orden de ideas, cuando se involucre la limitación de algún derecho de niñas, niños y adolescentes, a la luz de este principio, se debe realizar una valoración holística de éstos, puesto que, como derechos humanos, constituyen un entramado de derechos interdependientes e indivisibles que requieren ser analizados en su conjunto (Mora López, 2015, p. 109). A su vez, deberán tomarse en cuenta los posibles impactos que una decisión pueda tener sobre este conjunto de derechos, pues es necesario protegerlos de forma unificada. No obstante, su aplicación se hará de manera casuística, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

II. El derecho de la niñez a la educación

Como ya se ha visto, los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como su interés superior enmarcan el derecho de los padres a educar a sus hijos, por lo que deben analizarse conjuntamente en caso de conflicto. En particular, el contenido del derecho a la educación de la infancia y sus alcances resultan de suma importancia al momento de tomar una decisión sobre qué derecho debe prevalecer.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene en su artículo 26 que la educación es un derecho universal, gratuito y obligatorio primario. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconoce en sus artículos 13 y 14 en los términos de la Declaración, aunque añade la obligación estatal de fomentar que todas las personas completen su instrucción, y afirma la importancia de las becas para el desarrollo del sistema educativo. Este reconocimiento es de suma importancia para asegurar el máximo desarrollo de los infantes a través del sistema educativo y erradicar las condiciones de exclusión que comienzan a gestarse en los espacios (Cornejo Chávez, 2018, p. 255).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño añade en el artículo 28 que la niñez tiene derecho a acceder a la educación sin discriminación, por lo que el Estado debe fomentar la asistencia a la escuela y

la disminución de la deserción escolar. En su artículo 29 resalta que la educación que reciba el infante deberá estar encaminada a

a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural (ONU, 1989).

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas remarca en su Observación General núm. 1 que la educación que el niño tiene derecho a recibir

es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo. En este contexto la "educación" es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad (Comité de los Derechos del Niño, 2001, párr. 2).

En el sistema jurídico mexicano, el derecho a la educación se estipula en el artículo 3 constitucional, así como en la LGDNNNA. El texto constitucional reconoce como obligatorias la educación inicial, la básica —preescolar,

primaria y secundaria— y la media superior. Al respecto, el Estado priorizará el interés superior de la niñez en el acceso, permanencia y participación en los servicios educativos; además, el artículo menciona que "corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, que además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica".

Como resalta Vázquez (2017, p. 148), la educación básica tiene una relación directa con la formación de la autonomía de los menores, condición necesaria para satisfacer sus necesidades y derechos. Con esta premisa, afirma, sería razonable interferir constitucionalmente en el derecho que les asiste a los padres para educar a sus hijos conforme a sus convicciones para proteger el conjunto de derechos reconocidos para las infancias, pues esta protección posibilita el ejercicio de otros derechos.

C. La educación sexual, ¿tensión de derechos?

Una vez desarrollados los alcances del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones, así como el de los derechos de niñas, niños y adolescentes, particularmente, su derecho a la educación es pertinente mencionar las tensiones que se han suscitado entre ambos a raíz de la implementación de programas educativos obligatorios que incluyen temas de educación sexual.

Recientemente, en algunos países se han incluido en los programas de estudio de primaria y secundaria temas de educación sexual que abarcan, entre otros, la salud sexual, la anatomía de los cuerpos, la reproducción, así como diversidad sexual y sus derechos humanos. Esta inserción se justifica principalmente en el desarrollo integral de la niñez, así como en la erradicación de estereotipos en torno a la sexualidad y el género (Díaz Camarena, 2018, p. 6), acordes con los propósitos de la educación enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las determinaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Sin embargo, en distintas latitudes, la inclusión de la educación sexual en el sistema educativo básico ha sido criticada por distintos sectores de la sociedad que la consideran nociva para las infancias, pues señalan que esa información promueve las relaciones sexuales y los métodos abortivos en la población infantil. Del mismo modo, han considerado que el Estado impone el adoctrinamiento de una ideología de género⁷ por incluir temas de género y diversidad sexual, es decir, de una doctrina que, sostienen, no es objetiva ni científica (Díaz Camarena, 2018, p. 24).

Para frenar este contenido, algunos grupos de padres han propuesto reformas legislativas que condicionen el acceso a la información en materia de salud sexual y reproductiva a la autorización de los padres y personas que ejercen la tutela, en ejercicio del derecho que les asiste a los padres para educar a sus hijos conforme a sus convicciones (Contreras, 2020; Sanmartin, 2020). La propuesta ha sido denominada en algunas latitudes *pin parental*, impulsada en España por el partido conservador Vox y propuesta en México en algunas legislaturas estatales. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha señalado que estas iniciativas a todas luces vulneran el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la LGDNNA (CNDH, 2020).

Ese esfuerzo por limitar el acceso a la educación y a la salud sexual también ha llegado el ámbito judicial. Así, se ha cuestionado la constitucionalidad de las temáticas en las escuelas a partir del alcance del derecho de los padres a educar a sus hijos, al considerar que esos temas educativos atentan contra sus convicciones morales, religiosas y filosóficas.

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estudió la convencionalidad de la educación sexual obligatoria en Dinamarca a la luz

⁷ Se refiere a la "influencia que subvierte los valores [morales tradicionales], porque minimiza la 'diferencia corpórea llamada sexo' a la vez que considera como principal y primaria 'la dimensión estrictamente cultural, llamada género'" (Vaggione, 2012, p. 64).

del derecho de los padres en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*. Los peticionarios alegaban que la educación sexual obligatoria en Dinamarca era contraria a sus convicciones de padres cristianos, y atentaba contra el derecho a educar a sus hijos conforme a esas convicciones.

El Tribunal resolvió que el esquema educativo danés que contempla la educación sexual obligatoria no puede ser restringido, pues forma parte del derecho a la educación del niño, niña o adolescente. En este sentido, sostuvo que siempre que la información que reciba la infancia sea objetiva, crítica y plural, y, por tanto, no tenga por objeto su adoctrinamiento, ésta no podrá ser restringida, incluso si su contenido es contrario a las convicciones personales de los padres, pues su recepción es necesaria para el desarrollo integral del menor (TEDH, 1976, párr. 54).

Frente a la tensión entre el derecho de padres y tutores y el derecho de niñas, niños y adolescentes, este criterio ha prevalecido al interior de este Tribunal e, incluso, sus argumentos han sido replicados en distintas decisiones internacionales y nacionales, como se verá más adelante.

D. Entre el derecho de los padres a educar a sus hijos y los derechos de la infancia. Aportes desde la Suprema Corte

En el ámbito nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estudiado la tensión entre ambos derechos en dos ocasiones,⁸ aunque lo hizo desde otra línea argumentativa que ofrece claridad sobre el alcance de ambos derechos a la luz de los parámetros constitucionales y convencionales analizados en apartados previos.

En el amparo en revisión 800/2017, una madre en representación de su hija promovió una demanda de amparo por considerar que distintos

⁸ En ambas decisiones se utilizaron razonamientos similares para llegar a tal determinación, por lo que únicamente se recupera uno de ellos, véanse los amparos en revisión 800/2017 y 203/2016.

preceptos de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes—y las legislaciones estatales correlativas— vulneraban el interés superior del menor, así como el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales, religiosas y filosóficas, ambos protegidos constitucionalmente.

Entre otros argumentos, se impugnaron disposiciones que, de acuerdo con la quejosa: a) hacen referencia al género y la preferencia sexual de los menores; b) garantizan a los menores el acceso a la salud sexual y reproductiva, así como a la asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva; c) reconocen el derecho de niñas, niños y adolescentes a asociarse y reunirse; d) reconocen que la niñez cuenta con libertad de conciencia, de pensamiento y de religión; e) permiten la esterilización voluntaria de los menores; f) imponen acciones afirmativas para fomentar el empoderamiento de niñas y mujeres adolescentes, discriminando a los niños y adolescentes varones, y g) restringen de forma indebida el ejercicio de la patria potestad con respecto a la intervención de la educación de los hijos.

Para efectos del análisis que aquí compete respecto de los derechos que se analizan en esta reflexión, únicamente se revisarán los argumentos esgrimidos sobre el acceso a la información en materia de salud sexual y reproductiva, la imposición de restricciones indebidas al ejercicio de la patria potestad con respecto a la intervención de la educación de los hijos y el reconocimiento del derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión de la niñez.

I. La garantía de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva a la luz del derecho a la salud

Uno de los argumentos clave de la peticionaria fue que las disposiciones de la LGDNNA que garantizan a los menores el acceso a la salud sexual y reproductiva, así como a la asesoría y orientación sobre salud sexual y

reproductiva, vulneraban indebidamente su interés superior, consagrado en el artículo 4 de la Constitución, así como en diversos tratados internacionales ratificados por México. Afirmó que las normas impugnadas "establecen una anarquía moral, promueven la promiscuidad entre los menores de edad y justifican que se lleven a cabo relaciones no apropiadas para la niñez" (amparo en revisión 800/2017, p. 55).

Para determinar la constitucionalidad de estas normas, la Corte resolvió a partir del contenido del derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes. En esta línea, aseguró que el acceso a la salud sexual y reproductiva, y la información de la que se tienen que allegar, está relacionado con la protección de la salud, la integridad personal, e inclusive la vida de los menores de edad, por lo que forman parte integral del derecho humano del nivel más alto posible a la salud física y mental de los menores. En consecuencia, el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental no podría verse satisfecho si se prescindiera de tales elementos integrales de los servicios de salud (amparo en revisión 800/2017, p. 66).

En concordancia con la Observación General núm. 15 del Comité de los Derechos del Niño, la Corte afirma que el derecho de la infancia a la salud abarca una serie de derechos a medida que aumentan la capacidad y la madurez, como el derecho a controlar su propia salud y cuerpo. Así, para ejercerlos de manera efectiva, los niños necesitan información y educación sobre cada ámbito de la salud, incluido el sexual, para poder tomar decisiones en relación con su estilo de vida y el acceso a los servicios sanitarios (amparo en revisión 800/2017, p. 58).

No obstante, la Corte sustenta que ese derecho debe ejercerse por los menores de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentren, es decir, a medida que aumentan su capacidad y madurez. Por ende, el grado de acceso a los insumos de salud y a la información respectiva dependerá de la etapa de la niñez en que esté el menor de edad (amparo en revisión 800/2017, p. 63).

Como puede observarse, el acceso a la salud sexual y reproductiva, así como a la asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva, forman parte del núcleo mínimo del derecho a la salud, pues sin el acceso adecuado a esta información la niñez no podría tomar decisiones acordes a su estilo de vida. No obstante, la Corte asegura que el acceso a esta información será limitado en función de su propio desarrollo. Por tanto, la niña o niño menor de 12 años recibirá información distinta en este ámbito que aquella que reciba un adolescente.

II. La garantía de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva en relación con los derechos de los padres de educar conforme a la ideología moral y religiosa que estimen adecuada

Por otra parte, el Tribunal Supremo estudió los mismos preceptos que garantizan a los menores el acceso a salud sexual y reproductiva en relación con el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, morales y filosóficas, puesto que la peticionaria sustentó que esas disposiciones transgredían injustificadamente tal prerrogativa.

Para tal efecto, la Corte determinó que la norma impugnada no niega los derechos de los padres para educar e instruir a sus hijos, ni pretende desplegar la función educadora de la familia. Por el contrario, la Ley General reconoce expresamente esos derechos parentales e impone obligaciones a las autoridades para llevar a cabo su función. En consecuencia, la norma no impide que los padres impartan la información y educación sexual que estimen conducentes, considerando los valores y principios familiares, así como la edad del menor y su madurez, atendiéndose en todo momento al interés superior del niño (amparo en revisión 800/2017, p. 72).

En este sentido, la Corte aseguró que los derechos de las infancias no deben ser entendidos como una fuente de impedimento para que los padres puedan educar y orientar a los menores de edad en un marco ético, moral o espiritual que permita el pleno y armonioso desarrollo de su

personalidad y que los oriente para prevenir que se susciten actos que resulten nocivos para su integridad; sin embargo, resaltó que la función parental debe atender en todo momento el interés superior del menor y los derechos humanos que les reconoce el parámetro de regularidad constitucional, a fin de garantizar el desarrollo holístico del niño (amparo en revisión 800/2017, p. 72).

De igual modo, el Estado no es susceptible de sustituir la función protectora y orientativa de los padres de familia con respecto a la salud y el desarrollo de los menores, sino que tanto padres como autoridades tienen funciones distintas y complementarias que resultan necesarias para la protección holística de niñas, niños y adolescentes (amparo en revisión 800/2017, p. 76).

En este apartado, la Corte arroja elementos de suma importancia para comprender el alcance del derecho de los padres a educar a sus hijos. Asegura que la Ley General que se impugnó reconoce explícitamente el papel fundamental de la familia para formar e instruir a las infancias y el derecho que les asiste a los padres para educar a sus hijos. Además, reconoce la diferencia de las facultades entre el Estado y los padres en materia de protección de los derechos de las infancias. Como resultado, precisamente los derechos de la niñez y su interés superior constituyen una directriz primordial que deberá guiar el ejercicio del derecho de los padres para otorgarles la información con respecto a la salud sexual.

III. La constitucionalidad de las obligaciones para el ejercicio de la patria potestad

Por otro lado, la Corte analizó si las obligaciones enumeradas en la norma impugnada restringen indebidamente el derecho a ejercer la patria potestad sobre los menores de edad. La peticionaria sostuvo que la inconstitucionalidad de la norma porque imponía la obligación de llevar a cabo la función parental "de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley

y demás disposiciones aplicables". No obstante, a su juicio, la Ley General impugnada tiene un contenido pernicioso para los menores de edad, en tanto hace referencia a cuestiones relativas a la preferencia sexual y al género, y al regular lo concerniente a la educación y orientación sexual de los menores (amparo en revisión 800/2017, pp. 73 y 74).

Al respecto, la Corte sostuvo que es constitucionalmente razonable —e incluso, exigible— que el ejercicio de la patria potestad se encuentre constreñido a la observancia de los principios jurídicos que están encaminados a la protección holística de los menores (amparo en revisión 800/2017, p. 80). En este orden de ideas, el Estado mexicano debe asegurarse de que ninguna acción o medida adoptada con respecto a la infancia transgreda los derechos reconocidos a los niños y adolescentes bajo su jurisdicción, de acuerdo con el interés superior (amparo en revisión 800/2017, pp. 73 y 74).

De lo contrario, se atentaría contra la dignidad y seguridad de los menores de edad, sin que el Estado haga algo al respecto, lo cual resultaría contradictorio al derecho fundamental que tienen los niños de ser protegidos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, así como contra la intimidación y los tratos degradantes. En consecuencia, no sería aceptable que el ejercicio de la patria potestad estuviese exento de límites jurídicos o que no se constriñera al cumplimiento de los deberes requeridos para el correcto desarrollo del menor, pues se vulneraría su dignidad y seguridad (amparo en revisión 800/2017, p. 76).

Finalmente, la Corte resalta que la patria potestad no se configura meramente como un derecho de los padres, sino como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de éstos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor.

Así pues, los valores que se inculcan en el proceso educativo no deben socavar, sino consolidar los esfuerzos destinados a promover el disfrute de otros derechos. En esto se incluyen no sólo los elementos integrantes del plan de estudios, sino también los procesos de enseñanza, los métodos pedagógicos y el marco en el que se imparte la educación, ya sea en el hogar, en la escuela u otros ámbitos. De ahí que las relaciones paternofiliales requieren que se parta de dos ideas fundamentales: la protección del menor y el reconocimiento de los niños como titulares de derechos (amparo en revisión 800/2017, p. 77).

De nueva cuenta, la Corte ofrece parámetros de interpretación sumamente clarificadores sobre el reconocimiento de estos derechos en favor de los padres, en especial sobre los límites en su ejercicio. Al respecto, sostuvo que el hecho de que la patria potestad esté limitada a las normas es constitucionalmente razonable y exigible para proteger de manera holística la niñez. De no tener restricción alguna, el Estado estaría condonando actos que podrían ir contra la integridad personal de la infancia.

IV. El reconocimiento del derecho de la infancia a la libertad de pensamiento, conciencia y religión

Finalmente, la Corte analizó la constitucionalidad de reconocimiento del derecho a las libertades de pensamiento, conciencia y de religión de niñas, niños y adolescentes. La peticionaria sostuvo en su demanda que era inadecuado tratar al infante como si fuera un adulto, ya que la conciencia, el pensamiento y la religión se inculcan gradualmente por los padres a lo largo del tiempo. Como resultado, si se reconociera que el infante cuenta con autonomía plena en estos términos, ya no tendría lugar ni cabida la orientación, y toda formación, enseñanza o corrección podría estimarse como arbitraria (amparo en revisión 800/2017, pp. 81 y 82)

Al respecto, la Corte estimó que el hecho de que los menores de edad tengan derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión no

impide el ejercicio de la función educadora y orientadora que deben proporcionar los padres y quienes ejerzan el cuidado de los menores. Así, reiteró que los padres son el conducto fundamental por el que la infancia puede ejercer sus derechos, por lo que se ha reconocido que tienen la responsabilidad de promover su desarrollo y bienestar. A medida que el infante crece, en consecuencia, los padres deben propiciar entornos que le auxilien a progresar, explorar sus nuevas identidades, creencias y oportunidades hacia la edad adulta (amparo en revisión 800/2017, p. 84).

En este sentido, la evolución progresiva de las facultades de los menores debe entenderse como un principio habilitador, por lo que las expresiones, creencias y pensamientos de los menores de edad deberán ser tomados en cuenta por los progenitores en función de la edad y madurez del niño. Es decir, la evolución progresiva de las facultades de los menores debe conllevar un creciente ejercicio de sus derechos y responsabilidades, aparejado con la guía, orientación e instrucción que los padres y otros cuidadores le brinden a ese respecto. Esa guía parental es la que permitirá no sólo que los niños asimilen los valores morales, religiosos o espirituales inculcados por sus padres, sino que, de acuerdo con su evolución facultativa, puedan verdaderamente entenderlos, adoptarlos y llevarlos a la práctica para desarrollar su propio proyecto de vida y elevar su existencia conforme a su propia cosmovisión (amparo en revisión 800/2017, p. 88).

Como vemos, la Suprema Corte realiza un análisis del derecho de los padres a educar a sus hijos a la luz de los derechos de la infancia reconocidos en el parámetro de regularidad constitucional, particularmente, a partir de la evolución progresiva de las facultades de las infancias. En este sentido, reafirma que el entramado de derechos de niñas, niños y adolescentes no puede analizarse de manera aislada, ni supone un límite irrestricto al derecho de los padres, pues es su facultad y deber impulsar el ejercicio de las prerrogativas en función de la edad y madurez del niño. Por ende, el ejercicio de ambos grupos de derechos debe realizarse de manera conjunta, siempre en función del interés del menor.

E. Conclusiones

El derecho de los padres se encuentra plenamente reconocido en el ordenamiento jurídico mexicano, ya sea a través de las leyes secundarias o de los instrumentos internacionales que se han analizado. A pesar de las discusiones al respecto, la posición mayoritaria, alojada principalmente en el ámbito europeo, fundamenta este derecho a partir del ejercicio de la libertad de creencias de los padres. Por tanto, los padres o quienes ejercen la patria potestad tienen la facultad de instruir a sus hijos acorde con sus convicciones, ya sean de carácter religioso, moral o filosófico.

En este orden de ideas, su contenido y alcance han cambiado en la medida en que se ha reconocido paulatinamente a las infancias como titulares de derechos humanos, a partir de un modelo integral. Esto no sólo ha significado el desplazamiento del adultocentrismo cuando se abordan temas de la niñez, sino que también ha permitido implementar principios para protegerlos de manera óptima.

Así, tanto el interés superior del menor como el principio de autonomía progresiva deben considerarse como principios rectores que rijan las decisiones o acciones que involucren a la infancia, pues resulta primordial para el ejercicio efectivo de sus derechos y libertades. En este sentido, ambos principios constituyen límites al actuar de los padres, pues deberán dirigir en todo momento sus actos.

En particular, es importante reconocer el alcance del derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, puesto que también enmarca el derecho de los padres a educar a sus hijos. Al respecto, resulta clarificador la interpretación del Comité de los Derechos del Niño, que asegura que la educación es más que la instrucción en el ámbito escolar; abarca experiencias y procesos de aprendizaje que permiten a la niñez desarrollar su personalidad y aptitudes para llevar una vida plena.

De esta manera, en conexión con el precepto 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que la educación "deberá estar encaminada a la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades", en el nivel básico se han implementado planes de estudios obligatorios que incluyen la educación sexual. Esto ha provocado reacciones de grupos de padres que no concuerdan con esa decisión y han planteado iniciativas para eliminar tales temáticas en las escuelas, con el argumento de que transgreden el derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones.

La Suprema Corte ha ofrecido directrices claras para resolver las tensiones entre los derechos de la infancia y el derecho de los padres. Respecto del acceso a la salud sexual y reproductiva, así como a la información sobre educación sexual, sostuvo que forman parte del núcleo esencial del derecho a la salud, por lo que si se limitara el acceso a esa información e insumos, se vulneraría el derecho de la niñez al nivel más alto posible a la salud física y mental.

La Corte aclaró que lo anterior no significa que se nieguen los derechos de los padres a educar a sus hijos, ni se pretende desplegar una función educadora que impida a los padres ejercer su derecho y que ofrezcan la información en materia de educación sexual que estimen conducente, pero no podría significar que impide el acceso a esos recursos con base en las prerrogativas reconocidas en favor de los padres.

Asimismo, sostuvo que el hecho de que la patria potestad esté constreñida a la observancia de la ley no implica una injerencia arbitraria en el derecho a educar e instruir, pues el Estado debe asegurarse de que la niñez sea protegida de manera holística. De no tener restricción alguna, el Estado estaría condonando actos que podrían ir contra su dignidad e integridad personal. Además, la patria potestad no es sólo un derecho de los padres, sino una función en beneficio de la niñez para que sea protegida de manera integral.

Finalmente, aseguró que el reconocimiento de los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes no impide el ejercicio de la función educadora, sino que supone que ésta se realizará de acuerdo con la evolución progresiva de las facultades de los menores. Por ende, los padres les brindarán instrucción y asistencia para que, en función de su edad y madurez, la infancia pueda ejercer sus derechos, a partir de la instrucción que les brinden.

Es posible concluir que la resolución de la Corte establece criterios interpretativos que dilucidan el debate contemporáneo sobre el alcance de los derechos de los padres sobre sus hijos, sobre todo en materia de educación. De igual modo, la comprensión de estos criterios resulta sumamente importante frente a las iniciativas de reforma que pretenden instaurar límites al acceso a la información de la niñez en materia de educación sexual, lo cual, de acuerdo con los criterios de la Corte, es contrario al parámetro de regularidad constitucional.

Fuentes

Libros

Capdevielle, P. (2011), "Laicidad y libertad de conciencia", en Salazar Ugarte P. y Capdevielle P. (coords.), *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Contreras, C. (2020), "El 'pin parental', peligro de retroceso educativo", *La Jornada*, 12 de julio de 2020.

Cornejo Chávez, L. (2018), "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., y Flores Pantoja, R. (eds.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Colección Constitución

y Derechos, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Díaz Camarena, A. J. (2018) "Laicidad y educación sexual," en Salazar Ugarte P. y Capdevielle P. (coords.), *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Galicia López, M. A. (2016), *Una mirada a los derechos de las niñas y los niños: su resignificación*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

García Vilardell, M. R. (2009), "La libertad de creencias del menor y las potestades educativas paternas: la cuestión del derecho de los padres a la formación religiosa y moral de sus hijos", *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 66, núm. 166, pp. 325-351.

González Contró, M. (2013), "Derechos de niñas, niños y adolescentes", en Caballero Ocha, J. L., Steiner, C., y Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (eds.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, pp. 641-666, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Konrad Adenauer.

González Contró, M. (2015), *Derechos de los niños y las niñas. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Mora López, D. (2015), *Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

Ortega Soriano, R. A. (2011), *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Pezo Castañeda, E. (2017), "El derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación de acuerdo a sus convicciones y la educación básica", *Derecho y Cambio Social*, núm. 48, pp. 1-16.

Sanmartin, O. (2020) "Qué es el pin parental, la herramienta para que los padres puedan vetar contenidos en las aulas", *El Mundo*, 19 de febrero de 2020, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2020/01/20/5e257c8ffc6c83085c8b458a.html>

Souto Galván, B. (2011), "El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 17, núm. 1, pp. 245-268.

Vaggione, J. M. (2012), "La 'cultura de la vida': desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos", *Religião & Sociedade*, vol. 32, núm. 2, pp. 57-80.

Vázquez, R. (2017), "Derechos de la niñez: educación laica y vida en familia", en Capdevielle, P. (ed.) *Nuevos retos y perspectivas de la laicidad*, pp. 143-162, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Ley General de Los Derechos De Niñas, Niños y Adolescentes (2017).

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, Semanario *Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, diciembre de 2012, t. 1.

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo en revisión 203/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Pérez Dayán, 29 de noviembre de 2016.

Amparo en revisión 800/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Pérez Dayán, 29 de noviembre de 2017.

Tratados internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1976)

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1989), Convención sobre los Derechos del Niño.

Protocolo adicional número 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1952).

Resoluciones de organismos internacionales

Comité de los Derechos del Niño (2001), Observación General No. 1 Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación.

Comité de los Derechos del Niño (2013), Observación general No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2002), Condición jurídica y derechos humanos del niño, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, serie A, no. 17.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (1976), caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, petición núm. 5095/71, 7 de diciembre de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982), caso Campbell y Cosans vs Reino Unido, petición núm. 7511/76, 25 de febrero de 1982.

Más que palabras: el impacto de la redacción en el acceso a la seguridad social en las parejas del mismo sexo

Carla Luisa Escoffié Duarte*

* Titular del Centro de Derechos Humanos de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma de Yucatán y la maestría en Derechos Humanos y Democratización en la Universidad Externado de Colombia.

SUMARIO: A. Introducción; I. Amparo en revisión 485/2013 (caso Pareja de Puebla); II. Amparo en revisión 710/2016 (caso Hernández Oliva); III. Amparo en revisión 750/2018 (caso Rojas Flores); IV. Acción de inconstitucionalidad 40/2018; B. Reflexiones sobre el papel de la seguridad social en materia de desigualdad de la población LGBT; C. Conclusiones.

A. Introducción

What is known is that by employing the sex criterion, identically situated persons are treated differently. [...] Sex like race has been made the basis for unjustified or at least unproved assumptions, concerning an individual's potential to perform or to contribute to society.

Ruth Bader Ginsburg (1973)

¿Es lo mismo decir "los ministros de la Suprema Corte" que "los ministros y las ministras de la Suprema Corte"? El papel del lenguaje en el andamiaje de la discriminación ha sido un asunto de amplio debate público, sobre todo en las últimas décadas. Pero si existe un espacio en el que resulta difícil sostener la indiferencia de este debate es en el derecho, para el cual importa qué palabras se eligen sobre otras.

Como ha señalado Judith Butler, existimos lingüísticamente no sólo porque somos reconocidos sino porque, en un sentido anterior, somos re-

conocibles.¹ Cuando el derecho regula no sólo prescribe conductas de una determinada materia —títulos de crédito, uso de drones o juicios de arrendamiento—, sino que silenciosamente prescribe qué debemos dar por sentado del contexto social en el cual se entrega un cheque, se vuela un dron o se realiza el desalojo de un inquilino.

La capacidad performativa del lenguaje descrita por John Langshaw Austin (1971) ya ha sido reconocida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al analizar el papel que tienen las normas para transmitir significados sociales discriminatorios independientemente de la intención del legislador.² El lenguaje que utiliza el derecho no es neutral. Cuando en los procesos legislativos se asume que determinados grupos ocupan un papel innato en nuestra sociedad, la norma que aprueba es producto de ese imaginario y a su vez instrumento para perpetuarlo.

Este fenómeno se ve con claridad en los distintos casos que ha resuelto la SCJN relacionados con la inconstitucionalidad de diversas disposiciones en materia de seguridad social, por hacer una clara distinción entre los roles sociales de hombres y mujeres. Al asumir que la fuerza laboral estaba intrínsecamente relacionada con los hombres y que las mujeres eran dependientes económicos, el Poder Legislativo federal sembró obstáculos con los que se han tenido que enfrentar mujeres trabajadoras o sus parejas.

Por ejemplo, al resolver el amparo en revisión 395/2007, la Primera Sala de la SCJN determinó que el artículo 152 de la Ley del Seguro Social

¹ "Es sabido que al emplear un criterio basado en el sexo, personas en situaciones idénticas son tratadas de forma diferente. [...] El sexo, como la raza, ha sido la base para asunciones injustificadas o al menos no comprobadas acerca del potencial personal para desenvolverse o para contribuir a la sociedad" (Butler, 1997, pp. 21 y 22) (traducción propia).

² "En ese entendido, las leyes —acciones por parte del Estado— no sólo regulan conductas, sino que también transmiten mensajes que dan coherencia a los contenidos normativos que establecen; es decir, las leyes no regulan la conducta humana en un vacío de neutralidad, sino que lo hacen para transmitir una evaluación oficial sobre un estado de cosas, un juicio democrático sobre una cuestión de interés general. Por tanto, es posible suponer que, en ciertos supuestos, el Estado toma posición sobre determinados temas; el presupuesto inicial es que las palabras contienen significados y que el lenguaje es performativo" (acción de inconstitucionalidad 8/2014, pp. 36 y 37).

violaba el artículo 4 constitucional —en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres—, por exigir que los hombres que deseen acceder a la pensión de viudez acrediten tener una discapacidad permanente y haber sido dependientes económicos de la trabajadora. Así, en distintas ocasiones³ la SCJN determinó que la gran paradoja del régimen de seguridad social mexicano —cuyo objetivo principal es apalejar la desigualdad social— se sostenía de una legislación producto y fuente de un discurso discriminatorio basado en los roles de género históricamente asignados a los hombres y a las mujeres.

Pero no fue hasta 2014 que la SCJN inició una línea jurisprudencial en la cual desarrolló que la redacción de la legislación en materia de seguridad social no sólo hacía una distinción injustificada entre hombres y mujeres, sino también entre las parejas compuestas por dos personas del mismo sexo y aquellas compuestas por un hombre y una mujer. Una misma redacción aparentemente neutral puede tener efectos discriminatorios para más de un grupo. Parafraseando a Ruth Bader Ginsburg, citada en el epígrafe de este texto, estos casos fueron oportunidades para abordar la tesis de que la orientación sexual, al igual que el sexo y la raza, ha sido la base para asunciones injustificadas o al menos no comprobadas acerca del potencial personal para desenvolverse o para contribuir a la sociedad.

En el presente trabajo haré un breve análisis de cuatro sentencias que han marcado la línea jurisprudencial desarrollada por la SCJN en materia de discriminación legislativa hacia parejas de la comunidad LGBT+⁴ en el acceso a los derechos de seguridad social. Estos fallos son los correspondientes a los amparos en revisión 485/2013 (caso *Pareja de Puebla*), 710/2016 (caso *Hernández Oliva*), 750/2018 (caso *Rojas Flores*) y a la ac-

³ Véanse, por ejemplo, amparo en revisión 824/2011; amparo en revisión 276/2013; amparo en revisión 56/2016; amparo en revisión 304/2017; amparo en revisión 310/2017; amparo en revisión 676/2017; amparo en revisión 447/2018; amparo directo 9/2018.

⁴ Lesbiana, gay, bisexual, transgénero y otras orientaciones o identidades de género.

ción de inconstitucionalidad 40/2018.⁵ En estas cuatro ocasiones se abordó la inconstitucionalidad de normas en materia de seguridad social que al ser diseñadas en el entendido de que el trabajador siempre sería hombre y que la pareja de éste sería siempre una persona del sexo opuesto, excluyó a parejas no heteronormativas.

Como aclaración preliminar debo advertir que no son sentencias propiamente de derechos de seguridad social para personas LGBT+, más bien, como será desarrollado, son sentencias sobre el acceso en condiciones de no discriminación a la seguridad social, dado que se centran en discriminaciones legislativas.

I. Amparo en revisión 485/2013 (caso *Pareja de Puebla*)

En este caso, la Segunda Sala de la SCJN debía resolver si el artículo 84.III de la Ley del Seguro Social⁶ hacía una distinción implícita con base en la orientación sexual de las personas, que se traducía en una exclusión arbitraria y discriminatoria de las parejas compuestas por personas del mismo sexo para acceder al seguro de enfermedades y maternidad cuando una de ellas es derechohabiente y pretende que su pareja ingrese como beneficiaria (amparo en revisión 485/2013, p. 28).

Los hechos del caso se relacionan con un trabajador de Puebla que trató de afiliarse a su cónyuge al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para

⁵ Para efectos pedagógicos, considero útil nombrar los casos de forma alternativa a su número de expediente. Si bien no es un método muy ortodoxo, para escritos en los que se analiza más de una sentencia facilita la lectura y evita que el autor y el lector se pierdan entre la numeralía. Además, sobre todo en casos en que es conocido el nombre de las personas demandantes, ayuda a recordar que detrás de las sentencias con las que se hace el ejercicio académico hay experiencias, vivencias y personas que pusieron sus expectativas en el Poder Judicial de la Federación.

⁶ Dicha legislación señalaba, en lo conducente: "Artículo 84. Quedan amparados por este seguro: [...] III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección. Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior; [...]"

acceder al seguro de enfermedades, y en mayo y junio de 2012 recibió negativas por parte del titular de la Jefatura de Afiliación y Cobranza del Instituto Mexicano del Seguro Social en la delegación de su estado (amparo en revisión 485/2013, p. 3). Por desgracia, su esposo falleció poco tiempo después, en septiembre de 2012 (amparo en revisión 485/2013, p. 3).

A primera vista, no faltaría quienes señalaran que no era el caso más indicado para iniciar una línea jurisprudencial. Podría considerarse, como en su momento señaló el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Sexto Circuito,⁷ que no tendría ningún "fin práctico" conceder el amparo por la negativa cuando la persona que se pretendía fuera reconocida como derechohabiente ya había fallecido. Justamente lo que hace interesante esta sentencia es tanto la valoración que la Segunda Sala hace de la norma demandada como el alcance que le otorga a los efectos del amparo.

Es importante recordar el contexto en el que se resuelve el caso. Para ese entonces, la SCJN ya se había pronunciado sobre el derecho al denominado "matrimonio igualitario". Este reconocimiento se dio en dos etapas jurisprudenciales, tal como describe la sentencia del caso *Pareja de Puebla*. En la primera etapa, el Máximo Tribunal reconoció que no existía ningún impedimento constitucional para que una entidad federativa decidiese reconocerle el derecho a contraer matrimonio a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo —es decir, reconoció el matrimonio igualitario como una facultad potestativa— (amparo en revisión 485/2013, pp. 24).⁸ En una segunda etapa, la SCJN concluyó que no sólo no existía

⁷ "Luego entonces si en el caso el acto reclamado se hace consistir en la negativa por parte del Titular de la Jefatura de Afiliación y Cobranza del Instituto Mexicano del Seguro Social Delegación Puebla, de afiliar a dicho instituto a ***** como cónyuge del hoy quejoso, con base en el artículo tildado inconstitucional y si en el caso el citado ***** , falleció el cinco de septiembre de dos mil doce, como se advierte del acta de defunción descrita en líneas precedentes; ello justifica la causa de improcedencia en comento.

Se dice lo anterior en virtud que al fallecer la persona indicada la materia del presente juicio de amparo dejó de existir, pues por tal circunstancia no conduciría a ningún fin práctico establecer si en el caso era procedente afiliar a ***** como cónyuge del hoy quejoso al Instituto Mexicano del Seguro Social, en virtud del deceso de la citada persona" (amparo en revisión 485/2013, p. 3).

⁸ El análisis de la constitucionalidad de ampliar el acceso al matrimonio a las parejas de dos perso-

dicho impedimento, sino que es inconstitucional que una entidad federativa no permita la celebración de un matrimonio a dos personas del mismo sexo —es decir, el matrimonio igualitario como una facultad de ejercicio obligatorio— (amparo en revisión 485/2013, pp. 24 y 25).⁹

En este sentido, el caso llegó a la SCJN, que ya había tomado una postura sobre la discriminación de las parejas diversas. No parecía complicado esperar que la Segunda Sala declarase inconstitucional el artículo 84.III de la Ley del Seguro Social: el asunto iba ya con las piezas —precedentes— dispuestas. Era cuestión de unir las.

Como ya había hecho en casos posteriores, la Segunda Sala sometió la norma demandada a un escrutinio estricto debido a que se sostenía de una categoría sospechosa —la orientación sexual y la composición de la familia—, de conformidad con el artículo 1 constitucional (amparo en revisión 485/2013, pp. 28, 29 y 30). Así, recordó que las normas basadas en categorías sospechosas sufren de una "presunción de inconstitucionalidad", que si bien no es invencible, deposita una muy pesada carga argumentativa para justificar su constitucionalidad (amparo en revisión 485/2013, p. 30).

La Segunda Sala de la SCJN concluyó que el artículo 84.III de la Ley del Seguro Social hace una distinción implícita con base en la orientación sexual para permitir a unas parejas el acceso al seguro de enfermedades y maternidad del régimen del seguro social e impedírsele a otras (amparo en revisión 485/2013, p. 31). Con esta distinción, la norma demandada estaría contemplando un modelo de familia en específico —la compuesta por un hombre y una mujer—, cuando la Constitución federal ordena

nas del mismo sexo fue el enfoque con el que se resolvió la acción de inconstitucionalidad 2/2010.

⁹ El análisis de la inconstitucionalidad de la prohibición de celebrar matrimonios entre parejas de dos personas del mismo sexo fue el enfoque con el que se resolvió el amparo en revisión 581/2012 y los casos posteriores, hasta llegar a los últimos en la materia. Véanse amparo en revisión 581/2012; amparo en revisión 263/2014.

una protección a la familia "como una realidad social" independientemente de su composición (amparo en revisión 485/2013, pág. 32).

Retomando los criterios establecidos en el amparo en revisión 457/2012, en el cual había señalado que el derecho a casarse implica el acceso a otros derechos derivados (amparo en revisión 485/2013, p. 32), la Segunda Sala consideró que negarle a las parejas del mismo sexo el acceso a los mismos beneficios tangibles e intangibles "implica tratar a los homosexuales como si fueran 'ciudadanos de segunda clase'" (amparo en revisión 485/2013, p. 34). Así, concluyó que el artículo 84.III de la Ley del Seguro Social era inconstitucional "leído en su literalidad" (amparo en revisión 485/2013, p. 35).

No obstante, la sentencia dio un giro inesperado cuando concluyó que la norma, ya considerada discriminatoria, podía solucionarse mediante una interpretación conforme "al tenor de otras disposiciones contenidas en la Ley del Seguro Social" (amparo en revisión 485/2013, p. 35). En esta lógica, la redacción en la definición que dicha legislación daba al concepto de "beneficiarios"¹⁰ permitía una lectura "ambigua" en cuanto al sexo que tendría "el cónyuge del asegurado o pensionado" (amparo en revisión 485/2013, pp. 35 y 36). Así, la Segunda Sala concluyó que, en virtud del principio pro persona establecido en el artículo 1 constitucional, el artículo 84.III de la Ley del Seguro Social debe interpretarse y aplicarse "no en su texto literal, sino en el sentido de permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad" al cónyuge o concubino de la persona asegurada (amparo en revisión 485/2013, pág. 36).

Esta interpretación resulta por demás problemática, al considerar que una norma manifiestamente discriminatoria —dado que sólo contempla

¹⁰ "artículo 5 a. para los efectos de esta ley, se entiende por: [...] xii. beneficiarios: el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalados en la ley; [...]" (Ley del Seguro Social).

una composición específica de parejas— no podría admitir una salvaguarda de este tipo, porque equivale a considerar que "en principio" esa distinción es acertada. Se verá que en los siguientes casos la Segunda Sala terminó reconociendo el error y modificó su aproximación.

A pesar de esta crítica, hay aspectos de la sentencia a los que hay que hacerles justicia. Quizá uno de los más destacados es que demuestra una lectura muy generosa de los alcances que debe perseguir el juicio de amparo para la restitución de los derechos. La Segunda Sala no compartió el criterio del Tribunal Colegiado de origen y reconoció que a pesar de que la pareja de la persona quejosa había fallecido, no impedía conceder el amparo para efectos de que "en un futuro no se le vuelva aplicar la citada disposición bajo la interpretación restrictiva que hizo el Instituto Mexicano del Seguro Social", así como para que se reconozca con efectos retroactivos la inscripción de su difunta pareja en el régimen de enfermedades "a efecto de salvaguardar las acciones conducentes que estime conveniente iniciar el quejoso" (amparo en revisión 485/2013, p. 37). Este criterio deja la puerta abierta a una comprensión más amplia de la protección constitucional de derechos, destinada no sólo a garantizar el cese de la violación actual sino la garantía de la no repetición del acto.

II. Amparo en revisión 710/2016 (caso *Hernández Oliva*)

Después de contraer matrimonio en 2011, Myrna Teresita Hernández Oliva solicitó en 2012 la inscripción de su esposa Zulamith Gómez Flores ante el Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en Nuevo León (amparo en revisión 710/2016, p. 2). La solicitud le fue negada con el argumento de que no era posible de conformidad con los artículos 6, 39, 40, 41, 131 y 135 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (amparo en revisión 710/2016, pp. 2 y 3).

Al igual que el caso *Pareja de Puebla*, se trata de una legislación que impedía el registro de la pareja debido a que la redacción daba por sentado

que siempre será un hombre el trabajador y su pareja, una mujer. No obstante, se diferencian en un aspecto importante. En el primer caso, la norma demandada claramente hacía una distinción de sexos —"esposo" y "asegurada"—. En cambio, en el caso *Hernández Oliva* las normas hacían referencia en su gran mayoría al "cónyuge", lo cual pudiera dar pie a interpretarse como un término genérico. No obstante, en esta sentencia la Segunda Sala se apartó del criterio sostenido en el caso *Pareja de Puebla* y consideró que no era posible una interpretación conforme a pesar de la aparente neutralidad de género en el concepto "cónyuge".

La sentencia del caso *Hernández Oliva* demuestra un maduración en los criterios para resolver este tipo de asuntos, subsanando las deficiencias que se pueden encontrar en la sentencia del caso *Pareja de Puebla*. Entre otros, esta sentencia es más exhaustiva al reconocer las limitaciones que tiene la actividad legislativa con base en el artículo 1 constitucional, particularmente en la selección del lenguaje. Como en casos anteriores,¹¹ la Segunda Sala indica que, dado que la libertad configurativa para el Poder Legislativo no es ilimitada (amparo en revisión 710/2016, p. 17), el proceso de creación de normas debe atender a los derechos humanos y al principio de igualdad y no discriminación (amparo en revisión 710/2016, p. 17). En virtud de esto,

los órganos o autoridades que ejercen una función materialmente legislativa o normativa están obligados no sólo a usar términos o fórmulas que aparenten neutralidad, sino que deben llevar a cabo un ejercicio reflexivo, consciente, informado y prudente que tenga como resultado la redacción de un texto normativo que, sin lugar a dudas o a interpretaciones, sea incluyente en su manifestación y proscriba cualquiera asomo de discriminación en su lectura y aplicación.

¹¹ Así se desprende de la jurisprudencia de rubro PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE (tesis: 2a. /J. 64/2016 [10a.], p. 791).

El cumplimiento de ese deber de cuidado en la terminología empleada tiene un doble efecto en el sistema jurídico: por una parte, al velar por la utilización de las palabras más apropiadas en la creación de una norma, se materializa y reconoce el principio de igualdad y no discriminación; por otra, se genera seguridad jurídica a los gobernados, ya que el margen de interpretación de una norma determinada (por parte de la autoridad a quien corresponde su aplicación) se reduce mediante el uso de la terminología adecuada, con lo cual se evitan intelecciones que conduzcan a discriminar a ciertos sujetos (amparo en revisión 710/2016, p. 18).

Esto último fue retomado posteriormente en el caso *Rojas Flores* (amparo en revisión 750/2018, p. 11), como se verá más adelante.

Al analizar el contenido de los artículos demandados, la Segunda Sala señaló que se utilizó, entre otras, la palabra "cónyuge", la cual consideró que

denota una neutralidad en el sexo del sujeto dado que no distinguió mediante el uso de los artículos "la" o "el"; sin embargo, esa palabra no fue la única utilizada, pues también se utilizaron otras para referirse a los eventuales destinatarios de las normas, en las cuales se hizo una distinción en razón de sexo (amparo en revisión 710/2016, p. 46).

Así, la Segunda Sala consideró que no basta tomar una palabra por separado sino que habría que considerar —en mis palabras, no las de la sentencia— el contexto legislativo en el que se encuentra. Esto permite identificar que una palabra en apariencia neutral en su género es, a la luz de otros conceptos utilizados en la misma Ley, intencionalmente excluyente de determinados grupos. Sí, la palabra "cónyuge" no distingue por sí misma entre hombres y mujeres, pero en el marco de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Nuevo León hacía referencia de forma manifiesta a la esposa del trabajador.

Apoyándose en un cuadro comparativo de los sustantivos utilizados y sus géneros, la Segunda Sala señaló que el uso de palabras o voces mas-

culinas cuando se realiza en forma única y sin referirse a vocablos con morfemas flexivos femeninos "dan una idea de generalidad sin distinción de género o sexo alguna" por lo que "genera la idea de inclusión de ambos sexos", calificándolas como "descripción normativa resulta neutra" (amparo en revisión 710/2016, pp. 47 y 48).

No obstante, concluyó que, para efectos de resolver el caso concreto, cuando se utilizan voces que incluyen morfemas flexivos tanto masculinos como femeninos —trabajador o trabajadora, asegurado o asegurada—, "si bien el mensaje transmitido genera la idea de inclusión, también lo es que al distinguir entre uno y otro (derivado del uso de morfemas flexivos), puede concluirse un tipo de distinción" (amparo en revisión 710/2016, pp. 47 y 48). El uso de morfemas flexivos que distinguen entre ambos sexos indica que la intención al crear la norma era hacer una distinción entre hombres y mujeres (amparo en revisión 710/2016, p. 49).

La Segunda Sala advirtió que en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Nuevo León no se utilizaron únicamente vocablos neutros, sino también flexivos para hacer una distinción (amparo en revisión 710/2016, p. 49), por lo que se evidenciaría que la norma buscaba dirigirse a un modelo determinado de familia: de parejas de personas de sexo distinto (amparo en revisión 710/2016, p. 50). A pesar de que palabras como "cónyuge" se utilizaron de forma aparentemente neutral, el contexto en el que se encontraban reveló lo contrario (amparo en revisión 710/2016, p. 51).

Como puede apreciarse, las normas reclamadas condicionan el acceso a los derechos de seguridad social con base en fórmulas construidas respecto de relaciones afectivas o de familia entre personas de sexo opuesto; es decir, conforme a esos preceptos legales, para acceder a los diversos beneficios y derechos de seguridad social, es necesario que la relación afectiva que genera el vínculo familiar se origine entre una persona de sexo masculino (hombre) y otra del femenino (mujer) (amparo en revisión 710/2016, p. 51).

La sentencia en el caso *Hernández Oliva* concluye que la constitucionalidad no se basa en sí en el uso de palabras o conceptos neutros, sino que las palabras utilizadas en una legislación no adquieran por su contexto una restricción expresa o una ambigüedad que tenga como resultado interpretaciones discriminatorias (amparo en revisión 710/2016, p. 52). Retomando lo dicho por el Pleno de la SCJN en una tesis que se desprende de la acción de inconstitucionalidad 8/2014, señaló que en ese sentido tampoco la adopción de vocablos neutros en toda la legislación sería garantía por sí misma (amparo en revisión 710/2016, p. 47).

Así, separándose del criterio adoptado en el caso *Pareja de Puebla*, la Segunda Sala consideró que no era posible realizar una interpretación conforme de las normas demandadas (amparo en revisión 710/2016, p. 56) debido a que eso no repararía el trato diferenciado generado (amparo en revisión 710/2016, p. 56), ya que no sólo se busca la inclusión en el régimen de seguridad social, sino "suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma" (amparo en revisión 710/2016, p. 57). Además, agregó, optar por una interpretación conforme implicaría desconocer que el Poder Legislativo "incumplió con la obligación positiva de configurar los textos legales evitando cualquier forma de discriminación, ya sea en su lectura o en su aplicación" (amparo en revisión 710/2016, p. 57).

III. Amparo en revisión 750/2018 (caso *Rojas Flores*)

En 2017, Teódulo Rojas Flores promovió jurisdicción voluntaria para acreditar la relación de concubinato con Gil Eleazar Nava Arana, quien trabajaba en el IMSS, institución a la cual en 2018 le solicitó la pensión de viudez por el fallecimiento de su concubino, la cual le fue negada con base en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social, que señala que el beneficiario para la pensión de viudez es "la esposa o la concubina respecto del asegurado o pensionado fallecido; y tratándose de la asegurada o pensionada, el esposo o el concubinato".

Como se verá, no es una sentencia que dé criterios interpretativos que no se hayan señalado en la anterior. No obstante, ayuda a cerrar argumentativamente la discordia entre la interpretación conforme realizada en los casos *Pareja de Puebla* y *Hernández Oliva*.

Esta sentencia reafirma el camino argumentativo en el caso *Hernández Oliva* —lo cual tampoco es de extrañarse, teniendo en cuenta que ambas son ponencia del Ministro Javier Laynez Potisek—, afirmando que el principio de igualdad y no discriminación implica un límite a la libertad configurativa del Poder Legislativo (amparo en revisión 750/2018, p. 9), por lo cual debe adoptar las palabras indicadas para impedir que, independientemente de si se tratan de vocablos en sí mismos neutrales en su género, el contexto en el que se encuentran genere un efecto discriminatorio (amparo en revisión 750/2018, p. 11).

Al igual que en *Hernández Oliva* (amparo en revisión 710/2016, p. 17), en el presente caso la Segunda Sala indicó que los poderes legislativos deben realizar "un ejercicio reflexivo, consciente, informado y prudente para que la redacción de un texto normativo" no dé pie a un efecto discriminatorio en su lectura y aplicación (amparo en revisión 750/2018, p. 11). Esta obligación tendría un doble efecto en el sistema jurídico: materializar y reconocer el principio de igualdad y no discriminación al utilizar las palabras más apropiadas, y dar seguridad jurídica a los gobernados para evitar lecturas y aplicaciones que conduzcan a discriminar a ciertos sujetos (amparo en revisión 750/2018, pp. 11 y 12).

Como ya he anunciado, este fallo se remite al caso *Pareja de Puebla*. Si bien reconoce que en aquella ocasión se realizó una interpretación conforme de la norma basada en una categoría sospechosa, esa postura cambió posteriormente en el caso *Hernández Oliva* en lo que califica como "una nueva reflexión" que llevó a concluir que las normas discriminatorias no tienen asidero constitucional y que, por lo tanto, no es posible la interpretación conforme (amparo en revisión 750/2018, p. 26), puesto

que implicaría exonerar el incumplimiento por parte del Poder Legislativo (amparo en revisión 750/2018, p. 27).

La Segunda Sala de la SCJN concedió el amparo al señor Rojas Flores señalando que aunque para ese momento el IMSS ya le había otorgado la pensión de viudez, esto no era suficiente para subsanar la inconstitucionalidad de las normas, la cual subsistía (amparo en revisión 750/2018, pp. 30 y 31). Así, consideró que la protección vía amparo tenía por efecto excluir al quejoso de la aplicación presente y futura del artículo reclamado, hasta en tanto sea corregido el vicio de inconstitucionalidad (amparo en revisión 750/2018, p. 31).

Finalmente, no está de más mencionar una particularidad del caso: la autoridad argumentó que conceder pensiones en igualdad de circunstancias llevaría al IMSS a problemas presupuestarios. No obstante, la Segunda Sala desestimó el argumento señalando que la autoridad no tenía elementos para sustentar su dicho (amparo en revisión 750/2018, pp. 23 y 24). Si bien se limitó a manifestar la ausencia probatoria sin mayor reflexión, resulta congruente con el criterio de que no basta que las autoridades aduzcan tener una falta de recursos para el cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, sino que deben demostrarlo.

IV. Acción de inconstitucionalidad 40/2018

En este asunto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de diversas disposiciones de la Ley de Seguridad y Servicios Sociales para los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes. Entre ellas, el artículo 73.I, que disponía que gozarían de la prestación de atención a la salud "la esposa o la mujer con quien ha vivido el servidor público o pensionado, así como el esposo o el concubino de la servidora pública o pensionada".

Esta sentencia podría ser calificada como de reiteración, puesto que no hace más que retomar lo que ya se había consolidado en casos anterior-

res, incluyendo las tres sentencias analizadas en este trabajo. El valor agregado en esta ocasión es el extenso desarrollo que el Pleno de la SCJN hizo de los estándares internacionales en materia de seguridad social de la población LGBT, como en los Principios de Yogyakarta (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 101 y 102) y muy particularmente la sentencia del caso *Duque vs. Colombia* (2016) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De esta última se extraen a detalle los criterios considerados por la Corte IDH sobre la Ley 100 de 1993 y la Ley 54 de 1990, ambas de Colombia, considerando que establecían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales que podían formar una unión marital de hecho y aquellas parejas que estaban formadas por parejas del mismo sexo que no podían formar dicha unión (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 96-103).

Al igual que hizo en los casos *Hernández Oliva y Rojas Flores*, el Pleno de la SCJN reconoció que el uso alternativo del género masculino y el femenino aludiendo a la esposa o concubina y al esposo o concubino excluye de su regulación a quienes viven en matrimonio o concubinato con personas del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 112-114). Así, tras retomar los precedentes desarrollados en el caso *Pareja de Puebla* (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 104-108) y en *Hernández Oliva* (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 108), concluyó que la norma de Aguascalientes tenía enunciados que implícitamente limitaban el acceso a la atención a la salud a parejas compuestas por personas del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 40/2018, pp. 113-115).

B. Reflexiones sobre el papel de la seguridad social en materia de desigualdad de la población LGBT

Hasta aquí es posible ver que la SCJN ha reconocido que las palabras seleccionadas al producir una norma pueden generar un efecto discriminatorio —aunque sea inintencionado— en contra de las parejas compuestas por personas del mismo sexo. También, que esta situación es bastante común en la legislación en materia de seguridad social.

No obstante, existen dos perspectivas por medio de las cuales se puede ver esta línea jurisprudencial. Una, desde la lógica de mera igualdad —no hay que tratar diferente a quienes están en una situación idéntica—. Esta perspectiva pareciera tener más relación con el principio de legalidad, con base en los parámetros de los artículos 13, 14 y 16 de la Constitución federal. Otra forma sería entender estos casos como un asunto de no discriminación. Trataré de explicarme brevemente.

En distintos momentos de la línea jurisprudencial presentada se ve que la Segunda Sala de la SCJN aborda la igualdad y la no discriminación casi como si fuesen sinónimos, sin dar mucha claridad en sus diferencias. Por ejemplo, en el caso *Hernández Oliva*, después de retomar estándares del Pleno de la SCJN sobre el papel del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico (amparo en revisión 710/2016, p. 15),¹² concluyó que cualquier trato discriminatorio realizado con base en alguna categoría sospechosa es incompatible con ese principio. En cuanto al derecho a la igualdad, no establece su distinción frente a la no discriminación ni aclara su contenido diferenciado (amparo en revisión 710/2016, p. 16).

También, la sentencia del caso *Hernández Oliva* es algo confusa al delimitar las diferencias entre las violaciones al derecho a la igualdad y las violaciones al derecho a la no discriminación.¹³ Incluso, al abordar los elementos distintivos de un acto discriminatorio señala como uno de ellos la afectación al principio de igualdad (amparo en revisión 710/2016, p. 19).¹⁴

De forma similar ocurre cuando retoma la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el principio de igualdad (amparo en revisión

¹² Al caso es aplicable la jurisprudencia de rubro PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL (tesis P. J. 9/2016 [10a.]).

¹³ "La igualdad, como principio constitucional, subyace en toda la estructura del sistema jurídico y, por tanto, constituye un límite a los poderes del Estado conforme al cual debe cuidarse el no generar paridad entre todos los individuos (igualdad formal o jurídica), ni tampoco una igualdad material o real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato" (amparo en revisión 710/2016, p. 16).

¹⁴ En referencia Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párrafo. 6; Corte IDH (2016).

710/2016, p. 19, así como la distinción de los respectivos alcances de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (amparo en revisión 710/2016, p. 21).¹⁵

No obstante, ninguna de las cuatro sentencias atiende asuntos meramente de igualdad. Todas tienen como común denominador la existencia de una legislación cuyo lenguaje excluye a un grupo específico que ha sido históricamente discriminado. Los fallos aquí analizados no debieron limitarse a entender la inconstitucionalidad de las normas únicamente como una distinción arbitraria, sino que hubiesen podido reconocer que constituían una serie de exclusiones que tienen como efecto profundizar aún más la situación de desventaja en la que un sector de la sociedad —la comunidad LGBT— ha sido sometido por considerarse de menos valía que el resto.

Tal como señala la sentencia del caso *Hernández Oliva*, entre los elementos constitutivos del derecho a la no discriminación está la prohibición de cualquier acción u omisión que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos con base en una categoría sospechosa (amparo en revisión 710/2016, p. 19).¹⁶ La clave para entender las categorías sospechosas parte de reconocer que no se refieren únicamente a grupos identificados o identificables, sino a grupos sujetos a un contexto de discriminación sistemática.

Desde la sentencia del amparo en revisión 2199/2009, la Primera Sala de la SCJN había señalado que las categorías sospechosas debían ser leídas en un contexto social y no en la literalidad del listado del quinto párrafo del artículo 1 constitucional (amparo en revisión 2199/2009, p. 45). En aquella ocasión, la Primera Sala había identificado las catego-

¹⁵ Al respecto, hay que reconocer que la distinción de ambos derechos —y en particular del contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— resulta confusa en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase González y Parra (2008, pp.127-164).

¹⁶ En referencia, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párrafo. 6; Corte IDH (2016).

rías sospechosas con el reconocimiento de grupos que "compartan o hayan históricamente compartido, en una serie de contextos relevantes, una condición de exclusión o tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" (amparo en revisión 2199/2009, p. 47).

Como muchos otros grupos históricamente discriminados, las afectaciones a los derechos de las personas LGBT no se limitan únicamente a tratados diferenciados y sin justificación en el derecho, sino a la presencia de obstáculos para acceder a condiciones de vida mínima.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que "existe un fuerte vínculo entre pobreza, exclusión y violencia por prejuicio" (2017, párr. 441; 2018, párr. 206) y que el círculo de exclusión al cual son sometidas las poblaciones LGBT suele culminar en la pobreza (CIDH, 2018, párr. 78). Por su parte, la CNDH ha advertido los obstáculos laborales que enfrenta ese sector, incluyendo el acceso a la seguridad social (2019, párrs. 11 y 282). La Encuesta Sobre Diversidad y Talento LGBT en México 2018 de la Alianza por la Diversidad e Inclusión Laboral señala que 46% de la población LGBT+ tiene la necesidad de trabajar sin tener estudios superiores (ADIL, 2018, p. 11). La Organización Internacional del Trabajo ha constatado que es común que la orientación e identidad sexual de la población LGBT+ sea motivo para obstaculizarles el acceso al trabajo o a promociones laborales, así como motivo para despidos injustificados (OIT, 2015, p. 2).

Ser abiertamente una persona LGBT+ en un contexto de discriminación generalizada significa enfrentarse a diversos obstáculos para el ejercicio de los derechos humanos. Serlo en espacios laborales puede implicar frustraciones en los procesos de selección y promoción, así como un motivo para quedarse sin empleo. En suma, en espacios laborales, las personas LGBT+ no están en igualdad de oportunidades con las personas heteronormativas. Por si fuera poco, esto también lleva a complica-

ciones para acceder a una de las instituciones más importantes para atender la desigualdad social: el régimen de seguridad social.

Justamente en la sentencia del caso *Hernández Oliva*, retomando lo indicado por el Pleno de la SCJN en su facultad de investigación número 1/2009, reiteró que la seguridad social "encuentra su justificación principal en consideraciones de igualdad material, pero las razones para incluirlo en un catálogo de derechos también se conectan con valores como la dignidad humana y la solidaridad" (amparo en revisión 710/2016, p. 24). Recordó que es un derecho que corresponde de forma primigenia a los trabajadores que prestan sus servicios en el ámbito privado como público, y por extensión a sus familiares (amparo en revisión 710/2016, p. 26). Así, en consideración del deber de progresividad y la prohibición de discriminación reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (amparo en revisión 710/2016, p. 28), concluyó que el trato a los familiares del derechohabiente no puede sujetarse a algún tipo de restricción que se traduzca en una forma de discriminación por motivo de la orientación sexual (amparo en revisión 710/2016, pp. 27 y 28).

Sin embargo, ninguna de las cuatro sentencias analizadas abordó los efectos agravados que la legislación genera a la situación de exclusión histórica hacia la población LGBT+, a pesar de que en las cuatro se reconoció —de una forma u otra— que las restricciones implícitas en el lenguaje de las distintas normas combatidas eran discriminatorias. Hablar de discriminación debiera llevar a considerar el impacto agravado que una acción u omisión estatal tiene sobre un grupo al que sistemáticamente se le ha negado el acceso a sus derechos. Precisamente porque no eran meros asuntos sobre igualdad, debió tenerse en consideración este factor en el análisis, puesto que las disposiciones combatidas reforzaban un discurso según el cual las personas LGBT+ no tienen lugar en los espacios laborales, mucho menos bajo reconocimiento como personas beneficiarias de los servicios de seguridad social. Y omitir ese factor en las resoluciones impidió exponer que el derecho en México ha sido cómplice de ello.

C. Conclusiones

Una dinámica recurrente que suelo hacer en clase cuando debo enseñar el derecho a la no discriminación consiste en presentarle al alumnado cláusulas antidiscriminación extraídas de distintas constituciones extranjeras. Les pido identificar de qué país proviene cada una basándose únicamente en sus textos, los cuales son los siguientes.

A. La discriminación de cualquier clase y su propaganda por razones de cualquier clase, como origen étnico, familia o ancestros, clan, color de la piel o raza, sexo, región, categorías económicas, religión o fe, opinión, fortuna, diferencias culturales, posición económica, discapacidad física o mental, o cualquier otra forma de discriminación están prohibidas y son castigables por la ley.

B. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas.

C. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

Hasta ahora nadie en mis clases ha podido adivinar de qué país proviene cada una de las cláusulas, pero eso es irrelevante. El valor pedagógico de la dinámica no está en la satisfacción de lo imposible, sino al final del ejercicio, cuando les revelo el contexto en el que habita cada una: *A* proviene de la Constitución de Ruanda; *B*, de la de Alemania, y *C*, de la de República Dominicana. Una vez que se conocen sus orígenes, es imposible volver a leerlas con los mismos ojos. Cada categoría sospechosa en ellas revela una puerta silenciosa a las heridas más profundas de esos países: en *A* leemos "origen étnico" y "clan" pensando en el genocidio tutsi; cuando dice "raza", "patria" y "concepciones religiosas" en *B* recor-

damos la Solución Final del Tercer Reich, y la categoría de "nacionalidad" en *C* nos remite implícitamente a las distintas violaciones cometidas en contra de personas haitianas y de origen haitiano en República Dominicana.

A pesar de que las cláusulas antidiscriminatorias se han convertido en un rasgo común en distintas constituciones, así como en tratados internacionales de derechos humanos, ningún país posee la misma porque no tiene el mismo contexto que otros. Si hiciéramos un trasplante literal de la cláusula antidiscriminatoria de la constitución de Sudáfrica a la de Nicaragua se convertiría inmediatamente en otra distinta porque las personas sometidas son otras y las dinámicas de esa discriminación estructural también los son. Mientras el derecho a la igualdad se refiere a un trato igual de manera genérica —más ligado, pareciera, al principio de legalidad—, el derecho a la no discriminación se centra en lo que Roberto Saba (2016) ha denominado "igualdad como no sometimiento" de grupos históricamente discriminados.

Sin desconocer los indudables aportes de cada una de las cuatro sentencias aquí analizadas, en México persiste la deuda histórica de una sentencia que reconozca los obstáculos para el acceso a la seguridad social de las personas LGBT+ no como un asunto que afecta únicamente a las individualidades de las personas quejasas en cada juicio, sino como una práctica sistemática mantenida durante los siglos en los que el Estado mexicano consideró que sólo existía una forma de construir familia y, por lo tanto, sólo una orientación sexual válida.

Quizá este punto estaba escondido debajo de las líneas de las sentencias tanto del caso *Pareja de Puebla* como del caso *Hernández Oliva*, en las cuales la Segunda Sala de la SCJN señaló que es inconstitucional negarle a las parejas homosexuales beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales, pues implicaría tratarlas como ciudadanos de "segunda clase" (amparo en revisión 710/2016, p. 38). Si bien es una afirmación muy reveladora, faltó continuarla reconociendo "tal y como se les ha tratado históricamente".

No es aleatorio que la redacción de distintas legislaciones de seguridad social federales y estatales en México genere múltiples casos en los que personas LGBT+ se ven impedidas de acceder a prestaciones por un mero detalle de sustantivos. Al prescribir las reglas para acceder a la seguridad social, implícitamente el Estado mexicano estaba también prescribiendo quiénes quedaban fuera. Todo esto como efecto de descartar la posibilidad de que no todas las personas trabajadoras son hombres y no todas construyen relaciones de parejas con personas de otro sexo.

Y ese es el espíritu que encierra el párrafo quinto del artículo 1 de la Constitución federal: no prohíbe la discriminación hacia las personas LGBT+ como algo que hay que evitar, sino como algo que hay que erradicar de nuestras instituciones, de nuestra sociedad, de nuestras prácticas y, por supuesto, del derecho.

Fuentes

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, SCJN. Pleno, sentencia del 16 de agosto de 2010. Ponente: Sergio A. Valls Hernández.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014, SCJN. Pleno, sentencia del 11 de agosto de 2015. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

Acción de inconstitucionalidad 4/2016, SCJN. Pleno, sentencia del 19 de marzo de 2019. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

Acción de inconstitucionalidad 40/2018, SCJN. Pleno, sentencia del 2 de abril de 2019. Ponente: Ministro José Fernando Franco González.

Amparo directo 9/2018, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 5 de diciembre de 2018. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

Alianza por la Diversidad e Inclusión Laboral (ADIL) (2018), Encuesta Sobre Diversidad y Talento LGBT en México, disponible <https://www.adilmexico.com/wp-content/uploads/2018/08/Resultados-EncuestaDivyTalLGBTADIL2018-1.pdf>.

Amparo en revisión 395/2007, SCJN. Primera Sala, sentencia del 4 de julio de 2007. Ponente: Sergio A. Valls Hernández.

Amparo en revisión 2199/2009, SCJN. Primera Sala, sentencia del 27 de enero de 2010. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

Amparo en revisión 824/2011, SCJN. Primera Sala, sentencia del 15 de febrero de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Amparo en revisión 581/2012, SCJN. Primera Sala, sentencia del 5 de diciembre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Amparo en revisión 276/2013, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 28 de agosto de 2013. Ponente: José Fernando Franco González Salas.

Amparo en revisión 485/2013, N. Segunda Sala, sentencia del 29 de enero de 2014. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas.

Amparo en revisión 263/2014, SCJN. Primera Sala, sentencia del 24 de septiembre de 2014. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Amparo en revisión 56/2016, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 29 de junio de 2016. Ponente: Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

Amparo en revisión 710/2016, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 30 de noviembre de 2016. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

Amparo en revisión 304/2017, SCJN. sentencia del 25 de septiembre de 2017. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

Amparo en revisión 310/2017, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 16 de agosto de 2017. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

Amparo en revisión 676/2017, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 25 de septiembre de 2017. Ponente: Javier Laynez Potisek.

Amparo en revisión 447/2018, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 26 de septiembre de 2018. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

Amparo en revisión 750/2018, SCJN. Segunda Sala, sentencia del 9 de enero de 2019. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

Butler, J. (1997), "Lenguaje, poder e identidad", Sáez, J. y Preciado, B. (trads.), Madrid, Síntesis.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017), Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 septiembre 2017, párr. 441. Disponible en formato digital a través del enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2018), Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, OAS/Ser.L/V/II.170, 7 diciembre, párr. 206. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2019), Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersexuales (LGBTI) en México, 30 de octubre de 2019.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18.

Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte Suprema de los Estados Unidos. (1973), *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 argumentos orales, audiencia del 17 de enero de 1973, disponible en <https://www.oyez.org/cases/1972/71-1694>.

González Le Saux, M. y Parra Vera, O. (2008), "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", *Revista IIDH*, vol. 47, pp.127-164.

John, L. A. (1971), *Cómo hacer cosas con palabras*, Rabossi, E (trad.), Buenos Aires, Paidós.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2015), La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT, 7 de julio de 2015, disponible en https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_380831/lang--es/index.htm.

Saba, R. (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Tesis: 2a. /J. 64/2016 (10a.), PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE, Décima Época, Registro IUS: 2011887, Segunda Sala, Jurisprudencia, Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Página: 791.

Tesis: P./J. 9/2016 (10a.).PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL, Décima Época, Registro IUS: 2012594, Pleno, Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Materia(s): Constitucional.

**Libertad de expresión y discurso de odio.
Entre formalismo y activismo. Análisis del
amparo directo en revisión 2806/2012**

Luis Knapp*

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Desde 2014 trabaja como abogado en la organización Artículo 19 Oficina México y Centroamérica, cuyo mandato es la defensa y promoción de la libertad de expresión. Actualmente es coordinador de Defensa en dicha organización.

SUMARIO: A. Contexto introductorio; B. Antecedentes y hechos; C. Resolución de la Primera Sala en el amparo directo en revisión 2806/2012; D. Discurso de odio. Análisis y reflexiones; I. El test de seis partes para restringir el discurso de odio; E. Consideraciones iniciales sobre el amparo directo en revisión 2806/2012; I. Confusiones y brincos; II. Integralidad de la columna; III. Controversia entre medios y periodistas; IV. Reforzamiento del estereotipo; V. ¿Discurso de odio?; F. Consideraciones finales.

A. Contexto introductorio

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha desempeñado un papel relevante en materia de libertad de expresión, sobre todo en la última década (2010-2020) en México. Por supuesto, su trabajo no está exento de escrutinio y crítica, en este sentido, la revisión y el examen más importantes que pueden realizarse son a luz y bajo la vara de la situación que ha acontecido en el país, también en esta última década, y continúa sucediendo, respecto a la protección, garantía y respeto de dicha libertad.

Partimos de un hecho incontrovertible y aciago, que consiste en la difícil realidad a la que se enfrenta el ejercicio de la libertad de expresión en México. Y aunque en ocasiones se llegue a observar como una verdad de Perogrullo, existe el vínculo sustancial entre esa libertad y una democracia, como aquellas conocidas y repetidas palabras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) expresó hace más de 30 años, cuando la reconoció como "una piedra angular en la existencia

misma de una sociedad democrática" (CoIDH, 1985, p. 21, párr. 70); precisamente, hoy más que nunca, frente a la realidad funesta, no debemos dejar de repetir y recordar ese importante vínculo.

Para abordar de manera breve esta realidad y con el interés y propósito de colocar el presente trabajo en un contexto fáctico, objetivo y definido, debemos entender la libertad de expresión en un sentido amplio y transversal, para observar todas sus implicaciones en la vida diaria y robustecer la idea que normalmente se tiene de ella como la posibilidad de manifestarse sin restricciones indebidas.

Este derecho fundamental, en términos de los artículos 13 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), respectivamente, "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."

Como parte de la libertad de expresión podemos encontrar un extenso abanico de posibilidades, situaciones y temáticas. Es una libertad en sí misma y también tiene un carácter instrumental, fungiendo como una importante ventana para el ejercicio de otros derechos. En ella están imbricados el derecho a la protesta, el derecho (de acceso) a la información, el ejercicio periodístico, la publicidad oficial, la transparencia y rendición de cuentas, los sistemas electorales y las tecnologías de la información, por mencionar algunos; éstos, a su vez, encierran diversas temáticas y enfrentan obstáculos en la búsqueda de su pleno desarrollo y garantía; por ejemplo, la libertad de protesta se puede ver enfrentada con actuaciones policiales arbitrarias o con la utilización de tipos penales ambiguos (como el delito de ultrajes a la autoridad); la publicidad oficial, a la falta de reglas claras que dejen de hacerla un instrumento perverso para premiar o ahorcar a la prensa, o el acceso a la información, frente a la opacidad de sujetos obligados a brindar la información solicitada.

Mención particular tiene la situación de la labor periodística en México. Del año 2000 a septiembre de 2020 se habían cometido 135 asesinatos de periodistas (ARTICLE 19 México, 2020). De igual forma, conforme a la documentación de la organización Artículo 19, cada año aumentan las agresiones contra periodistas, que van desde acoso u hostigamiento, amenazas o detenciones, hasta tortura, desapariciones y asesinatos. Como botón de muestra, las 207 agresiones registradas en 2012 (ARTICLE 19 México, 2012) pasaron a 609 en 2019 (ARTICLE 19 México, 2019).

Ante este panorama, no se debe dejar de reiterar la importancia que tiene la libertad de expresión en una democracia ni la situación adversa por la que atraviesa, tampoco de revisar la actuación de todos los poderes y órdenes de gobierno respecto al cumplimiento de sus atribuciones y obligaciones de garantía.

En este sentido, como se refirió líneas arriba, la SCJN ha conocido y resuelto diversos asuntos relacionados con la libertad de expresión, en medio del contexto adverso, por lo que toda lectura debe ser desde ese enfoque, a efectos de visualizar cómo una sentencia termina impactando directamente en los rostros concretos que se encuentran detrás de los asuntos, y cómo abona a que exista mayor libertad. Aún más cuando la libertad de expresión entra en tensión con otros derechos, como el honor, la libertad de tránsito o el derecho a la igualdad y no discriminación, en cuyo caso un derecho debe ceder en mayor o menor medida, atendiendo las circunstancias concretas. Claramente, la libre expresión no es un derecho absoluto, pudiendo adquirir responsabilidades ulteriores, no censura previa.

La Suprema Corte ha resuelto diversos asuntos sobre honor, daño moral y libre expresión; ha adoptado estándares como el sistema dual de protección y real malicia; protección de periodistas; concepto de periodista; criminalización de actividades periodísticas, y protesta. Estas temáticas han tenido esencialmente en su configuración la relación persona-periodista y autoridad-figura pública; sin embargo, existe otro conjunto de

asuntos en el que la SCJN entró al estudio y resolución sobre conflictos entre periodistas o medios de comunicación.

Uno de los asuntos relativo a controversia entre periodista-medio y periodista-medio es el que se analizará en el presente trabajo, en el cual se abordaron diversos temas interesantes y acreedores de análisis más reflexivo y profundo, por las implicaciones que tiene como precedente y frente a nuestras libertades.

B. Antecedentes y hechos

El amparo directo en revisión 2806/2012 tiene como origen fáctico un diferendo entre periodistas de dos medios de comunicación en el estado de Puebla, quienes a través de sus respectivas columnas y espacios informativos intercambiaron mensajes críticos, mordaces, en los cuales ponían en tela de juicio la calidad y desempeño ético periodístico de la parte contraria.

Entre este intercambio de mensajes, una columna publicada el 14 de agosto de 2009 fue la detonante para que uno de los periodistas activara el aparato judicial que llevó hasta la sentencia emitida por la Primera Sala de la SCJN en marzo de 2013.

Dicha columna llevó por nombre "El ridículo periodístico del siglo", en ésta, el autor emitió una serie de expresiones tendentes a criticar lo que para él era un mal desempeño de algunos periodistas y su medio al realizar su labor. Diversas fueron esas expresiones, que llevaron a uno de los periodistas y director del propio medio criticado a promover en agosto de 2010 un juicio ordinario civil reclamando un daño moral que, a su juicio, le fue ocasionado por las expresiones; entre éstas, sobresalen dos en este asunto, por el análisis que finalmente realizó la Corte: "maricones" y "puñal", sumadas a otras como "corrupto", "periodiquito", "sucia imagen", "personaje negro", "arrastrado" y "escritores pagados".

El periodista alegó en su demanda la ilicitud de la columna o nota al contener graves imputaciones falsas y acusaciones sin fundamento en su contra, lo que tuvo como consecuencia un daño en sus sentimientos, decoro, honor, imagen pública, buena fama y reputación, por lo que pidió una indemnización económica, así como la publicación de la sentencia que en su caso se emitiera.

Fue así que el periodista manifestó un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión del autor de la columna, por haber difundido información falsa y con la intención de dañar, lo que, a su consideración, mermó la reputación que había construido como periodista en los ámbitos nacional e internacional.

Derivado de lo anterior, el Juzgado Sexto de lo Civil del Distrito Judicial de Puebla, bajo el número de expediente 958/2010, dictó sentencia en agosto de 2011 a favor del demandante, por lo cual condenó al demandado al pago de una indemnización pecuniaria, así como a la publicación de un extracto de la resolución.

Siguiendo el camino legal, el condenado impugnó dicha sentencia mediante la interposición de un recurso de apelación, en septiembre de 2011, el cual analizó y resolvió la Segunda Sala en Materia Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, que registró el asunto con el número de toca 18/2012. El periodista condenado manifestó esencialmente que no se rebasaron los límites de la libertad de expresión, pues no se dañó el honor del periodista que lo demandó. Finalmente, la Sala dictó sentencia el 18 de abril de 2012, en la cual confirmó la sentencia de primera instancia.

El órgano judicial determinó que la opinión divulgada por el periodista demandado no podía considerarse una crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional, ante lo cual resultaba claro que se habían rebasado los límites impuestos en los artículos 6 y 7 de la Constitución federal, toda vez que lastimaron el afecto, el honor y la reputación que

sobre el periodista demandante tenían las personas del círculo social en el cual se desenvolvía.

Asimismo, resolvió que en este caso la libertad de expresión fue ejercida de forma excesiva, al haber tenido un propósito ofensivo en contra del decoro y la dignidad del demandante, argumentando que el ejercicio absoluto y desmesurado de la expresión de ideas no puede ser materia de protección, tal y como aconteció en el presente caso, al haberse emitido expresiones de forma vejatoria y maliciosa.

Por lo anterior, el periodista demandado acudió al juicio de amparo directo contra la resolución de la Sala, mediante un escrito presentado el 23 de mayo de 2012, en el cual vertió diversos argumentos, como la violación al principio de legalidad, indebida valoración probatoria, así como la omisión de la Sala al no analizar el asunto bajo el estándar del sistema dual de protección y malicia efectiva, que el sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado y que la SCJN también ha adoptado en su jurisprudencia.

Para un mejor entendimiento de estos estándares, cabe mencionar de manera breve que el sistema dual de protección consiste en que

[l]os límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SCJN, 2013).

Ahora bien, la principal consecuencia de este sistema es la real malicia o malicia efectiva, que

se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del

derecho a la información) o que haya sido producida con 'real malicia' (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión) (SCJN, 2013).

Posteriormente, la Primera Sala de la SCJN acotó en su jurisprudencia que la real malicia "requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar" (SCJN, 2019).

Fue así que el periodista demandado argumentó que no se habían observado estos estándares, al argumentar que había sustentado los hechos referidos en su columna con algunas evidencias, por lo que no podrían considerarse como falsos. Asimismo, señaló que la Sala no había considerado la calidad de los involucrados en ese asunto, ya que se trataba de

[...] dos personas públicas que tienen como actividad profesional el periodismo, por lo cual resultaba claro que las mismas admitían una mayor intromisión en su ámbito personal y, adicionalmente, la nota que suscitó la litis, se realizó en el contexto de un debate precisamente entre periodistas, al contener una crítica a la línea editorial (del demandante). En consecuencia, al tratarse de una relación simétrica entre dos medios de comunicación, existía un mayor margen para la emisión de opiniones, pues éstos tienen la facilidad de refutar y debatir las críticas que se les realicen (SCJN, 2013).

El amparo directo fue estudiado y resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito (expediente 333/2012), el cual dictó sentencia el 16 de agosto de 2012. En esta ocasión, el Tribunal determinó otorgar el amparo al periodista demandado, a partir de las siguientes consideraciones:

- a) Al existir un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, es necesario aplicar el sistema de protección dual, al ser el estándar con el cual deben abordarse este tipo de asuntos.

- b) Asimismo, al tratarse de un debate entre dos columnistas en dos medios de comunicación, existe un umbral mayor de tolerancia, y ambos cuentan con un espacio público mediático desde el cual pueden rebatir, responder y replicar.
- c) El periodista destinatario de las críticas y demandante en este caso es una figura pública, por ende, cuenta con una proyección pública, por lo que debe tolerar un mayor grado de intromisión en su ámbito personal.
- d) La nota periodística es de relevancia pública. Expresa opiniones dentro de una controversia entre dos periodistas de dos medios de comunicación.
- e) No se rebasaron los límites de la libertad de expresión, pues aunque se utilizaron expresiones mordaces, ofensivas e incluso hirientes, no fueron lo suficientemente insultantes o desproporcionadas, pues tenían como objetivo causar impacto en los lectores; se debe analizar también el contexto en el cual se emitieron.

Derivado de lo anterior, la Segunda Sala en Materia Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla absolvió al periodista demandado, en agosto de 2012. Con estos antecedentes, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del recurso de revisión que interpuso el periodista demandante en contra de la anterior resolución.

El periodista argumentó que la libertad de expresión tiene límites, como los derechos de terceros. Refirió que el honor de las personas debe ser resguardado, ya que ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan disminuir la consideración pública que se tiene sobre ella, por lo que, según refirió, el tribunal colegiado debió tener como probadas las vejaciones e insultos hacia su persona, al haber recibido mensajes insultantes, infamias y vejaciones, que le ocasionaron un descrédito social.

Refirió que la libertad de expresión no puede traducirse en manifestaciones que vayan en contra de la reputación, y en este caso el otro periodista tuvo la intención de generar una imagen negativa. Además, que en su caso se le debe tratar como un particular y no como figura pública, ya que no hubo un debate periodístico formal. Y el sistema dual de protección no resultaba aplicable ya que las expresiones no revistieron un interés público.

Finalmente, una vez radicado en la SCJN, el asunto fue registrado con el número 2806/2012, se admitió a trámite el recurso de revisión y fue turnado a la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para su estudio y resolución en la Primera Sala.

C. Resolución de la Primera Sala en el amparo directo en revisión 2806/2012

La Suprema Corte estaba nuevamente ante un asunto de libertad de expresión, en el que se presentaba un conflicto entre dos periodistas de dos medios de comunicación, uno que alegaba afectaciones a su honor y reputación, al considerar las expresiones del otro periodista generadoras de daño moral en su contra. La Corte debía resolver si hubo o no daño moral por afectaciones al honor del demandante, determinando si dichas expresiones se consideraban amparadas por la Constitución o habían excedido los límites de la libertad de expresión.

De este modo, la Corte partió de diversos supuestos para, posteriormente, arribar a las conclusiones y resolución del caso:

- a) La libertad de expresión alcanza un nivel máximo cuando se ejerce por los profesionales del periodismo a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública (SCJN, 2013, p. 35).

b) El derecho a la libertad de expresión

ocupará una posición preferente siempre que se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a las que se refieran y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan. [...] No tendrán, en cambio, esa eficacia justificadora en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público (SCJN, 2013, p. 36).

c) El derecho a la libertad de expresión no es absoluto ni prevalece en todos los casos de conflicto (SCJN, 2013, p. 36).

d) Las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean ofensivas u oprobiosas, según el contexto, e impertinentes para expresar opiniones o informaciones (SCJN, 2013, p. 35).

e) El derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones ultrajantes, ofensivas u oprobiosas que se encuentran fuera del ámbito de protección constitucional (SCJN, 2013, p. 36).

f) Las expresiones absolutamente vejatorias no sólo se presentan cuando hacen referencia a una persona en concreto, sino que es factible que se refieran a una colectividad o grupo reconocible y, por tanto, trasciendan a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables como individuos dentro de la colectividad (SCJN, 2013, p. 39).

g) El lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, las cuales al ser impertinentes en un mensaje determinado actualizan la presencia de expresiones absolutamente vejatorias, mismas que se encuentran excluidas de la protección que la Constitución brinda al ejercicio de la libertad de expresión (SCJN, 2013, p. 42).

h) Las expresiones homófobas constituyen manifestaciones discriminatorias y discursos de odio y se encuentran excluidas de la

protección que la Constitución consagra para la libre manifestación de ideas (SCJN, 2013, p. 45, 46).

A partir de lo anterior, por mayoría de tres votos, la Primera Sala resolvió el asunto con las siguientes determinaciones:

- a) Las expresiones "puñal" y "maricones" constituyen un discurso homófobo y la intención al usarlas era "evidenciar la deficiente línea editorial [...] utilizando [...] un claro matiz peyorativo, a efecto de evidenciar debilidad en la labor realizada por (los periodistas)" (SCJN, 2013, p. 49, 51).
- b) La persona que escribió la nota "planteó expresiones burlescas hacia las personas homosexuales y las asoció con aspectos negativos de la labor periodística" (SCJN, 2013, p. 51).
- c) "la preferencia sexual no puede constituirse en un elemento válido para criticar la labor periodística de un determinado grupo de personas, pues tal preferencia personal representa un aspecto irrelevante para la realización de dicha labor" (SCJN, 2013, p. 52).
- d) "el uso difundido de ciertos términos por un gran número de los integrantes de una sociedad, bajo ningún caso puede traducirse en un supuesto de exclusión del tamiz de control de constitucionalidad" (SCJN, 2013, p. 53).
- e) Las expresiones homófobas indicadas como discriminatorias, "a su vez constituyen expresiones ofensivas y oprobiosas [...] ya que las mismas [...] constituían un menosprecio en torno a una categoría personal —la preferencia sexual— sobre la cual la Constitución expresamente excluye cualquier tipo de discriminación" (SCJN, 2013, p. 55).
- f) Las expresiones referidas fueron "absolutamente vejatorias", "discriminatorias", "ofensivas u oprobiosas" e impertinentes (SCJN, 2013, p. 56-58).

g) Si bien

las manifestaciones homófobas no se refirieron directamente a la persona del ahora recurrente, no puede soslayarse que del análisis integral de la nota cuestionada, se advierte que (la persona que escribió la nota) realizó una crítica a la línea editorial del diario en cuestión, en específico a la labor realizada precisamente por el [dueño del periódico] (SCJN, 2013, p. 59).

h) El hecho de que

se encuentren involucrados dos medios de comunicación escrita, no puede conducir al extremo de soslayar que las manifestaciones combatidas conformaron un discurso discriminatorio, respecto al cual, los medios de comunicación en razón de su naturaleza y funciones tienen una responsabilidad especial para evitar su propagación (SCJN, 2013, p. 61).

D. Discurso de odio. Análisis y reflexiones

El tema de discurso de odio reviste una complejidad particular y encierra diversos elementos que deben ser analizados con acuciosidad y cuidado, ya que se cruza con el ejercicio de algunos derechos humanos que tienen un gran impacto tanto en lo individual como en lo social, éstos son la libertad de expresión y la igualdad y no discriminación en relación con la dignidad de las personas.

Las fronteras entre estos derechos y lo que puede llegar a configurar un discurso de odio pueden ser muy delgadas, por lo que su análisis en general, y en cada caso concreto, debe realizarse de manera rigurosa y completa, tomando en cuenta diversas gradas de estudio, con el objeto de no perjudicar el ejercicio legítimo de algún derecho. Para su abordaje, es importante partir de una afirmación clara y franca: no hay dicotomías ni maniqueísmos en esta temática, al menos no debe observarse desde alguna perspectiva en ese sentido; no se trata de un lado bueno y otro

malo, no debe ser un asunto de sacrificios ni vanaglorias. Al simplificar la temática a extremos contrarios se nos nubla la vista y se dejan de lado análisis más robustos y completos, que podrían admitir grises.

Para este apartado se utilizarán como guía analítica los criterios que ARTICLE 19, como organización promotora y defensora de la libertad de expresión en el mundo, ha construido, teniendo por objeto el discurso de odio, su identificación como tal y cómo se puede enfrentar, logrando una protección tanto a la libertad de expresión como al derecho a la igualdad y no discriminación.

Estos derechos no deben verse desde una lucha encarnizada a través de la cual se busque fulminar uno u otro. Por supuesto, el derecho a la igualdad y no discriminación no encuentra las excepciones en un grado que sí puede encontrar la libertad de expresión, al no ser ésta un derecho absoluto. Nadie podría proponer que la no discriminación adquiera restricciones que lleven a permitir escenarios en los que una persona sí pueda ser tratada desigual en un sentido negativo, por supuesto, ya que existen las categorías de discriminación positiva o acciones afirmativas, en las cuales a partir de desigualdades históricas y estructurales sí deben plantearse medidas legislativas o de política pública con las que se busque contrarrestar ese estado instalado de discriminación.

Incluso, en estados de excepción o suspensión de derechos que se decreten por una alteración del orden constitucional e institucional establecido y en los que la sociedad se encuentre frente a un grave peligro o algún conflicto, en esos extremos, el derecho a la no discriminación es uno de los que no podrán restringirse ni suspenderse; en el caso de México, se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución federal.

El derecho a la igualdad y no discriminación está permeado en los convenios y tratados internacionales y regionales. Desde el preámbulo y artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se menciona como una de las condiciones y derechos que deben ser respetados,

protegidos y garantizados con el fin de lograr un mundo con libertad, justicia y paz, lo cual "tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (DUDH, 1948).

Por su parte, la libertad de expresión, recordando las palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH, 1985),

es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

La libertad de expresión y pensamiento comprende la posibilidad de recabar, difundir, recibir y buscar todo tipo de informaciones e ideas, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa, artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (CADH, 1969, artículo 13; PIDCP, 1966, artículo 19).

Ahora bien, como se mencionó líneas arriba, además de los puntos en conflicto en los que en ocasiones se encuentran, ambos derechos, dentro de una dinámica interdependiente, se nutren uno a otro. Tal como se afirmó en los Principios de Camden, un estado de desigualdad que excluye voces, opiniones e ideas afecta de manera directa el ejercicio de la libertad de expresión; así como la garantía del derecho a opinar, informar, expresarse y participar activamente en el ámbito político, social, cultural, es una condición necesaria para que el derecho a la igualdad se materialice y nadie sea excluido de participar u opinar (ARTICLE 19, 2009).

En este sentido, cuando entra a escena la categoría de discurso de odio, ambos derechos se tensan, y por tanto resulta importante analizar con precaución si lo que alguien dice que es discurso de odio, lo es; si no lo es, entonces de qué se trata, y si lo es, qué debe hacerse como respuesta. Lo anterior con el objetivo de no lesionar injustificada y desproporcionadamente o, peor, anular uno de los dos derechos.

Las soluciones que deban recaer en una situación que implique discurso de odio tienen que ser abordadas desde los estándares internacionales de derechos humanos que se han ido construyendo, para así lograr respuestas más apropiadas a la problemática existente.

Por tanto, uno de los objetivos de este texto, y en el marco de la resolución de la Suprema Corte en el amparo directo en revisión 2806/2012 que abordó por primera vez el tema de discurso de odio, es analizar éste para establecer con mayor precisión cuáles deberían ser las coordenadas para su estudio y, de manera relevante, su aplicación en casos que se presenten en la vida diaria, real y concreta. Además, a la luz de lo anterior, colocar en el foco la sentencia de la SCJN.

De entrada es importante referir que no existe una definición aceptada universalmente de "discurso de odio". Por ejemplo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que el término incluye:

Todas las formas de expresión que diseminen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes y gente de origen inmigrante (Comité de Ministros, 1997).

Por su parte, el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial lo define como "un discurso directo que rechace los principios básicos de los derechos humanos de dignidad e igualdad y que

busque degradar la postura de personas y grupos en la sociedad" (CERD, 2013, p. 7).

Incluso, la red social YouTube también establece en sus directrices comunitarias "discurso de odio" como aquel "contenido que promueve la violencia o el odio contra personas o grupos de acuerdo con ciertos atributos, por ejemplo, origen racial o étnico, religión, discapacidad, sexo, edad, condición de excombatiente de guerra e identidad u orientación sexual" (YouTube, 2019).

La indeterminación y ambigüedad y el establecimiento de múltiples definiciones sobre discurso de odio ha tenido como consecuencia la existencia de medidas estatales, ya sea legislativas, administrativas o judiciales, que terminan por restringir de manera indebida y desproporcional el ejercicio de derechos, como sería la libertad de expresión, y que además llegan a generar falsos debates y constituir salidas impertinentes que no resuelven las problemáticas de fondo.

El discurso de odio puede verse como una expresión de odio discriminatorio hacia las personas, y no necesariamente conlleva consecuencias concretas. Por lo que esta perspectiva puede abarcar una amplia gama de expresiones; es una definición demasiado difusa para identificar una expresión que pudiera ser o no legítimamente restringida al amparo del derecho internacional de los derechos humanos. También se argumenta que el odio por sí mismo no es suficiente y que deberían exhibirse más elementos. Y es así que desde diversos entendimientos, cuando se presentan definiciones de discurso de odio, llegan a resultar ambiguas en algunos aspectos, generando incertidumbre de lo que es o no es (ARTICLE 19, 2015, pp. 10-11).

Entender lo que es o debería ser este concepto ha entrado en campos de disputa o controversia y ha generado dificultades e, incluso, restricciones indebidas a partir de esa indeterminación, como se ha referido. Para ahondar un poco más en su análisis y comprensión, refiero las

definiciones de los elementos que la componen (ARTICLE 19, 2012, p. 19):

- El "odio" es un estado mental caracterizado por "emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo" (ARTICLE 19, 2009, párr. 12.1).
- La "discriminación" debe ser comprendida como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el género, la etnicidad, religión o creencia, discapacidad, edad, orientación sexual, lenguaje, opinión política o de otra índole, nacimiento u otro estatus, o color, que tiene el propósito o efecto de anular o disminuir el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en pie de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en el ámbito político, económico, social, cultural o cualquier otro campo de la vida pública.
- La "violencia" debe entenderse como el uso intencional de la fuerza física o el poder contra otra persona, grupo o comunidad que produce o tiene una gran probabilidad de producir lesión, muerte, daño psicológico, un trastorno del desarrollo o privaciones (OMS, 2002).
- La "hostilidad" es una manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo. A pesar de que el término implica un estado mental, se necesita una acción para considerarse como tal (ARTICLE 19, 2012, pr. 12.1).
- La "apología" es el apoyo y la promoción explícitos, intencionales, públicos y activos del odio hacia un grupo (ARTICLE 19, 2012, pr. 12.1).
- La "incitación" se refiere a las declaraciones sobre un grupo nacional, racial o religioso que constituyen un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas pertenecientes a dicho grupo (ARTICLE 19, 2012, pr. 12.1).

Sobre este último elemento, es importante referir que ARTICLE 19 considera como un componente diferenciador y fundamental el de la

"intención" que tendría la persona emisora de la expresión para incitar a otras personas a la discriminación, la hostilidad o la violencia; al igual que como ocurre con el concepto "discurso de odio", existe una indeterminación o falta de uniformidad en su definición, por lo que la organización internacional propone algunos elementos que deberían tomarse en cuenta por parte de cualquier legislatura que pretenda incluirlo normativamente (ARTICLE 19, 2012):

- Volición (voluntad y propósito) de hacer una apología del odio.
- Volición (voluntad y propósito) de dirigir tal apología a un grupo protegido, sobre la base de categorías prohibidas (raza, religión, entre otros).
- Tener conocimiento de las consecuencias de la acción, sabiendo que éstas ocurrirán o podrían ocurrir en el curso normal de los hechos.

Con estos supuestos, no resulta necesaria la materialización de una acción violenta, sino que se generen las condiciones para tal materialización. Por lo que este enfoque se basa en la intención de quien emite el mensaje, más allá de acciones concretas, consecuencias fácticas que pudieran presentarse.

Entonces, la utilización del concepto "discurso de odio" constituye un arma de doble filo; es un término con carga emotiva, que puede tener causas legítimas y condiciones históricas para utilizarlo (con precisión y rigor) frente a determinadas expresiones, además de fomentar universalmente la igualdad y la dignidad; sin embargo, utilizarlo con demasiada facilidad o amplitud puede tener consecuencias negativas que a partir de la emotividad actualicen restricciones desproporcionadas para el ejercicio de la libertad de expresión.

En este sentido, utilizar el término puede conllevar algunas ventajas y desventajas, por supuesto, si nos atenemos a los extremos en los que cualquier expresión pueda calificarse como tal e, incluso, prohibirse o

censurarse, o ser usado con mayor acuciosidad, reflexión asertiva, sin dejarse llevar por cargas emotivas, y que, por el contrario, dicho concepto sea una fuente generadora de transformación social, cultural, política, etcétera. Veamos los pro y contras del término (ARTICLE 2015):

Cuadro 1. Uso del término "discurso de odio"

VENTAJAS	DESVENTAJAS
<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce y rechaza públicamente el prejuicio que motiva un "discurso de odio" y su conexión con daños actuales o históricos. • Da pie a una discusión más amplia sobre las consecuencias del discurso de odio para proteger los derechos humanos. • Muestra solidaridad y apoyo a quienes son objeto de odio, al reconocer su dignidad; empoderándolos para que alcen la voz. • Expone a los oradores y sus seguidores a contraargumentos. • Educa a la sociedad, aumentando el conocimiento acerca del impacto del discurso de odio para reducir su incidencia. • Permite realizar un seguimiento de la discriminación en la sociedad para favorecer la toma de decisiones informadas de cara a poner en marcha respuestas eficaces. 	<ul style="list-style-type: none"> • Detiene un debate legítimo sobre temas de interés público, sobre todo con personas en posiciones de poder. • Sobrevalora la conexión entre el discurso y el presunto daño, ya sea juzgando mal la influencia del orador u oradora o la posibilidad de daño, y se pasa por alto la propensión de las personas a participar en un contradiscurso que tiene un impacto fuerte y positivo. • Presume la intención de hacer daño de quien se expresa, cuando es, acaso, más frívola (por ejemplo, un comentario mal juzgado o poco serio en los medios) o más matizado (como una sátira, o provocar un debate de algún tema complejo, por ejemplo, en el arte). • Insinúa erróneamente que todo discurso de odio es ilegítimo y aboga por sanciones penales u otras que pudieran ser inapropiadas o ineficaces. • Aumenta la cantidad de quienes así se manifiestan, sobre todo si se ven como mártires de la censura o señalan intentos infructuosos de censura como justificación de sus opiniones. • Aumenta la vigilancia pública y privada de expresiones, incluso en internet, y alienta la sobredependencia de la censura, en lugar de solucionar la discriminación institucional.

Fuente: elaboración propia.

Por lo anterior, ARTICLE 19 propone una tipología del discurso de odio acorde con su gravedad, con el fin de aclarar las distintas subcategorías de expresiones que pueden entrar en ese ámbito, además, con el objeto de brindar una orientación para identificar respuestas correctas y eficaces frente al mismo. Ésta consiste en dividir el discurso de odio en tres categorías, para lo cual se ha basado en la orientación formulada por el Relator Especial para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de la ONU en su informe anual a la Asamblea General A/76/357 del 7 de septiembre de 2012 (ARTICLE 19, 2015).

1. Discurso de odio que debe ser prohibido: el derecho penal internacional y el artículo 20, párrafo 2, del PIDCP exigen que los Estados prohíban determinadas formas graves de discurso de odio.
2. Discurso de odio que puede ser prohibido: los Estados pueden prohibir algunas formas de discurso de odio, siempre y cuando cumplan los requisitos del artículo 19(3) del PIDCP.
3. Discurso de odio que no es sancionable, pero que genera preocupación en términos de tolerancia y respeto de los derechos de terceros y puede merecer una respuesta crítica por parte del Estado.

Respecto a la primera categoría, cabe señalar que en el derecho internacional se exige a los Estados prohibir las formas más graves de discurso de odio. Tales prohibiciones han sido ajustadas como prevención de cualquier daño excepcional e irreversible que propicie y pueda incitar quien lo exprese. Se trata de casos como la "instigación directa y pública a cometer genocidio" (prohibida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948 [Convención del Genocidio] y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998 [Estatuto de Roma, ICC]). Asimismo, todo apoyo al odio discriminatorio que constituya instigación a la discriminación, hostilidad o violencia, análoga al artículo 20(2) del PIDCP. Debe, además, satisfacer los requisitos del artículo 19(3) del PIDCP.

Sobre la segunda categoría, el derecho internacional de los derechos humanos permite a los Estados restringir la expresión de tal discurso en circunstancias limitadas y excepcionales, siempre y cuando cumplan las condiciones descritas en el artículo 19(3) del PIDCP:

1. Deben estar estipuladas en la ley.
2. Deben perseguir un objetivo legítimo, como el respeto a los derechos de otro.
3. Deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Existen algunas formas de discurso de odio que van dirigidas individualmente a una víctima identificable; sin embargo, este tipo no entra en los criterios del artículo 20(2) del PIDCP, pues el orador no busca incitar a los demás a tomar acción contra personas sobre la base de las características protegidas. Esta categoría de discurso de odio puede asimismo abarcar amenazas de violencia, acoso y agresión.

Finalmente, respecto a la tercera categoría, el discurso de odio que no resulta sancionable, pero que genera preocupación en términos de tolerancia y respeto a los derechos de terceros, cuando se está ante casos en los que la expresión puede ser ofensiva, mordaz, provocativa, pero no alcanza los umbrales descritos anteriormente, el discurso puede estar caracterizado por el prejuicio y provocar preocupaciones por intolerancia, pero no alcanza un umbral de gravedad. No obstante, nada de ello impide a los Estados adoptar medidas de política pública para hacer frente a las causas históricas y estructurales de las cuales el discurso de odio es la consecuencia, como tampoco que no tomen esa oportunidad para que las personas, incluyendo personalidades públicas e instituciones, rebatan ese tipo de discurso. Por ejemplo:

Un adolescente, con pocos seguidores en Twitter, tuitea un chiste ofensivo y sexista que trivializa la desaparición y posible asesina-

to de una estudiante local. Esto provoca una respuesta crítica en Internet contra el adolescente por lo que posteriormente borra el tuit. A pesar de que la comunicación resulta ofensiva y refleja la extensión de la misoginia en la sociedad, su intención no fue incitar un comportamiento dañino contra un grupo en concreto, ni ejerce ese tipo de influencia sobre sus seguidores. Un "discurso de odio" de este tipo puede justificar cierta intervención por parte de personas con determinada autoridad, como los profesores de su escuela o líderes comunitarios. Sin embargo, no constituiría justificación para que el Estado impusiera sanciones u otras restricciones (ARTICLE 19, 2015).

Cabe recordar que en una normalidad democrática todas las expresiones deben encontrarse protegidas, *prima facie*, por un marco de diversidad y pluralidad de ideas, opiniones e informaciones que se contrastan unas con otras. En este sentido, como parte de un sistema democrático robusto, la libertad de expresión no sólo comprende aquéllas que pueden ser recibidas favorablemente, sino también las que pueden resultar chocantes, mordaces, perturbadoras, escandalosas o sumamente críticas, por lo que no se deben permitir las limitaciones establecidas únicamente con base en una "ofensa" contra una persona o grupo, ni ello se traduce automáticamente en discurso de odio.

Por supuesto, el caso debe ser analizado a la luz de sus particularidades y concreciones. No obstante, se advierte lo anterior ya que los gobiernos han utilizado y pueden seguir imponiendo sanciones frente a expresiones "ofensivas". Al ser la naturaleza de la "ofensa" inherentemente subjetiva, abre la puerta a los gobiernos para restringir arbitrariamente determinadas expresiones, ideas y opiniones. Valiéndose de ello, podemos llegar a extremos en los que las autoridades establezcan normas que sancionen la crítica o formas de protesta.

En México, por ejemplo, existen algunos tipos penales que son resabios históricos, pero que en pleno siglo XXI aún son vigentes y utilizados, y, en ocasiones, son tratados como discurso de odio. Se trata, por ejemplo,

de los delitos de "ultrajes", ya sea a la autoridad, a las instituciones del Estado o a los símbolos patrios; éstos se encuentran previstos, de una u otra forma, en la gran mayoría de las entidades federativas, junto a otros delitos que también son resabios históricos, como sedición, rebelión o sabotaje.

En 2016, la SCJN declaró la inconstitucionalidad del delito de "ultrajes a la autoridad" en Ciudad de México, al resolver los amparos en revisión 2255/2015 y 4436/2015, que se derivan de procesos penales que fueron abiertos contra personas en el contexto de protestas en la entidad. Así, la SCJN determinó que ese tipo penal va en contra del principio de legalidad, debido a su ambigüedad; sin embargo, falta dar el paso judicial que determine no sólo la violación a la taxatividad, sino su franca violación al ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Asimismo, por ejemplo, otras temáticas en las que suele haber fuertes controversias y se puede llegar a utilizar en automático el concepto de discurso de odio es en cuestiones religiosas. Supuestos como la blasfemia, "difamación de religiones" o "insultos a los sentimientos religiosos"; ante esto, es importante señalar que el derecho internacional de los derechos humanos protege a las personas, no conceptos abstractos como las religiones u otros sistemas de creencias. Por tanto, el derecho a la libertad de expresión no se puede limitar para proteger religiones, ideas o símbolos, en detrimento de minorías religiosas o ateas.

Otro ejemplo son las "leyes de la memoria histórica", con las cuales se busca prevenir la repetición de atrocidades y prohíben expresiones que niegan la ocurrencia de hechos relacionados con persecuciones graves, genocidio u otras violaciones al derecho internacional humanitario; sin embargo, para ARTICLE 19 (2015), legislaciones de este tipo no sólo no son necesarias en una sociedad democrática, sino que resultan contra-productivas, ya que colocan a las personas negacionistas como "celebridades" o "mártires" y les brindan la oportunidad de difundir sus ideas ante un público más amplio, por ello, las discusiones o afirmaciones

sobre la verdad deben producirse en un marco de debate abierto, sólido y de investigación. No con respuestas simples de censura.

Una vez que se han desarrollado las hipótesis y posibilidades de discursos de odio, yendo desde los prohibidos, en los que puede haber una respuesta penal, hasta aquellos que no deberían ameritar una sanción, aunque sí otro tipo de respuestas estatales, siempre es importante reiterar que el análisis y la consecuencia dependerá de las muy precisas particularidades de cada caso. No obstante, es necesario mencionar que en caso de prohibición deben reconocerse los siguientes elementos:

- La conducta del orador. El orador debe dirigirse a una audiencia y su expresión ha de incluir los siguientes elementos: *a)* defensa del odio hacia un grupo protegido basado en las características que se protegen y *b)* constituir incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.
- La intención del orador. El orador debe tener la intención específica de *a)* vincularse con la defensa del odio discriminatorio, o bien *b)* intención o conocimiento de la probabilidad de que la audiencia se vea incitada a la discriminación, hostilidad o violencia.
- Un peligro probable e inminente de que la audiencia se vea realmente incitada a un acto proscrito, como consecuencia de la defensa del odio.

Así, en la incitación se encuentra implicada una tríada de sujetos relacionados: el "mensajero de odio", que defiende el odio discriminatorio ante una audiencia determinada; el público, que puede participar en actos de discriminación, hostilidad o violencia, y el grupo destinatario, contra quien podrían perpetrarse tales actos.

I. El test de seis partes para restringir el discurso de odio

Ahora bien, tomando en cuenta todas las consideraciones anteriores, desde ARTICLE 19 también se ha propuesto una evaluación más robusta

y uniforme que analice diversos supuestos, conforme al caso concreto, con el objeto de determinar si existe incitación y gravedad en un discurso. Dicha prueba consiste en la valoración de todos los elementos que a continuación se explican (ARTICLE, 2015):

1. *Contexto de la expresión.* Éste puede tener relación directa con la intención del emisor o con la posibilidad de que realmente ocurra la conducta prohibida (discriminación, hostilidad o violencia). Todo análisis del contexto debe colocar los temas clave y los elementos del discurso en el ámbito social y político predominante en el momento en que el discurso haya sido emitido y difundido.

El análisis contextual deberá tener en cuenta, entre otros, los siguiente aspectos:

- La existencia de los conflictos en el seno de la sociedad; por ejemplo, los incidentes reales de violencia contra un grupo objetivo.
- La existencia y el historial de discriminación; por ejemplo, en la aplicación de la ley y en el sistema judicial.
- El marco jurídico, incluido el reconocimiento —o la ausencia de reconocimiento— de la característica protegida del grupo objetivo en preceptos antidiscriminatorios.
- El paisaje mediático; por ejemplo, reportajes habituales y negativos de los medios de comunicación sobre el grupo objetivo que carezcan de fuentes alternativas de información.
- El panorama político; específicamente, la cercanía de elecciones y el papel de las políticas de identidad en dicho contexto, así como el grado de representación de las opiniones del grupo objetivo en los procesos políticos formales.

2. *Emisor o proponente de la expresión.* La posición del emisor y su autoridad o influencia sobre la audiencia es crucial. Es necesario tener consideraciones especiales cuando el hablante sea un político o un miembro prominente de un partido político, funcionarios públicos o personas de

estatus similar (por ejemplo, maestros o líderes religiosos), debido a la mayor atención e influencia que ejercen sobre los demás. Dicho análisis también debe examinar la relación de la audiencia con la persona oradora, por ejemplo, si esa audiencia tiene altos niveles de respeto y obediencia hacia la figura del orador o de una autoridad.

3. *La intención.* Como se refirió anteriormente, para configurarse este elemento, debe existir *a)* la intención de involucrarse en la apología del odio; *b)* la intención de tener como objetivo a un grupo basándose en una característica protegida, y *c)* contar con conocimiento de las consecuencias de dichos actos y de que las consecuencias se producirán o podrían producirse como parte del curso normal de los acontecimientos. Todo ello debe analizarse sobre la base de los hechos y circunstancias del caso como un todo, teniendo en cuenta, entre otros, el lenguaje utilizado, la magnitud y la repetición de la expresión, y cualquier objetivo utilizado por la persona oradora.

Es importante mencionar que la imprudencia y la negligencia no son suficientes para que se configure la intención; se deben considerar aquellas expresiones que pudieran ser inoportunas o poco serias (como un mal chiste), o situaciones en las que la intención es más sutil (hacer una sátira, incitar a la reflexión o desafiar el *statu quo*, incluso por medio del arte).

4. *El contenido de la expresión.* Resulta relevante observar lo que se dijo a través de la expresión, así como su estilo y forma, debiendo tomar en consideración si dicha expresión contenía llamamientos directos o indirectos a la discriminación, hostilidad o violencia, así como la naturaleza de los argumentos utilizados y el equilibrio entre éstos. De igual forma, resulta relevante la comprensión del contenido de la expresión por parte del público, sobre todo en aquellos casos en los que la incitación podría ser indirecta. Por ejemplo, los estándares internacionales han reconocido que "algunas formas de expresión dejan poco margen para restricciones" (TEDH, 2006, párrafo 68); en concreto, la expresión artística, el

discurrir del interés público, el discurso académico y de investigación científica, declaraciones de hechos y juicios de valor.

5. *La extensión y magnitud de la expresión.* Otra cuestión para agregar al análisis consiste en la naturaleza pública de la expresión, los medios con los que contó la expresión y la intensidad o magnitud en términos de su frecuencia o volumen (por ejemplo, un panfleto en contraste con una transmisión en los principales medios de comunicación, o una única difusión en contraste con repetidas difusiones).

Para ARTICLE 19 esta subprueba debe incluir un análisis de cuestiones tales como si la expresión, la declaración o el comunicado han circulado en un entorno restringido o si hubo una accesibilidad amplia para el público en general; si se realizó en un lugar cerrado al que se podía tener acceso a través de un *ticket* o si ocurrió en un lugar abierto al público; si el discurso o comunicación estuvieron dirigidos a una audiencia no especificada (al público en general) o si fueron dirigidos a un determinado número de personas en un lugar público.

6. *La probabilidad de que se produzca un daño, incluyendo su inminencia.* Debe existir una probabilidad razonable de que se produzca discriminación, hostilidad o violencia como consecuencia directa de la expresión, pero el resultado prohibido en sí no tiene que producirse necesariamente; la generación de un daño podría considerarse como una circunstancia agravante en casos penales, esto debe incluir:

- Si el público entiende la expresión o discurso como un llamado a realizar actos de discriminación, hostilidad o violencia.
- Si el orador estaba en condiciones o era capaz de influir en el público.
- Si el público contaba con los medios para llevar a cabo la acción a la que fue llamada y cometer actos de discriminación, hostilidad o violencia.

- Incidentes o actos recientes en el grupo objetivo del discurso de odio en las que se haya producido discriminación, hostilidad o violencia como resultado de apología.
- Que el lapso de tiempo transcurrido entre el discurso y el momento de la discriminación, hostilidad o violencia no sea demasiado largo como para poner en duda la expresión como causa de las mismas.

Es importante subrayar que para ARTICLE, al igual que para la Relatoría de Libertad de Expresión de la ONU, este paso en el test debe tomar en cuenta el elemento de "inminencia" respecto a las acciones que propugnan las expresiones o discursos.

E. Consideraciones iniciales sobre el amparo directo en revisión 2806/2012

Como se ha podido observar a lo largo de las páginas anteriores, el tema del discurso de odio conlleva determinada profundidad y complejidad. El objetivo central, esencial de lo anterior, es colocar en la arena internacional una serie de criterios que despierten la reflexión y, sobre todo, análisis más robustos, precisos, completos y acuciosos al estar frente a una presunta expresión de discurso de odio.

Es decir, un análisis *a priori* que nos ayude a comprender mejor si llegamos a estar frente a un discurso de ese tipo, y un análisis *a posterior* que nos lleve a responder qué debemos hacer o qué medidas debemos tomar frente a un caso de discurso de odio, en cualquiera de las tres categorías mencionadas en el apartado anterior. Si se trata de un caso de gravedad, en el que incluso el campo penal pueda ejercer su acción, o un discurso que debemos considerar como legítimo y sujeto a protección, sin ameritar sanciones, pero que detone la aplicación de otras medidas, por ejemplo, de política pública, que lo atiendan y simplemente lo dejen pasar por no ser de gravedad ni ameritar sanción.

No debemos dejar de mencionar las estrategias que comúnmente utilizan las autoridades públicas, principalmente del orden legislativo, para tratar de "solucionar" problemáticas como la violencia o la no discriminación, y que consisten en meras mascarillas políticas, que engrandan más los problemas que supuestamente buscan atender y resolver.

Los populismos punitivos son ejemplo claro. Frente a un problema, la primera y presta "solución" que dan es la creación de una norma, un tipo penal. Así, terminan existiendo códigos o leyes especiales que cada vez se ensanchan más, pero la problemática subsiste; sin embargo, las autoridades y la clase política buscan redituabilidad en sus estrategias, mediante la vía simple o fácil de colocar en una cierta mayoría un mensaje de "estar atendiendo" el problema, pero en realidad el fondo o las raíces ni siquiera son tocados. Además, velando por su capital y por algún futuro político, prefieren tomar medidas populares antes que aquellas que pudieran resultar más efectivas, contramayoritarias o que redunden en una garantía plena de derechos humanos (por ejemplo, casos como el aborto o el matrimonio igualitario), pues al saber que les resultarán conflictivas, optan por continuar por un camino sencillo, sin sobresaltos, para no ver afectada su carrera política.

Ante las posibilidades y riesgos que existen, como de hecho sucede, de enfrentarnos a decisiones arbitrarias por parte de las autoridades, resulta preocupante que en cuanto a discurso de odio se trata surjan medidas populistas punitivas, o medidas administrativas que establezcan una censura, y con ello sienten malos precedentes para cualquier caso futuro, acotando cada vez más la libertad de expresión. Además, la censura de puntos de vista por el hecho de ser ofensivos resulta indebida y también contraproducente para la promoción de la igualdad, ya que no atiende o deja de lado aquellas situaciones estructurales y prejuicios sociales arraigados a partir de los cuales se genera ese tipo de expresiones. Por ello, no debe promoverse la igualdad a partir de la censura, sino de medidas efectivas, estructurales, estratégicas, que la instalen y arraiguen cada vez más en la sociedad. La censura y la prohibición son los caminos

fáciles y, a veces, populares, pero no son efectivos; por el contrario, abren puertas que posible o difícilmente podrán volver a cerrarse si no las exponemos y combatimos.

I. Confusiones y brincos

En el caso de la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 2806/2012, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, en una votación de tres a dos, determinó esencialmente que el uso de palabras como "maricón" y "puñal" carecen de "utilidad funcional", al ser "impertinentes para expresar opiniones o informaciones"; las analizó bajo el estándar de "expresiones ofensivas u oprobiosas", considerándolas finalmente "expresiones homófobas como una categoría de manifestaciones discriminatorias y de discursos del odio".

En la sentencia, la Corte dio un salto cuántico jurídico respecto al fondo del conflicto, pero además realizó un tratamiento y desarrollo confuso en cuanto a la serie de estándares y conceptos que utilizó.

Si uno lee los antecedentes y hechos del caso, los planteamientos y diversidad de argumentos que cada una de las partes presentó a lo largo de las instancias que recorrieron, y después termina leyendo conceptos como discurso de odio, podrá observar un giro brusco en el análisis. Más aún que, como lo refirió el entonces Ministro José Ramón Cossío Díaz en el voto particular que formuló respecto a este asunto, la sentencia se alejó de los planteamientos que se presentaron desde un origen en el caso concreto.

En efecto, la pretensión del demandante fue una indemnización por daño moral; sus argumentos se centraron en la afectación que, dijo, le provocó la nota o columna respecto a su honor, su imagen y la reputación que ha construido en el tiempo, no así alegó violación a su derecho a la no discriminación, es decir, el periodista se consideró insultado y ofendido, pero no discriminado.

Parte de la confusión que al final generó la sentencia, en términos conceptuales, pero también analíticos, este último, al incorporar en un mismo cajón el estándar de insulto con el de discriminación, considerando las expresiones discriminatorias dentro de las "ofensivas u oprobiosas" que ya había desarrollado la Corte respecto al estándar sobre insulto. Asimismo, parte de esa confusión que llega a generar la sentencia, conceptualmente, se refiere al tratamiento que fue desarrollando de términos, incorporándolos en el mismo camino, pues de abordar expresiones "absolutamente vejatorias" pasó al lenguaje discriminatorio, incluyéndolo en el criterio de "insulto", y de ahí, brincó al discurso de odio. Recordando que se llegó a este extremo teniendo como origen una litis planteada en términos de honor y reputación, por la vía de daño moral, sin haber existido planteamientos o alegaciones sobre discriminación ni mucho menos discurso de odio.

II. Integralidad de la columna

Es una cuestión importante en los análisis de notas o columnas periodísticas, a efectos de determinar alguna posible responsabilidad ulterior. La Primera Sala ha abordado asuntos en los que se implica una columna que contiene cuestiones de opinión y de hechos, ante lo cual ha considerado necesario, de entrada, separarlos y, cuando esto no es posible, debe atenderse al elemento preponderante. Así, por ejemplo, realiza el análisis en el amparo directo en revisión 3111/2013.

Se menciona lo anterior toda vez que realizar análisis aislados, parciales e incompletos podría tener como consecuencia, de la misma manera, resoluciones parciales y hasta injustas. Por ello, como en aquel asunto, se debe abordar un discurso o una nota o columna desde su integralidad, para obtener mejores estudios y determinaciones. En este sentido, tal como lo refirió el Ministro Alfredo Ortiz Mena, quien junto con el Ministro Cossío votó en contra del proyecto y formularon votos particulares, el objeto del proceso desde un principio fue la integralidad de la columna en cuestión y no sólo ciertas expresiones:

No obstante ello, esta Primera Sala analizó sólo aquéllas manifestaciones que a la postre consideró homófobas y no la integridad de la columna que contenía otras expresiones como "personaje negro", "inefable", "corrupto", "periodiquito", "sucia imagen", etcétera, que deberían haber sido, desde mi punto de vista, objeto de un análisis holístico. En todo caso, es importante recordar que el intercambio de descalificaciones profesionales entre los dos periódicos cuestionaba la calidad y contenido de las respectivas líneas editoriales, lo cual tendría relevancia de interés público, por lo que el análisis y aplicación del estándar establecido en la sentencia debió haber sido otro.

III. Controversia entre medios y periodistas

Relacionado con el punto anterior, además de realizar un tratamiento y estudio parcial respecto a la columna y ciertas expresiones, como "maricón" y "puñal", la Corte, mediante su sentencia, no sólo se alejó de los planteamientos y la pretensión del periodista demandante, sino que cuestiones tales como el sistema dual de protección y la naturaleza de los sujetos en controversia, al ser dos periodistas de dos medios locales (del estado de Puebla), no fueron abordadas desde los estándares propios que se han desarrollado en estas temáticas y, si acaso, pretendió razonarlas desde el enfoque de discriminación, expresiones absolutamente vejatorias u homófobas, de nuevo, con la confusión que ello genera.

Nos encontramos ante un asunto en el que dos periodistas de dos medios intercambiaron diversas expresiones, las cuales en fondo y forma, al final, consistieron en criticar con severidad, mordacidad y ofensas la labor y ética periodística de la otra parte. Un debate abierto, público y frontal. Al respecto, la Suprema Corte también ha establecido que en casos como éste, de debate periodístico entre dos medios de comunicación, debe soportarse un umbral mayor de tolerancia en términos de libertad de expresión (SCJN, 2012).

Es decir, había un umbral de tolerancia más alto, pero además esa controversia se presentó en condiciones de simetría. Existe un cúmulo de

posibilidades respecto a conflictos en casos de libertad de expresión, unos en condiciones de simetría (periodista-periodista, persona pública-persona pública, medio-medio) y otros, los más, en condiciones de asimetría (particular-persona pública, particular-Estado, medio de comunicación-particular, periodista-Estado, particular-periodista, etcétera). Si bien no todos los medios de comunicación, por ejemplo, están en condiciones materiales simétricas, el punto de partida es una *simetría perfecta* y en cada caso concreto se deberán analizar las particularidades correspondientes (Cossío, Hernández, Mejía, Velasco, 2014).

Asimismo, un paso más en el estudio y resolución de casos así, una vez establecida la relación o diferenciación de los sujetos en controversia, es determinar el grado en que el juzgador podrá determinar o no restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. Así, "a mayor simetría, menor será la intensidad de intervención por parte del juzgador; a menor simetría, mayor intensidad de intervención por parte del juzgador" (Cossío, Hernández, Mejía, Velasco, 2014).

Por tanto, el amparo directo en revisión 2806/2012 tampoco se abordó con estos parámetros, ya que existió una controversia entre dos periodistas de dos medios de comunicación, en condiciones simétricas, al ser medios locales, tener los mismos alcances y posibilidades de utilizar notas o columnas en sus diarios como "espacios públicos". Además, como ya se refirió, en términos de debate periodístico entre dos o más medios, se actualiza un criterio de interés público, y qué es más sano para un entorno democrático que también se ponga bajo cuestión la labor o ética periodística, que no está exenta de críticas ni valoraciones, y sean los propios periodistas o medios quienes discutan abierta y francamente al respecto, incluso con expresiones mordaces, sarcásticas y hostiles, y no sólo aquellas que sean recibidas favorablemente o con deferencia. Debates así deben abrirse y soltarse, no cerrarse o calificar sus palabras.

IV. Reforzamiento del estereotipo

En relación con el punto anterior, siempre debe apostarse por mayor expresión, mayor debate, mayor discusión, no rehuir a los conflictos o simplemente querer silenciar aquello que no recibimos favorablemente o que resulta estridente para nuestra comprensión. Si bien los motivos o intenciones de la y los ministros que votaron en mayoría el asunto son encomiables, respecto a la situación que nadie pone en duda sobre la homofobia que existe en México y en el mundo, así como determinado lenguaje en el uso periodístico, en el asunto que aquí se analiza, como ya se refirió, hubo un alejamiento en cuanto a las pretensiones de la parte demandante y se presentó un desarrollo confuso de estándares y criterios que colocan más una situación de ambigüedad que de certeza.

En este sentido, de manera un tanto indirecta, la sentencia fija un reforzamiento de prejuicios y estereotipos respecto de la comunidad homosexual, al relacionarla con una afectación al honor, reputación y ser un insulto para alguien. Como lo mencionó el Ministro Cossío Díaz:

35. [...] lo que revela es que la supresión de ciertas palabras termina por esconder la discriminación, en lugar de enfrentarla. El combate al pensamiento estereotípico debe hacerse mediante la confrontación de ideas y no mediante la prohibición de determinadas palabras, que hoy pueden ser unas y mañana serán otras, dada la composición fluida del lenguaje.

36. Es bien sabido que las ofensas califican más al que las emite que a quien las recibe y el incentivo para resolver este tipo de diferendos en tribunales evita que sea la opinión pública la que debata y delibere sobre su uso. El cuestionamiento y el descrédito social de quien pretende ofender con palabras homofóbicas constituyen una respuesta democrática más coherente que sentencias y prohibiciones. Lo anterior se robustece al tomar en cuenta que la supresión de expresión en razón de contenido es la manera más radical que tiene el Estado de controlar la manifestación de

las ideas y un tribunal constitucional debe ser el más riguroso en la utilización de dicho recurso. No me parece que en la especie la Primera Sala haya atendido cabalmente este imperativo de excepcionalidad.

De nueva cuenta, situaciones como la homofobia, el racismo o cualquier otra que afrente la igualdad, dignidad y no discriminación se deben combatir con mayor expresión, deben ser visibilizadas y se deben generar políticas públicas, campañas, foros, debates y publicaciones que lleguen a más personas y abran conciencia y mayor respeto frente a las diversidades; prohibir, crear tipos penales, encarcelar, censurar, cancelar u otras medidas de corte más populista no van a la raíz y, por el contrario, pueden dar mayores posibilidades al Estado y a los gobiernos para abrir campos de discrecionalidad y arbitrariedad en detrimento de nuestras libertades.

Tal como lo ha señalado la CIDH:

[l]a representación negativa o derogatoria, y otras expresiones que estigmatizan a las personas LGBTI, sin duda son ofensivas y dolorosas, y además aumentan su marginalización, el estigma e inseguridad general. No obstante la Comisión y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que la prohibición jurídica de este tipo de discurso no eliminará el estigma, el prejuicio y el odio profundamente arraigados en las sociedades de América (CIDH, 2015, párr. 21).

V. ¿Discurso de odio?

Ahora bien, a la luz de todo lo que se ha desarrollado en el presente trabajo sobre el discurso de odio, que por primera vez la Suprema Corte determinó abordar, en esta controversia entre dos periodistas y medios de comunicación, podemos realizar un breve análisis a partir de la prueba de seis pasos que desarrollé líneas arriba.

Así, en cuanto a los pasos primero y segundo, el contexto y la calidad del emisor, es importante señalar que en las consideraciones de la sentencia faltó un análisis contextual robusto que pudiera identificar fácticamente la situación de discriminación que enfrenta la comunidad LGBTTTIQA,¹ así como la violencia en contra de periodistas y medios de comunicación en México, que, como se refirió al principio de este trabajo, también es alarmante. En cuanto a la calidad de los sujetos, para no repetir consideraciones, ya se indicó líneas arriba que se trataba de dos periodistas de dos medios de comunicación en controversia, constituyendo figuras públicas.

En cuanto al tercer paso, la intención, puede observarse que de la columna del periodista demandado no se desprende un objetivo, deseo, finalidad, implícita o explícitamente, de incitar a la hostilidad, violencia o discriminación contra la comunidad LGBTTTIQA, o que pretendiera acciones por parte de la población en contra de la misma al utilizar las expresiones "maricón" y "puñal". En la sentencia se consideró que

[l]os discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista. Los discursos del odio tienden a generar un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas (SCJN, 2012, p. 46).

Respecto al contenido del discurso, como cuarto paso, ya referimos que no se advierte una intención de incitar a la discriminación, violencia u odio, sino que debió realizarse un análisis holístico de la columna en su conjunto, y no de expresiones aisladas, pudiendo advertir que se trataba de una discusión pública entre periodistas y medios, con severas críticas a la línea o trabajo periodístico de la parte contraria.

¹ Lesbiana, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti, intersexual, *queer* y asexual.

Cabe recordar lo que la misma Corte en el caso *Letras Libres vs. La Jornada* (SCJN, 2011) estableció en el sentido de que la Constitución no prohíbe "expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias", y que "sin importar lo pernicioso que pueda parecer una opinión, su valor constitucional no depende de la conciencia de jueces y tribunales, sino de su competencia con otras ideas en lo que se ha denominado el mercado de las ideas" (SCJN, 2013b, p. 540).

En el quinto paso, sobre la magnitud y grado de impacto, cabe reiterar lo que ya se ha mencionado respecto a la simetría existente entre ambos periodistas y medios de comunicación, y lo referido por la Corte en el mismo asunto *Letras Libres vs. La Jornada* (que, por cierto, no tuvo mayor eco como precedente en la resolución del ADR 2806/2012), "es necesario sostener que los dos contendientes tienen un mayor margen de libertad para la emisión de opiniones" y "pueden refutar desde sus páginas las opiniones con las que no comulgan" (SCJN, 2011). Fue así como la Corte además de no considerar los objetivos del emisor del mensaje, tampoco lo hizo respecto a la escala y repetición de la comunicación.

Finalmente, en el sexto paso, sobre la probabilidad real de producir un daño en los derechos de ciertos grupos o personas, de igual forma se puede advertir que la columna del demandado y, en particular, las expresiones "maricón" y "puñal" no consistieron en una llamado a la discriminación, violencia u hostilidad, por lo que no se presenta una probabilidad razonable de producir ese tipo de conductas, aunque no fuera necesario que ocurrieran materialmente.

Seis años después, la misma Primera Sala tuvo la oportunidad de conocer y resolver un caso sobre libertad de expresión, discriminación y discurso de odio, el amparo directo en revisión 4865/2018, resuelto en octubre de 2019. Los hechos se originaron cuando una persona fue contratada en una empresa, "ostentando un tatuaje visible en el cuello, con una suástica o cruz esvástica", ante lo cual otros empleados se quejaron "de-

bido a que eran judíos y se sentían ofendidos, agredidos o violentados". Ante esta situación la empresa pidió que "ocultara o borrara el tatuaje", a lo que la persona se negó, por lo que la empresa rescindió su contrato. Posteriormente, dicha persona emprendió un juicio en el que alegó discriminación por los hechos mencionados; la empresa demandada respondió alegando actos discriminatorios, asunto que llegó finalmente a la Corte.

Al respecto, ARTICLE 19, a través de su mandato de promoción y defensa de la libertad de expresión, posicionó públicamente un análisis con los estándares y consideraciones que le parecen pertinentes y sumamente trascendentes para la mejor resolución del asunto, que no permitiera la posibilidad de interpretaciones ambiguas ni la constitución de riesgos que resultaran contraproducentes y peligrosos para la libertad de expresión. Este asunto sí presentaba en su columna vertebral fáctica y jurídica los derechos a la libertad de expresión, dignidad, igualdad, no discriminación y la veta de discurso de odio; contrario al ADR 2806/2012 en el que hubo un brinco inesperado, en medio de confusiones conceptuales que llevaron de una manera forzada a considerar el tema de discriminación y discurso de odio en dicho asunto.

Lo anterior no significa que queramos una Corte encajonada, cuadrada, sino por el contrario, queremos que su trabajo siempre vea por una mayor garantía de los derechos humanos; sin embargo, "[u]na concepción robusta [de la función de la Corte] no puede ser sinónimo de una concepción voluntarista o arbitraria de la función judicial, hay una diferencia entre una Corte activa y una activista" (Cruz Parcero, 2018, p. 156-157), en la cual, además, estableció consideraciones confusas y un riesgo de colocar a las y los juzgadores en el país como "policías de las palabras" (Cossío, 2019).

En el asunto del tatuaje, la Corte finalmente robusteció el análisis sobre discurso de odio y libertad de expresión, que en un primer proyecto contenía algunas cuestiones acotadas y riesgosas, por ejemplo, no reali-

zaba un estudio particularizado del contenido de las categorías "incitación", "apología" y "discurso de odio", abordándolas de manera indistinta, sin observar las características de cada una y la distinción que existe entre ellas, de entrada, su gradualidad. Asimismo, partía de la premisa de que la mera emisión de una expresión podía constituir discurso de odio, sin sumar mayores elementos de análisis, tales como la existencia de un nexo causal entre la expresión y la posible afectación, o la intencionalidad de la persona emisora.

Finalmente, la Corte integró con mayores elementos su análisis, entre los cuales está la guía que ARTICLE 19 ha elaborado y propuesto sobre el tema y que explicamos en un apartado anterior. Por su interés y relevancia, citó a continuación parte de la tesis 1a. CXVII/2019, derivada del caso del tatuaje (SCJN, 2019):

La respuesta del sistema jurídico ante esos discursos debe ser gradual en función de una pluralidad de circunstancias que deben ser ponderadas cuidadosamente por el legislador y por los Jueces, entre las que caben mencionar: el contexto en que aquél es expresado, como las condiciones sociales, históricas y políticas del lugar en que se expresa; la existencia o no de conflictos sociales pasados o presentes vinculados con la discriminación o la robustez de sus prácticas democráticas para contrarrestar, mediante la educación o a través de más libertad de expresión, los efectos del discurso de odio; ante qué auditorio se expresa (si ante destinatarios concretos o grupos definidos que están presentes); si quien lo expresa es una figura de influencia pública o no, el grado y el medio de difusión del mensaje; si se expresa en un foro de deliberación pública o en un ámbito privado en que están ausentes las razones de interés público que dotan a la libertad de expresión de un peso especial; si su expresión implica, o no, apología del odio o incitación a la discriminación o a la violencia; si su expresión genera un riesgo inminente de violencia o de ruptura del orden público; o si ya ha generado actos de violencia física o disturbios, etcétera, pues dada la relevancia que la libertad de

expresión tiene para valores fundamentales como la autonomía personal, la democracia, la cultura o la generación de conocimiento, debe tenerse especial precaución para admitir restricciones a su ejercicio.

F. Consideraciones finales

El lenguaje tiene mutaciones, evoluciones diacrónicas. Ferdinand de Saussure, conocido como el padre de la lingüística estructural, considera al lenguaje "como un objeto doble donde cada una de sus partes no vale sino en función de la otra, es decir que las partes no valen por sí mismas ni por su realidad sustancial, sino por el hecho de oponerse a otras" (Benveniste citado en Bigot, 2010).

Así, Saussure plasmó lo anterior a partir de enfoques dicotómicos: lenguaje-lengua; lengua-habla; significante-significado; sincronía-diacronía. El lenguaje, por ejemplo, cumple una función natural, universal, mientras que la lengua, parte esencial del lenguaje, es algo adquirido y convencional.

En este sentido, "[l]a lengua —y ésta consideración prima sobre toda otra— es a cada momento asunto de todo mundo: extendida en una masa [en una comunidad de hablantes] y manipulada por ella, es cosa de la que todos los individuos [pertenecientes a esa comunidad] se sirven a lo largo de toda la jornada". Por su parte, la lengua puede ser sincrónica y diacrónica, "es sincrónico todo lo que se relaciona con [su] aspecto estático, diacrónico todo lo que se relaciona con sus evoluciones" (Saussure citado en Alvarado, 2018).

Por lo anterior, Alvarado se refiere a "las batallas de la lengua como pleitos callejeros porque éstas se libran día a día no sólo en libros y simposios sino en tertulias y aulas, en comercios y oficinas, en la televisión y en Twitter. Es decir donde quiera que haya hablantes"; cita nuevamente

a Saussure (1916) "[T]odo lo que es diacrónico en la lengua no lo es más que por el habla. Es en el habla que se encuentra el germen de todos los cambios: cada uno de ellos es lanzado primero por un cierto número de individuos antes de entrar en el uso" (Alvarado, 2018).

Esos cambios o evoluciones diacrónicas pueden consistir en la alteración del "significado de las palabras (de los significantes) por medio de un proceso que puede pasar por la adición de una nueva acepción que co-existe con la anterior hasta que una de las dos deviene forma (temporalmente) dominante [...] pero que también puede pasar por la obliteración de un significado en favor de otro" (Alvarado, 2018).

Un ejemplo que cita el autor para referirse a lo anterior es el de "lívido":

Derivado del latín *lividus*, de idéntico significado, quería decir originalmente amoratado. Lívidos —en esa acepción, es decir morados— aparecen los muertos (y por causa de un proceso conocido, justamente como *livor mortis*) pero sólo hasta pasadas dos horas de su deceso. Su uso frecuente en el campo semántico de la muerte —y particularmente en contextos médicos o literarios—, combinado con la ignorancia popular sobre la fisiología y la ciencia forense, quiso que la mayoría de los hablantes del español (y también, por cierto, del inglés) identificaran el término con el "intensamente pálido" que no sólo recoge ya la Real Academia sino que ha pasado a convertirse, para todo efecto práctico, en su acepción hegemónica. Proceso parecido es el de algunos términos tenidos por discriminatorios.

A propósito de todas estas consideraciones, Nicolás Alvarado recuerda el conflicto público en el que se vio envuelto con motivo de una columna que escribió en el diario *Milenio*, en la cual utilizó las palabras "nacas" y "jotas" al referirse a las lentejuelas que acostumbraba vestir sobre el escenario el cantante popular mexicano Juan Gabriel, y tras el que incluso

fue exhortado² mediante un procedimiento por parte del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Así, aclara el escritor:

Los términos, que usé con la intención de postular las coordenadas culturales de la estética de Juan Gabriel y no con la de hacer de él o de cualesquiera otros— objeto de escarnio y menos de discriminación, fueron tomados ayunos del contexto de un texto que se pretendía, sobre todo, homenaje crítico y jugueteón a su carácter de figura icónica (y autoescarnio socarrón por mi distancia con su obra y figura) y redundaron en una andanada de manifestaciones en redes sociales —a saber si sólo orgánicas o también producto de bots contratados— que condujeron a la cuando menos desatinada actuación —a saber, otra vez, con qué intención personal o política— de la Presidencia de CONAPRED, a la mediatización del affaire y a una serie de pérdidas profesionales graves y duelos personales (Alvarado, 2018).

Frente a lo anterior, Alvarado hace una reflexión también desde la semiótica, abordando las mutaciones diacrónicas del lenguaje aquí referidas. Por ejemplo, de la palabra "naco" realiza un análisis de su diacronía, refiriendo que actualmente es posible identificar tres significados en el significante naco, de los cuales dos sí son de índole discriminatorio (en términos étnicos y de clase), y una tercera mutación de su significado que no se refiere o acota una clase o sector social, sino aplicable a

² Fue exhortado a 1) evitar realizar manifestaciones que pudieran considerarse contrarias a la dignidad de las personas de la diversidad sexual y clasistas; 2) ofrecer una disculpa por el agravio que pudo haber ocasionado y refrendar su compromiso por realizar esfuerzos en su quehacer público para que se respeten los derechos de las personas de la diversidad sexual y de quienes se hayan podido sentir agraviadas; 3) refrendar su compromiso para que, en lo sucesivo, sus publicaciones se desarrollen en el marco del respeto a los derechos humanos, en particular, de los grupos que históricamente han estado en una situación de discriminación por estigmas y prejuicios socialmente contruidos, y a tomar un curso de sensibilización sobre el derecho de las personas a la no discriminación, con el compromiso de que en su quehacer público y privado observe su contenido, y a 4) abstenerse de utilizar en sus textos periodísticos un lenguaje que pueda ser considerado discriminatorio, y en su quehacer como servidor público, a fin de evitar que se generen prejuicios sobre las personas que están en una situación de vulnerabilidad y que posteriormente puedan ser materializados en actos de discriminación hacia ellas (Conapred, 2016).

cualquier persona, cosa, situación, respecto a aquello que "llama la atención".

Sin pretender extendernos más en el presente trabajo respecto a estas temáticas, solamente se traen a colación cuestiones relacionadas con el lenguaje, la lengua y su uso, ya que éstas merecen análisis más amplios, sobre todo cuando nos encontramos actualmente en un contexto de narrativas en disputa, en las que ha aumentado esa disputa por el derecho a la libertad de expresión y por supuesto en las cuales deben escucharse todas las voces, de entrada, pero también podemos llegar a extremos de la censura total por caminos muy fáciles, abriendo así peligrosas puertas que después pueden ser difíciles de cerrar.

Además del carácter polisémico y diacrónico de las palabras, también debe analizarse un elemento importante: la intención; por ejemplo, la palabra puto, que conocemos, de entrada, como referencia a un hombre homosexual, pero que tiene variaciones de uso, aunque se dirigen más a objetos o situaciones, como al decir "qué puto tráfico". Asimismo, es importante no omitir los fenómenos de (re)apropiación de términos que originalmente han tenido un uso despectivo, por ejemplo, "maricón" o "nigger". Así, Alvarado refiere:

[...] acaso el más violento de los epítetos discriminatorios que tiene la lengua inglesa, que sin embargo ha sido objeto en las últimas décadas de una resignificación a manos de los propios negros estadounidenses, que han hecho de ella un vocativo cariñoso intrarracial y una bandera reivindicativa de la identidad en las letras de las canciones de hip hop y la cultura asociada a ella (Alvarado, 2018)-

En ese sentido, Randall Kennedy (él mismo negro o afroamericano) ha mencionado:

Nada hay de necesariamente malo en que una persona blanca diga nigger, como nada hay de necesariamente malo en que una

persona negra lo pronuncie. Lo que debería importar es el contexto en que la palabra es pronunciada: los propósitos del hablante, sus efectos, sus alternativas. Condenar a los blancos que emplean the N-word sin importar el contexto no logra sino hacer de nigger un fetiche (Kennedy citado en Alvarado, 2018).

Gabriel J. Martín, experto en psicología afirmativa gay, expresa la reapropiación del término "maricón" y el uso tanto fuera como dentro de grupos o colectivos gais:

Nosotros lo usamos como una marca lingüística de complicidad entre nosotros, pero eso no significa que la complicidad no pueda provenir de otras comunidades, especialmente si son amigos cercanos o familiares. Tengo amigos heterosexuales que utilizan esta palabra para referirse a sus hermanos gais, y me consta que lo hacen con cariño (Martín, 2020).

Es decir, de nuevo deben atenderse otros factores, sin simplificar o reducir dicotómicamente el análisis, así, el contexto y la intencionalidad son relevantes. Como menciona Martín, existen relaciones de fuerte amistad y hermandad en las que una persona puede referirse a otra como "puto" o "marica" en un sentido de afecto y cariño, son claves que así se comprenden y que para nada tienen un sentido ofensivo o discriminatorio, por el contrario; sin embargo, cuando se trate o provenga de personas heterosexuales deben atenderse el contexto, la intención, familiaridad, relación, aceptación y el consentimiento.

No obstante, como ya se mencionó, dentro de las relaciones, grupos o colectivos gais la reapropiación cobra particular sentido, como en el caso mencionado de la palabra nigger. Se trata de asumir el origen o uso despectivo o negativo que han tenido ciertos términos, y en vez de querer borrarlo, apropiarse de ellos como estrategia social y política de reivindicación y resignificación, y con ello, revertir el significado negativo o despectivo del término.

Un ejemplo de esto es el "Movimiento Maricas Bolivia" (2011), que en su página web refiere: "Somos referencialmente gays, abiertamente homosexuales y políticamente maricones, afirmarse maricones es un acto de provocación y resignificación [sic] del insulto".

De igual forma, Tellez-Pon, al referirse directamente al amparo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, escribió la siguiente crítica:

[...] aunque la Corte nos prohíba el uso de "maricón" o "puñal", los gays tenemos un arsenal de palabras para definirnos y usarlos con burla para revertir su carga homofóbica: maricón, puto (del cual se deriva el "puñal" ahora prohibido por la Corte), joto o jota, mana (contracción de "hermana"), obvia, torcida, quebrada [...]

Hoy en día hay muchos heterosexuales que usan palabras o modismos de los gays. Para empezar, se recurre a la auto ofensa: es válido llamarse "joto", "jota" o "maricón" si el propósito es anular la ofensa ajena para que con el uso pierda todo su sentido despectivo.

La resolución de la Corte sólo es una muestra más del absurdo al que ha llegado el lenguaje políticamente correcto. Una lengua viva, con su abundante vocabulario, es imposible apresarla con normas o leyes.

Finalmente, es importante mencionar o reiterar que es fácil caer en dicotomías y análisis simples, pudiendo decir que quien critica la sentencia, omite, o peor, que no está interesado en el contexto de discriminación y homofobia que existe en México. En tiempos en los cuales hay muchas voces, pero poco diálogo, resulta fundamental escuchar e incluir aquellas voces que siguen estando fuera. Ésa debe seguir siendo la apuesta, nunca acallar, cortar ni cancelar.

En una democracia en la que se proteja la libertad de expresión, frente a palabras o discursos chocantes, incisivos, mordaces, como parte del sonar de muchas voces, no debe responderse con censura. Frente a términos problemáticos o con cargas despectivas, la solución no es eliminarlos o pretender borrarlos, sino hacerles frente con más palabras, más ideas, más debate. Recordemos, incluso, que las palabras califican más a quien las emite que a quien las recibe.

En el caso del amparo directo en revisión 2806/2012, se ha dicho como crítica que se excedió, se presentó un activismo judicial, fue más allá de la controversia efectivamente planteada y de un caso de daño moral, se llegó a una resolución sobre discurso discriminatorio y de odio, sin ni siquiera haberse planteado. Y no le falta razón a esto. Por otro lado, se celebra la resolución, al abordar un tema aún presente como es el de la discriminación y que la Suprema Corte se haya pronunciado al respecto, de una manera más garante, visibilizando y poniendo sobre la mesa una problemática social.

¿Qué daño pudo hacerse con esta resolución? Se puede preguntar el lector. La intención de la mayoría puede señalarse como positiva, sin embargo, y como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, si bien pudo ser buena la intención y podrían observarse beneficios más que daños con dicha resolución, esto no es del todo correcto. La resolución tuvo un abordaje confuso de los temas, como ya se analizó, y estableció un estándar ambiguo, poco claro, sobre el discurso de odio, omitiendo uno de los elementos sustantivos, que es la intencionalidad.

Es decir, la resolución, con buenas intenciones, generó un precedente riesgoso que puede llevar a señalar tranquilamente una expresión como discurso de odio, tal como sucede actualmente en la disputa de voces, en la cual en ocasiones se señala sin más un mensaje como expresión de odio, de manera amplia, pudiendo llevar a la eliminación o censura de expresiones. Cuestión diferente sucedió en el caso del tatuaje, en el que sí hubo un mayor análisis respecto al tema de discurso de odio. Entonces,

debe tenerse cuidado con los efectos o riesgos que puedan generarse a partir de un precedente, que más allá de lo que pretenda solucionar, puede establecer más problemas.

Así, por ejemplo, refiere claramente Manuel Atienza (2019):

Pero hay además otras razones [...] para oponerse al activismo judicial. Una de ellas es que la corrección, la justicia, de una decisión ha de verse no de manera aislada, sino tomando en consideración todos los efectos que la misma pueda acarrear; y, entre otras cosas, por razones institucionales, la judicatura no dispone de medios para efectuar un control de esas consecuencias.

El autor señala también que hay dos extremos que dan lugar a conductas judicialmente desviadas. Por un lado, el formalismo, que ve al derecho "única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes", cuya desviación consiste "en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar)". Por otro lado, el activismo que "se caracteriza por ver en el Derecho únicamente esta última dimensión (valorativa), dejando de lado que es también una práctica autoritativa, en la que las reglas juegan un papel esencial, cuya desviación radica en prescindir de los medios, de las formas" (Atienza, 2019).

Derivado de lo anterior, señala:

El juez que es deferente hacia el legislador (que asume la existencia de límites) no es, por ello, el juez formalista, sino el que trata de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la autoridad y la necesidad de satisfacer los fines y valores que caracterizan al Derecho del Estado constitucional. Es el juez justo, no justiciero; activo, no activista; y que asume como ideal regulativo de su función el logro de la justicia a través del Derecho [...] aunque eso suponga aceptar que en ocasiones el Derecho no le permite alcanzar la justicia (Atienza, 2019).

Así, siempre debe buscarse un equilibrio, sin caer en restricciones disfrazadas de formalidad o formalismos que sólo ven en el derecho un conjunto de reglas, a la usanza decimonónica, y tampoco desatender las reglas, planteamientos concretos de la controversia y uso de herramientas hermenéuticas poco claro, que además, como en el caso que aquí se analiza, generó más confusión y riesgos que los beneficios o soluciones que pretendió establecer.

Fuentes

Amparo directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre de 2011.

Amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo de 2013.

Amparo directo en revisión 3111/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de mayo de 2014.

Amparo directo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

Alvarado, N. (2018), "¿Apropiación indebida? Una exploración de los límites de la apropiación y la resignificación de palabras tenidas por discriminatorias", en *El prejuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste*, Rodríguez Zepeda, J. y González Luna Corvera, T. (coord.), 1a. ed., México-SEGOB-CONAPRED-RINDIR-IIJ.

ARTICLE 19 (2009), Principios de Camden sobre libertad de expresión e igualdad. Londres, Article 19.

ARTICLE 19 (2012), Prohibiting incitement to discrimination, hostility or violence. Policy Brief. Londres, Article 19.

ARTICLE 19 (2013), Doble asesinato. La prensa entre la violencia y la impunidad. Informe anual 2012. México. Artículo 19. 13 de marzo de 2013.

ARTICLE 19 (2015). Manual sobre Discurso de odio. Londres, Article 19.

ARTICLE 19 (2019). Ante el silencio, ni borrón ni cuenta nueva. Informe anual 2018. México. Artículo 19. 2 de abril de 2019.

ARTICLE 19 (2020). Periodistas asesinados en México, en relación con su labor informativa. México. Artículo 19. Disponible en: <https://articulo19.org/periodistasasesinados/> (última fecha de consulta: 11 de octubre de 2020).

Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. Ámbito jurídico.

Bigot, M. (2010), Apuntes de lingüística antropológica, Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015). Informe anual 2015. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Aprobado el 12 de noviembre de 2015. Washington, D. C.: Organización de los Estados Americanos. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) (2013), Recomendación General No. 35, La lucha contra el discurso de odio, CERD/C/GC/35, 26 de septiembre de 2013.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) (2016), "Conapred emite medidas precautorias a Nicolás Alvarado". Boletín de prensa 036/2016, disponible en http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=boletin&id=898&id_opcion=&top=213.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) (1985), La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión Consultiva OC 5/85. 13 de noviembre de 1985. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Cossío Díaz, J. R., Hernández Salgado, J. O., Mejía Garza, R., Velasco Rivera, M. (2014), La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia. 1.ª ed., México, Tirant lo Blanch.

Cossío Díaz, J. R. (2013), Voto particular, amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo de 2013.

Cossío Díaz, J. R. (2019), Voto en contra. 1.ª ed., México, Debate.

Cruz Parcero, J. A. (2018), "Los límites de la libertad de expresión frente a la no discriminación: una revisión de los criterios de la Suprema Corte en el caso de conceptos peyorativos", en *El prejuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste*, Rodríguez Zepeda, J. y González Luna Corvera, T. (coord.), 1.ª ed., México, SEGOB-CONAPRED-RINDIR-IIJ.

Gutiérrez Ortiz Mena, A. (2013), voto particular, amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo de 2013.

Jurisprudencia 1a./J. 80/2019 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). Primera Sala, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 71, tomo i, octubre de 2019, p. 874.

Martín, G. J. (2020), Orgullo LGTB: por qué los gais nos llamamos maricón entre nosotros (y por qué los heteros no pueden hacerlo). Disponible en <https://www.revistagq.com/noticias/articulo/porque-los-gays-se-llaman-maricon> (última fecha de consulta: 23 de agosto de 2020).

Movimiento Maricas Bolivia. Disponible en <https://maricasbolivia.wordpress.com/acerca-de/> (última fecha de consulta: 23 de agosto de 2020).

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Organización de las Naciones Unidas (1976), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Tellez-Pon, S. (s. f.) De maricón, puñal y otras joterías. Confabulario. El Universal. Disponible en <https://confabulario.eluniversal.com.mx/de-maricon-punal-y-otras-joterias/> (última fecha de consulta: 23 de agosto de 2020).

Tesis aislada 1a. CXVII/2019 (10a.). DISCURSO DE ODIO. LA RESPUESTA DEL SISTEMA JURÍDICO ANTE SU EXPRESIÓN DEBE SER GRADUAL EN FUNCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN SER PONDERADAS CUIDADOSAMENTE POR EL LEGISLADOR Y POR LOS JUECES. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro 73, tomo I, diciembre de 2019, p. 325.

Tesis Aislada 1a. XXVI/2011 (10a.), LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SU FUNCIONAMIENTO EN CASOS DE DEBATE PERIODÍSTICO ENTRE DOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro IV, tomo 3, enero de 2012, p. 2910.

Tesis 1a./J. 38/2013 (10a.). LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIX, tomo I, abril de 2013, p. 538.

YouTube (2019), Política de contenido con incitación al odio o a la violencia, Disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939> (última fecha de consulta: 11 de octubre de 2020).

Libertad de expresión y discurso homofóbico*

Agneris Sampieri**

* Agradezco a Donato, Kalycho y Melissa por sus pertinentes observaciones.

** Oficial legal para la libertad de expresión en la organización de la sociedad civil R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales y activista por los derechos LGBTIQ+.

SUMARIO: A. Introducción; B. Cuestión de honor; C. Discriminación y libertad de expresión en el caso concreto; D. Puñales, maricones y las expresiones absolutamente vejatorias; E. Sobre la impertinencia; F. Influencia europea; G. Responsabilidad de los medios de comunicación; H. La naturaleza de las palabras y su dinamismo social; I. Conclusión.

A. Introducción

El presente artículo analiza la resolución del amparo directo en revisión 2806/2012. Una sentencia que ha generado polémica al no haber consenso con su resolución, ni por parte de los propios ministros que votaron el proyecto¹ ni por la academia, sociedad civil, medios de comunicación y personas en general; esto debido a que elevó a la discusión pública un tema tan importante como lo es la discriminación en contra de la población LGBTIQ+,² no obstante, la forma en que lo hizo dejó mucho de que hablar y sobre que escribir.

Lo que comenzó como un conflicto privado entre dos hombres adultos y dueños de medios de comunicación escrita fue remitido —por ellos

¹ El amparo directo en revisión 2806/2012 fue sesionado el 6 de marzo de 2013 y el proyecto propuesto por la ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea contó con 3 votos a favor (Zaldívar, Sánchez Cordero y Pardo Rebolledo) y 2 votos en contra (Cossío Díaz, Ortiz Mena).

² Lesbiana, gay, bisexual, trans, intersexual, *queer*, asexual y otras orientación sexual e identidad de género.

mismos— al umbral de lo público. Haber dirigido las palabras "puñal" y "maricones" fue suficiente para que uno de ellos alegara la afectación a su honor y, consecuentemente, generara una controversia en la que se analizó la constitucionalidad de esas expresiones.

De su simple lectura, la sentencia podría representar un avance para proteger de expresiones discriminatorias a las personas LGBTIQ+. Paradójicamente, los hechos del caso no involucraron a ninguna persona que se identificara como parte de esa comunidad. ¿Qué nos dice esto? A pesar de ser una resolución que buscó interpretar el derecho a la no discriminación con relación a expresiones homofóbicas, no lo hizo para proteger a una persona que estuviera siendo perjudicada debido a su orientación sexual o identidad de género, sino para resolver un asunto en el que un hombre heterosexual reclamaba por la vía civil el daño a su honor porque determinadas palabras fueron dirigidas hacia él.

Lo anterior da para mucha reflexión: ¿si se insinúa a través de ciertas palabras que alguien no es heterosexual existe un daño importante en su vida? ¿Se tiene que cuidar la heterosexualidad como punto de partida para el respeto al honor y dignidad de la gente? ¿Ha habido algún caso en que una persona LGBTIQ+ hubiese demandado el daño a su honor por asumirse que fuera heterosexual?

La problemática del caso tiene su origen en los ataques personales y profesionales a los que se sometieron Enrique Núñez y Armando Prida —ambos directores de dos diarios impresos en Puebla— a través de columnas publicadas en cada uno de sus medios; columnas en las que Enrique Núñez usó dos palabras clave: "puñal" y "maricones".

Ante tales expresiones, Prida acudió a la vía civil para que se determinara la ilicitud de los textos, pues consideró que las columnas de Núñez contenían "graves imputaciones falsas, así como acusaciones sin fundamento alguno, siendo dolosas al externar una aversión que a su juicio le provocó

un daño en sus sentimientos, decoro, honor, imagen pública, buena fama y reputación" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 7).

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó si una columna publicada en un periódico de circulación en el estado de Puebla afectaba el derecho al honor de una persona o si, por el contrario, la publicación estaba protegida por la libertad de expresión.

B. Cuestión de honor

Entrando al análisis de fondo, la Primera Sala reconoce el margen de apreciación existente para interpretar el derecho al honor. El honor como objeto de protección constitucional es un concepto jurídico indeterminado y, por lo mismo, su contenido debe evaluarse en cada momento dependiendo de las normas, valores e ideas sociales vigentes (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 37), esto implica que debe realizarse un escrutinio cuidadoso cuando se trate de ponderar entre el honor y la libertad de expresión para evitar abrir la puerta a la censura.

Al respecto, es relevante el análisis realizado por Alfredo Narváez sobre los parámetros y límites entre el honor y la libertad de expresión:

Que el derecho fundamental al honor no tenga definición rígida implica que su contenido se tenga que definir casuísticamente y, en consecuencia, que se incrementen las posibilidades de que en su nombre se intente restringir indebidamente la libertad de expresión en tribunales. La misma Primera Sala naufraga al tratar de delimitar el honor: mientras que por un lado sostiene que es la dimensión objetiva —es decir, la consideración social o ajena— del derecho al honor la que protege la reputación profesional, por el otro afirma que la crítica a la aptitud profesional vulnera el derecho al honor cuando afecte la consideración individual de la persona, o sea, sus sentimientos (Narváez, 2016).

La sentencia señala que la dimensión objetiva del derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en sus cualidades morales y profesionales, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menoscabo. Por lo mismo, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 37). Además, se delimitan los parámetros para acreditar el daño al honor cuando se trata de manifestaciones críticas a la aptitud profesional de una persona, consistentes en que

- 1) Debe ser una expresión no protegida y
- 2) Debe constituir
 - a) Una descalificación de la integridad profesional de una persona que pueda dañar grave e injustificada o infundadamente a su imagen pública, o
 - b) Una crítica que, pese a estar formalmente dirigida a la actividad profesional de un individuo, en el fondo implique una descalificación a su persona (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 27).

No obstante lo anterior, la Sala procura ser cautelosa al explicar que pueden darse diversos supuestos cuando se trata de realizar críticas a la actividad profesional y que no todas —necesariamente— menoscaban el derecho al honor (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 38). Por ejemplo:

- 1) Puede haber críticas molestas e hirientes y no menoscabar el derecho al honor de una persona.
- 2) Puede haber críticas que carezcan de protección constitucional y no menoscabar el derecho al honor de una persona.
- 3) Puede haber expresiones ilícitas y no menoscabar el derecho al honor de una persona.

Hasta aquí, podemos prever que son pocos los elementos objetivos para señalar la existencia de un daño al honor de Prida, pero en la sentencia se desarrolla una idea todavía más subjetiva y problemática, que es "el honor colectivo" (Narváez, 2016). Esta idea consiste en que

el respeto al honor de las personas como límite del ejercicio de la libertad de expresión [...] alcanza un mayor estándar de protección, cuando las mismas se refieran a colectividades que por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, han sido ofendidos a título colectivo por el resto de la comunidad (amparo en revisión 28/2010, foja 50).

A pesar del reconocimiento de este honor colectivo, no se escapa al hecho de que puede haber expresiones legítimas que resulten incómodas o hirientes o expresiones que no estén dentro del ámbito de protección constitucional y no por ello colisionan con el derecho al honor de otras personas. Es decir, "no todas las críticas que supuestamente agraven a una persona, grupo o incluso a la sociedad o el Estado pueden ser objeto de responsabilidad legal" (amparo en revisión 28/2010, foja 77).

Es importante recordar que, dentro de la controversia, ni a Núñez ni a Prida les importa la discriminación a la que pueden verse sometidas las personas homosexuales. Tampoco usaron las expresiones para incitar a la violencia en contra de una persona o personas determinadas que se identifiquen como parte de la comunidad LGBTIQ+. Para reforzar lo anterior, la siguiente referencia es de gran soporte:

Ofender no es discriminar. El periodista insultado por la columna reclamó el respeto a su honor, no una discriminación por pertenecer a cierto grupo social. La decisión de la Sala terminó mezclando el estándar del insulto (las expresiones ofensivas) con el de la discriminación (el menosprecio hacia una categoría sexual) (Cossío, 2013).

Además, no podemos pasar por alto que los límites a la libertad de expresión son los derechos y la reputación de terceros, no sus sentimientos (Artículo 19, 2013). Esto es parte de las razones por las que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —del cual México es parte— es considerado como uno de los sistemas que proporciona la protección más amplia a la libertad de expresión frente a otros (Botero et al., 2017). Tan es así que existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo.

Con lo anterior no se busca restar importancia a la manifestación peyorativa que mediante el lenguaje puede utilizarse contra una persona o un grupo, pero sí identificar el tipo de intervención que el Estado puede o no tener en una determinada problemática. El ideal sería combatir al pensamiento estereotípico mediante la confrontación de ideas, y no proscribiendo determinadas palabras del diccionario (Cossío, 2013).

En la sentencia la Primera Sala se aproxima peligrosamente a generar un listado de "palabras prohibidas" por la carga estigmatizante y los estereotipos asociados a ellas. Dicho planteamiento no sólo es contrario a la libertad de expresión, sino que también refuerza los estereotipos asociados a ciertas expresiones. Se engrandece la idea de que las palabras "prohibidas" pueden provocar un daño en una determinada persona, sin considerar quién es la persona que las emite, quién es la persona que las recibe, cuál es la intencionalidad y en qué contexto se están dando.

C. Discriminación y libertad de expresión en el caso concreto

La sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012 es conocida como un referente acerca de los límites de la libertad de expresión frente a la no discriminación. En ese entendido, resulta importante precisar algunas nociones e ideas preliminares, comenzando por el principio de interdependencia, que consiste en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos depende de la realización de otro derecho

u otro grupo de derechos (Serrano y Vázquez, 2013), por lo que el reconocimiento, respeto y garantía de unos depende de la existencia de otros. En el caso particular, nos referimos a la libertad de expresión y la no discriminación.

Por un lado, tenemos la libertad de expresión, que es considerada la piedra angular de toda sociedad libre, democrática y participativa (caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, 2001b); cuyo papel es incuestionable, pues cuando las personas pierden la posibilidad de expresarse libremente —y por cualquier medio, añadiría— también se pierde la posibilidad de informarse y tomar posición frente a la realidad que nos rodea (Álvarez, 2006).

Mientras que, por el otro, el derecho a la no discriminación busca combatir las diferentes formas de violencia ejercidas por una persona o un grupo de personas en posición de dominio, quienes establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos (Salazar y Gutiérrez, 2008).

La sinergia entre la libertad de expresión y la no discriminación suele ser una constante; pero aún así, hay ocasiones en que se pueden generar tensiones entre sí. Tema que ha sido objeto de deliberaciones modernas y que ha traído a flote términos —todavía abstractos y ambiguos—, como "discursos de odio". En esta colisión de derechos, Rodríguez Zepeda adelanta que "lo que se juega [...] no es una problemática socioeconómica, sino una simbólica, lingüística y de trato, aunque no por ello menos material y productiva" (2018).

Al respecto, la academia, la sociedad civil, juzgadores e incluso empresas han tratado de delinear y problematizar en torno a cómo deberían regularse en una sociedad democrática los discursos que basados en prejuicios, estereotipos y estigmatizaciones se dirigen a grupos en situación de

vulnerabilidad. Cada una de las propuestas y análisis varían, y prueba de ello es amparo directo en revisión 2806/2012 aquí analizado.

Sólo por mencionar algunas posturas —de forma somera—, por un lado tenemos a Roberto Niembro, quien, en un interesante debate con Estefanía Vela, sostiene que "el insulto siempre deba estar prohibido, sin embargo, en este caso concreto, considero que al tratarse de una expresión discriminatoria no aporta nada —y sí perjudica por desincentivar la participación— a la deliberación democrática" (2013).

Por su parte, Francesca Pou (2014) se suma a la idea de Niembro y afirma que la resolución de la Primera Sala tiene un impacto favorable dado sus capacidades de colocar en la agenda pública un asunto del que no se hablaba; obligar a las autoridades competentes a crear una política pública que no existía o a dinamizar las existentes; ayudar a la articulación de la sociedad civil, derivado de la movilización que el litigio requiere; así como ayudar a cristalizar o transformar identidades personales y grupales, o cambiar (y dignificar) los términos en los que ciertos asuntos eran social o políticamente nombrados.

Por el contrario, Estefanía Vela (2013) señala que el contenido de la sentencia no le parece necesariamente adecuado para ser un asunto relacionado con un juicio de daño moral, y Cruz Parceró (2018) manifiesta que existe diferencia entre una Corte activa y una Corte activista, y que una concepción robusta —como la define Pou— no es sinónimo de una concepción voluntarista o arbitraria.

Por mi parte, considero que la sentencia se convierte en un ejemplo de un acto discursivo dominante dirigido a públicos dominantes intentando explicar, desde una visión sesgada, paternalista y heteronormada, el impacto indirecto del lenguaje a las personas LGBTIQ+. ¿Por qué?, "puñal" y "maricones" fueron palabras a las que se les asignó un significado absoluto y se ignoró la intención, el contexto particular, el impacto entre quién emite la expresión y quién la recibe y la polisemia de las propias

palabras. Esto va en contra de los propios criterios del Sistema Interamericano, el cual prevé que las limitaciones se deben evaluar con referencia a los hechos del caso en su totalidad y a las circunstancias y el contexto en el cual ocurrieron (*mutatis mutandis*) (Corte IDH, caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, 2001a, párr. 154).

Partiendo de que los derechos humanos son interdependientes, la libertad de expresión y la no discriminación coexisten en nuestro día a día incluso cuando se hace uso de expresiones homófobas en la cotidianidad. Por supuesto que estas expresiones son desagradables y deben ser combatidas y proscritas a través de una transformación social, cultural e ideológica, pero abrir la puerta a las sanciones civiles como un mecanismo para ello simplemente parece un error que apunta a la censura.

Los prejuicios —y estereotipos— contaminan nuestros medios sociales, en concreto, el lenguaje (Halliday, 1982). Esto implica que palabras como "maricones" y "puñal" no sólo tengan una intención particular de denigrar a alguien por su orientación sexual, sino que también tiene una connotación ofensiva general (como son empleadas en la habitualidad mexicana).

Esto quiere decir que a pesar de que tenemos en el vocabulario mexicano un fuerte arraigo de expresiones desagradables que también refuerzan estereotipos en contra de grupos en condiciones de vulnerabilidad, el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto de las expresiones que podrían ser bien recibidas o no (amparo directo en revisión 28/2010, foja 14). Ante esto, resulta importante reiterar que no todas las críticas que supuestamente agraven a una persona, grupo o incluso a la sociedad o al Estado pueden ser objeto de responsabilidad legal (amparo directo en revisión 28/2010, foja 14).

No obstante, la Primera Sala deja una premisa que destaca por su vaguedad y ambigüedad: "el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar mediante el empleo de términos *excesivamente fuertes y sin articular*

una opinión, puede conllevar a una sanción que no resultaría violatoria a la libertad de expresión" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 36) (énfasis añadido).

¿Son "maricón" y "puñal" términos excesivamente fuertes? Pareciera que la carga homosexual que hay detrás de esas palabras induce a pensar que sí. La Primera Sala no se encarga de analizar dicha situación. Por el contrario, nos proporciona una catedra —que analizaremos más adelante— al respecto de un punto que ninguna de las partes había argumentado antes: la discriminación a la población LGBTIQ+ de forma colateral.

D. Puñales, maricones y las expresiones absolutamente vejatorias

Sobre las palabras "puñal" y "maricones" resulta interesante el análisis que hace la Primera Sala. Esto por examinarlas casi en abstracto. Situación que destaca debido a la omisión de analizar el contexto particular y la intención con que dichas palabras fueron publicadas. En consecuencia, se llegó a la afirmación de que en la nota titulada "El ridículo periódico del siglo" se emplearon términos que constituyen un discurso homóforo por ser expresiones absolutamente vejatorias.

En el amparo directo en revisión 2806/2012 materia de análisis, se explica que para que una expresión sea absolutamente vejatoria se deben satisfacer dos requisitos:

- 1) Que sea ofensiva u oprobiosa según el contexto y
- 2) Que sea impertinente para expresar opiniones o informaciones.

Sobre el primer punto, para poder calificar a las expresiones como ofensivas u oprobiosas según el contexto, éstas deben realizar inferencias crueles que inciten a una respuesta en el mismo sentido, pues al contener un desprecio personal, se constituyen como manifestaciones ofensivas que actualizan una absoluta vejación. Al respecto del segundo, relativo a

las expresiones que son impertinentes para expresar opiniones o informaciones, implica que las mismas sean innecesarias para la emisión del mensaje (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 39).

Por su parte, Narváez (2016, p. 12) hace una observación muy pertinente sobre la noción de expresiones absolutamente vejatorias, evidenciando una serie de importantes contradicciones; en la sentencia se califican como "absolutas" expresiones que —de acuerdo con su propio estándar— tienen que ser analizadas "según el contexto". Es decir, remitirse al contexto en el que se suscitaron dichas expresiones, razón por la cual el concepto se vuelve un equívoco que genera confusión.

Lo mismo sucede con el segundo elemento para acreditar que una expresión sea "absolutamente vejatoria", al supeditarse a evaluar si las expresiones son impertinentes para expresar opiniones o informaciones. Debido a lo anterior, la Corte no puede hablar de "absolutos", sino de relativos, probabilidades que están sujetas a la subjetividad interpretativa.

Lo anterior —siguiendo la misma línea de Narváez— no se limita a un problema de semántica. Esto debido a la subjetividad y vaguedad del estándar propuesto por la Primera Sala, en el que se le da un carácter preponderante a la afectación de los sentimientos para que una expresión sea "absolutamente vejatoria", pues remite al carácter ofensivo u oprobioso de dicha expresión (Narváez, 2016).

En suma, la calificación sobre la pertinencia o impertinencia de una expresión priva al individuo de su potestad para juzgar cómo es mejor dar su mensaje y resulta en una invasión a la autonomía de las personas en la medida en que posibilita al Estado alterar el significado original de las ideas (Narváez, 2016). Como ya lo había anunciado Artículo 19 (2013): los jueces del país pasarán a ser correctores de estilo.

Si bajamos las definiciones de la Primera Sala a los hechos del caso, tanto el actor como el demandado realizaron expresiones ofensivas (ambas partes

buscaban lastimar los sentimientos), pues la intencionalidad de las publicaciones tendían a incitar una respuesta en el mismo sentido. Por lo que palabras como "puñal" y "maricones" eran expresiones pertinentes en el contexto de dos personas peleando con toda la intención de ofenderse mutuamente.

Punto y aparte, la sentencia afirma que las expresiones absolutamente vejatorias pueden referirse a una colectividad o grupo reconocible. Resulta evidente que la intención es aludir a las personas LGBTIQ+, quienes en ningún momento forman parte de la discusión, aunado a que las expresiones "puñal" y "maricones" en el contexto —particular— en que fueron expresadas no persiguen la finalidad de dirigirse a las personas o a algún colectivo LGBTIQ+ ni de generar alguna afectación en sus derechos.

Si bien es cierto que las personas LGBTIQ+ pertenecen a un grupo que históricamente se ha visto vulnerado, esto no quiere decir que el lenguaje que puede llegar a emplearse en su contra sea discriminatorio en sí mismo, sino que tiene que analizarse en razón de a quién va dirigido el mensaje, el contexto particular y la intencionalidad. De lo contrario se podría empezar a crear un catálogo o diccionario de expresiones discriminatorias en contra de grupos en situación de vulnerabilidad, que al ser manifestadas en contextos que no tengan que ver de forma directa con ellos significarían un "límite" de expresiones permitidas o no. En consecuencia, existiría una censura previa de determinadas palabras.

Ahora, en el lenguaje podemos identificar que existen palabras con una profunda carga estereotipada, comúnmente asociadas con un lenguaje discriminatorio, que consiste en destacar categorías sospechosas. Mientras que los estereotipos contienen juicios de valor sobre los integrantes de un grupo determinado, por lo que muchas palabras que reflejan estas cargas son utilizadas para descalificar o justificar acciones en contra de aquellos (Islas Azais, 2005). Dentro de estos discursos, la sentencia identifica el discurso homófobo, el cual describe como "una serie de calificativos

y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 44).

Las palabras analizadas en la sentencia se encuentran en el marco de aquellas cuya connotación reproduce estereotipos, como cientos de otras palabras de la lengua castellana. La diferencia es que la resolución pudo haber sido muy diferente si en una discusión entre dos hombres —aparentemente— heterosexuales no se hubieran (des)calificado como homosexuales.

Esta situación nos remite a que en un discurso dominante no se debe permitir que un hombre pueda verse vulnerado en su "hombria" o "masculinidad", y la sentencia reproduce el discurso dominante del hombre heterosexual mexicano. Pues el desarrollo no implica ningún beneficio para la comunidad LGBTIQ+, porque ninguna persona homosexual se ve afectada por la pelea entre los dos sujetos. No hay un discurso de odio en contra de una persona que sea parte de la comunidad LGBTIQ+, no hay una afectación a los derechos de nadie de la comunidad, sin embargo, las expresiones fueron calificadas como discursos discriminatorios, cuando ninguna de las partes estaba siendo discriminada.

No obstante lo anterior, la Primera Sala consideró que el lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, las cuales calificó como "impertinentes", actualizando así la supuesta presencia de expresiones absolutamente vejatorias en la columna de Núñez (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 42).

A manera de ejemplo, los criterios desarrollados serían suficientes para prohibir manifestaciones como las del Frente Nacional por la Familia y todos los programas de entretenimiento en los cuáles se aborda la homosexualidad como una situación aberrante, antinatural, burlesca o ridícula, y remarcan una supuesta inferioridad respecto de las personas heterosexuales. Esto debido a que la orientación sexual "no puede constituir

un dato pertinente para la calificación social de una persona" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 4) o un grupo de personas.

En ese orden de ideas, se censurarían una serie de expresiones estereotípicas, discriminatorias y chocantes, pero también se correría el riesgo de silenciar voces y críticas importantes que muchas veces encuentran una reivindicación en las mismas formas de expresión que se han encargado de someter a los grupos vulnerables a lo largo de la historia. El Estado no puede prohibir una serie de expresiones que manifiestan la raíz de un problema cultural e histórico arraigado de una forma más profunda y que no se limita a castigar a quienes le digan "puñal" o "maricones" como forma de ofensa a otras personas. Perseguir el lenguaje no es transformar la realidad.

Si bien se reconoce que los términos empleados para atacar —a Prida Huerta y su periódico, con los que existía una disputa— son palabras con una carga estereotípica de asociar la homosexualidad con una minusvalía en la masculinidad de los hombres, esto no quiere decir que sea un discurso homófobo *per se*, debido a que, como mencioné, la intención de Núñez Quiroz en ningún momento fue referirse de forma despectiva hacia alguna persona o grupo LGBTIQ+.

La sentencia trata de resolver en favor de los derechos de las personas LGBTIQ+. No obstante, el resultado tácito es que está mal descalificar la masculinidad de un hombre pues, a través de referencias burlescas sobre la homosexualidad, "se hace referencia a la falta de virilidad por una parte, y una acentuación de actitudes y rasgos femeninos por la otra" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 49), como si eso estuviera mal, como si eso fuera una forma de discriminar a un hombre cuya heterosexualidad se asume, como si tuviera una carga negativa que los hombres fueran menos viriles por tener rasgos o actitudes femeninas —cuyo origen es una construcción social y no una característica innata en las personas—. Se desentraña el supuesto significado y valor inequívoco de las palabras para determinar la existencia de una afectación en una

sociedad profundamente homófoba y machista que no puede pasar por alto la "disminución" de su hombría.

Para reforzar lo anterior, en la resolución se identifica que el término "maricones" usado por Núñez pretendía calificar la "ausencia de pericia profesional o incapacidad de que los columnistas hagan una labor en términos aceptables" (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 50). Lo que refuerza la idea de que la finalidad de emplear dichos términos no era la de atacar a alguna persona LGBTIQ+.

Paradójicamente, la Primera Sala reconoce que no se usan esas palabras para manifestar una "preferencia sexual" (*sic*), sino como un supuesto aspecto de diferenciación peyorativa. Aquí es importante resaltar que si el uso de las palabras referidas hubiera sido en contra de una persona o un grupo de personas LGBTIQ+ y dependiendo del contexto, sí podríamos estar frente a la actualización de un discurso homofóbico.

A su vez, el discurso homofóbico, por muy chocante, molesto y retrograda que pueda llegar a ser, no quiere decir que necesariamente tenga que ser censurado si no se está realizando una incitación a la violencia que pueda representar un daño real o inminente a alguna persona. No obstante, teniendo de por medio una resolución judicial, sí podrían ser solicitadas las formas de reparación conducentes para la persona o personas afectadas.

En este orden de ideas, las personas podemos expresarnos a través de una forma de conocimiento: sabemos cómo comportarnos lingüísticamente (Halliday, 1982). Esto quiere decir que no sólo conocemos la lengua como un sistema abstracto, sino que el habla y la comprensión siempre se producen en un contexto. Ahora bien, el uso de palabras para ofender, cuya naturaleza es asociada con estereotipos, no necesariamente quiere decir que se esté atacando a una persona o grupo de personas en particular debido a los estereotipos con los que puede llegar a ser asociada. Simplemente pueden tener la intención de ser usadas como cualquier

otra ofensa. De ahí la importancia de atender al contexto determinado en que se suscita la expresión para poder comprender lo que se está diciendo.

La naturaleza de las ofensas muchas veces no tiene el objetivo de ser un discurso reflexivo que se detenga a razonar el impacto de sus palabras en terceras personas, es un discurso que sale desde el estómago en contra de una persona o grupo por alguna razón en particular. En el caso concreto eran dos periódicos locales de Puebla que se atacaban mutuamente, diferentes palabras, pero la misma intención.

La sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012 sostiene que "los términos 'maricones' y 'puñal', no pueden considerarse como manifestaciones abiertamente hostiles hacia las personas homosexuales" y aquí habría que agregar que tampoco tendrían que ser términos hostiles o peyorativos hacia personas heterosexuales. Aunque, de forma absurda, también afirma que en el contexto —generalizado del país— dichas palabras supuestamente "constituyen expresiones burlescas, con cuya emisión se pretende ridiculizar a las mismas"; dicha afirmación va más allá de lo que los hechos realmente demuestran, pues impone una carga desproporcionada de ofensa a las palabras en cuestión y un daño implícito a un grupo de personas o alguna persona en particular que en ningún momento manifestaron haberse sentido discriminadas y, por el contrario, arguyeron un daño a su honor; como si las palabras no hubieran tenido la intención de ofender y como si su condición de persona se viera afectada en su honor por implicar —de forma colateral— una orientación sexual diversa a la heterosexual.

A diferencia del criterio sostenido por la Primera Sala, en este caso, el uso del lenguaje dentro de una comunidad no se convirtió en un factor de rechazo hacia determinada persona o grupo de social, no hay evidencia de que alguna de las personas involucradas hubiera sido excluida por un tema de discriminación en razón de su orientación sexual. El argumento

desarrollado a lo largo de toda la sentencia resulta más endeble que una casa de naipes, pues ofender no es discriminar (Cossío, 2013).

Es cierto que las mayorías nunca pueden decidir los derechos de las demás personas y, aplicado al lenguaje, existen expresiones y palabras que efectivamente están arraigadas en el lenguaje habitual de una determinada sociedad; sin embargo, se reconoce una presunción de protección constitucional y convencional de todas las expresiones, salvo la propaganda de la guerra y la incitación a la violencia, con la voluntad y la potencialidad de causar violencia, así como la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil (CIDH, 2009).

En el mismo orden de ideas, el Ministro en retiro Cossío Díaz manifestó (2013) que la Primera Sala no atendió debidamente el caso, pues introdujo una grave distorsión al entendimiento de una libertad fundamental, además de establecer un estándar vago y ambiguo que impone restricciones a la libertad de expresión y resulta contraproducente para la finalidad buscada. Esto debido a que no se protegió a quien pretendía y soslayó uno de los derechos fundamentales. Es decir, las personas LGBTIQA+ no ganan nada y, por el contrario, el derecho a la libertad de expresión se ve afectado.

Ahora bien, ante la presunción de que existe una expresión protegida y que ésta genera una afectación al derecho de una tercera persona, queda claro que tal circunstancia trae como consecuencia una colisión de derechos. Ante esta situación, se debe analizar el caso concreto para hacer un ejercicio de ponderación que efectivamente permita determinar el grado de afectación y en qué medida debe restringirse la libertad de expresión —o no—. De lo contrario, se partiría de la idea de la existencia de palabras "no protegidas". Se aprobaría la existencia —tácita— de un diccionario de palabras prohibidas.

El ofender con determinadas palabras no quiere decir aceptar prácticas que realizan la mayoría de los integrantes de la sociedad y que impactan

directamente en los derechos de las minorías, se le está dando un poder —que no se tiene— a las personas cuya visión del mundo se limita a atacar u ofender; pero es importante reiterar que esto no tiene un impacto directo en el ejercicio de los derechos ni en la no discriminación de algún grupo en condiciones de vulnerabilidad. Contrario a lo manifestado por la Primera Sala (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 54), los términos "maricones" y "puñal" no generan, en sí mismos, una incitación o promoción de intolerancia a la homosexualidad.

La intolerancia a la homosexualidad puede darse de muchas formas más peligrosas, sin la necesidad de emplear términos peyorativos. Todos los días se vive a través de legislaciones que limitan los derechos de las personas fuera del discurso dominante de la heterosexualidad; a través de resoluciones jurisdiccionales que marginan a los contrapúblicos, ante la ausencia de investigaciones diligentes contra los delitos de odio que se cometen y de políticas públicas orientadas a educar desde la inclusión y la diversidad. Incluso resultan mucho más peligrosas las manifestaciones —como las del Frente Nacional por la Familia— que pretenden proteger los supuestos "derechos de las familias" promoviendo terapias de conversión y calificando de anormal a quien no piensa como ellos. Pero no por eso se les persigue, se les censura, ni habría por qué hacerlo. Son el reflejo de una verdadera sociedad intolerante y en la que se debe trabajar para resolver un problema estructural.

Mientras que la sentencia se enfocó en satanizar el uso de palabras que dañaron el honor de un hombre heterosexual que mantenía una serie de peleas y discusiones con su contraparte y que no iban dirigidas a una persona en particular o a un colectivo LGBTIQ+, en México no se cuenta con un registro oficial sobre delitos de odio en contra de personas que no se identifican como heterosexuales. De acuerdo con un reportaje de Animal Político (Arteta, 2020) en tan sólo 10 entidades de la república se han registrado al menos 209 asesinatos desde 2014 hasta mayo de 2020. Aunque se calcula que por cada registro hay una cifra negra de otros tres casos que quedan invisibilizados.

Modificar el lenguaje no es modificar la realidad. Como lo menciona Estefanía Vela (2013), el paralelismo entre la importancia de la expresión política y, a su vez, la relevancia de proteger el honor de estos grupos sólo se entiende a partir del papel que la Sala le atribuye al lenguaje en la creación de una realidad. Incluso, la sentencia puede ser interpretada como un esfuerzo en la forma en que la gente se insulta y las formas en que se les discrimina a las personas LGBTIQ+, pues exime de caer en discursos homofobos a las expresiones artísticas o científicas aun cuando éstas pueden ser, efectivamente, discriminatorias (Vela, 2013).

E. Sobre la impertinencia

Por mas reiterativo que suene, una —absoluta— realidad al respecto del uso de las palabras "maricones" y "puñal" contenidas en la nota titulada "El ridículo periodístico del siglo" es que fueron usadas con la finalidad de ofender. Esto responde a provocaciones y pleitos entre Núñez Quiroz y Prida Huerta. En ese contexto, la Primera Sala califica como "impertinentes" las expresiones de las opiniones tomando en consideración el mensaje emitido. No obstante, el mensaje no es una opinión ni una crítica, sino la continuación de una discusión que existía entre ambos periódicos con el afán de descalificarse mutuamente. Las ofensas fueron parte de esa batalla de descalificaciones y no expresiones cuyo objetivo era discriminar a alguien por su orientación sexual.

Al final, la Primera Sala concluyó (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 58) que las palabras "puñal" y "maricones" conformaron un supuesto discurso homofobo y por ende discriminatorio, lo que conllevó la actualización de expresiones ofensivas u oprobiosas que resultaron ser impertinentes por no encontrar una supuesta vinculación con el mensaje. Lo anterior intentando hacer las siguientes precisiones.

1.No se pronuncia al respecto de la veracidad de tales manifestaciones, es decir, su análisis respecto de las supuestas expresiones homofobas y por ende discriminatorias no involucra a ninguna de las partes (amparo

directo en revisión 2806/2012, foja 58). Por lo que el análisis relativo a si tales expresiones son parte de un discurso homofóbico y por ende discriminatorio resulta contraproducente para la libertad de expresión al ser un escrutinio desproporcionado, además de ser completamente inefectivo para la protección de los derechos de alguna persona o personas parte de la comunidad LGBTIQ+, pues ninguna de ellas manifestó alguna afectación por el uso de esas palabras en una discusión entre particulares.

2. Que la crítica realizada por Núñez Quiroz a los columnistas en el fondo implicaba una serie de cuestionamientos al encargado de diseñar e implementar la línea editorial que seguían los mismos (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 59); es decir, a Prida Huerta, con quien tenía conflictos. El análisis sobre el presunto discurso homofóbico y discriminatorio y la supuesta impertinencia de las expresiones no iban encaminados a reconocer la afectación a una persona o grupo de personas LGBTIQ+, ni a los columnistas a quienes fueron dirigidas. Al final, la única persona que la Primera Sala reconoce afectada por las expresiones "maricones" y "puñal" fue Prida Huerta, su homólogo director del diario local *Síntesis*.

3. La Primera Sala indirectamente generó un antecedente para prohibir que la gente se ofenda con palabras que contengan estereotipos —en este caso, en contra de las personas LGBTIQ+—, a pesar de que dichas palabras no tengan la intención de segregar, afectar o discriminar a alguien en razón de su orientación sexual. Pues, como lo manifestó,

las expresiones homofobas no fueron emitidas como un fin en sí mismas para criticar a determinados columnistas, sino como un medio para cuestionar la labor realizada por el señor Prida Huerta. Así, la nota cuestionada constituyó una crítica a la aptitud profesional del ahora recurrente, conformada por expresiones discriminatorias que se encuentran excluidas de la protección constitucional (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 60).

De lo anterior, resulta evidente que las expresiones "puñal" y "maricones" no fueron empleadas de forma homófoba y mucho menos para discriminar a una persona o grupo de personas. Fueron empleadas en un contexto de discusión en las que se pretendía ofender; situación que resulta muy diferente de intentar discriminar a alguien por su orientación sexual.

4. Impone una responsabilidad excesiva a los medios de comunicación, que puede tener severas implicaciones en la libertad de expresión por generar un potencial efecto disuasorio al tocar temas relativos a la orientación sexual de las personas, por temor a que se les pueda imponer una especial responsabilidad de evitar la propagación de discursos discriminatorios o que este precedente sea empleado de forma discrecional contra ciertos medios de comunicación y otros no.

5. La sentencia concluye con aclarar que el hecho de que las expresiones analizadas —supuestamente— conformaron un discurso homófobo, no implica necesariamente que hayan producido un daño moral (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 65).

F. Influencia europea

A grandes rasgos, podemos encontrar que en las sociedades democráticas como la de Estados Unidos de América, la de los países miembros del Sistema Europeo de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen estándares diferentes para proteger la libertad de expresión. Razón por la cual, cuando se trata de definir límites a la libertad de expresión debemos poner especial atención a nuestra región y evitar la importación de estándares que puedan ser contrarios al *corpus juris* que se ha construido con base en nuestras problemáticas particulares.

Lo anterior es un llamado de atención debido a que las decisiones jurisdiccionales de nuestros tribunales en muchas ocasiones desean traer o importar criterios que refuercen una idea subjetiva pero contraria a

las herramientas objetivas proporcionadas por el propio sistema al que pertenecen.

Ante la importancia del derecho a la libertad de expresión, la ex relatora para la libertad de expresión, Catalina Botero, ha señalado que el marco jurídico del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos ha trascendido por ser el que proporciona un mayor alcance y mejores garantías a la libertad de pensamiento y de expresión y el que más reduce las posibles restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas (Botero, 2017). Lo anterior no es casualidad, pues a lo largo del tiempo se ha resaltado la importancia de la libertad de expresión como pieza clave para la justicia; postulado desarrollado en la *Teoría de la Justicia* de John Rawls (2012), quien también refuerza la idea de que las violaciones a las libertades básicas —entre ellas la libertad de expresión— no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas.

Concretamente, la sentencia de la Primera Sala se auxilia de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia local de España para equiparar el "discurso de odio" con la manifestación de insultos entre dos personas que pelean y cuyo motivo de discusión no es la orientación sexual entre ninguna de las partes, y que tampoco expresan incitaciones a la violencia en razón de la orientación sexual de persona alguna.

La resolución incluso hace uso de criterios que refuerzan el estigma alrededor de la orientación sexual de las personas, como si la homosexualidad fuera algo malo. Ejemplo de ello es la sentencia 4918/2004 del Tribunal Supremo de España, de ésta se retoma que "el uso de expresiones que, aun siendo exteriorizadas en términos coloquiales y con una intención jocosa, se refieran a la orientación sexual de una persona, integran una afrenta para el sujeto al que se dirigen, menoscabando su prestigio [...]". Mientras que de la sentencia 77/2009 del Tribunal Constitucional de España, la Primera Sala se auxilia del criterio consistente en que

las expresiones que se refieran a la condición sexual de una persona, sin que su empleo encuentre justificación en el contexto de ideas exteriorizadas, deben calificarse como injuriosas, repercutiendo en la consideración o dignidad del individuo, por lo que no se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

Es importante resaltar que en el caso concreto no se desprende que dichas ofensas fueran proliferadas para insinuar determinada orientación sexual, pero, en dado caso, ser homosexual o no, no implica una afectación. De lo contrario, tendría que interpretarse como una afectación en el mismo sentido y con el mismo impacto el asumir la heterosexualidad de alguien que no lo es.

Además, si bien es cierto que el discurso de odio puede ser tendiente a afectar a personas LGBTIQ+, éste debe estar destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo (CIDH, 2004), situación que no se actualiza en el Tribunal Superior y el Tribunal Constitucional de España, ni en el caso concreto que se analiza en la sentencia, tal como lo infiere la resolución (amparo directo en revisión 2806/2012, fojas 45-48).

Finalmente, resulta evidente la fuerte influencia europea y concretamente española que fundamenta los argumentos, por demás problemáticos, en la resolución, y que resultan incompatibles con el propio sistema regional de derechos humanos y por ende con el sistema constitucional mexicano.

G. Responsabilidad de los medios de comunicación

La Primera Sala hace un acercamiento interesante al respecto de las responsabilidades que tienen los medios de comunicación y los líderes de opinión. Esto debido a que hace énfasis en la importancia de las ideas,

conocimientos, teorías, doctrinas, ideologías, concepciones del mundo o simples opiniones que pueden llegar a imponer los líderes de opinión a través de un poder que emana de su habilidad de persuasión (amparo directo en revisión 2806/2012, foja 62).

En ese sentido, la lengua es considerada uno de los canales principales a través del cual se transmiten modelos de vida. Este canal enseña cómo se debe actuar como miembro de una "sociedad" y adoptar su cultura, sus modos de pensar y de actuar, sus creencias y valores. Éstos no se aprenden ni se transforman en los tribunales ni en los opúsculos morales, sino a través de los usos cotidianos del lenguaje (Halliday, 1982); por lo que la forma en que nos expresamos dice mucho de nuestra educación y la sociedad en la que nos hemos desarrollado. Sin embargo, como sociedad debemos aprender a darle el peso y el valor adecuado a las palabras en los contextos determinados. Pretender que las palabras tienen un valor único para cualquier contexto sería desafiar la naturaleza social del lenguaje, naturaleza que lo vuelve transmutable dependiendo del tiempo, modo y lugar.

No obstante lo anterior, por un lado, en el caso concreto se trata de dos directores de un medio de comunicación impreso de circulación local a quienes difícilmente se les puede considerar líderes de opinión más allá del impacto significativo de su localidad. Y, por el otro lado, Núñez no difundió ninguna idea, ideología, concepción u opinión en contra de alguna persona o personas por razones de su orientación sexual; sino que, como se señaló con anterioridad, utilizó las palabras "puñal" y "maricones" para ofender y no para discriminar.

H. La naturaleza de las palabras y su dinamismo social

Sobre este caso, la demanda por daño al honor que originó el amparo directo en revisión 2806/2012 no implicó actos de discriminación como la SCJN insistió en analizar. Las personas LGBTIQ+ son constantemente

discriminadas por su orientación sexual, lo que ocasiona una mayor dificultad de acceso a determinados derechos, bienes, intereses o libertades que son indispensables para poder tener una vida digna (Salazar y Gutiérrez, 2008). No obstante, el hecho de que se mencione su propia orientación sexual, incluso de forma peyorativa, puede ser una expresión sumamente desagradable, estigmatizadora y que debe ser combatida de forma estructural, sin que ello signifique que esas expresiones sean un discurso de odio en sí mismo o que deban ser expresiones perseguidas y sancionadas.

De lo anterior se expone que tanto la libertad de expresión como la no discriminación en el caso concreto están en el campo lingüístico. Razón por la cual era indispensable que el análisis de la sentencia tuviera como bastión los fenómenos sociolingüísticos en los que concurren experiencias históricas y culturales y apelan a una intención y un contexto determinado.

Por tanto, no puede pasar inadvertida la naturaleza inherente de las palabras y el dinamismo social que les permite alcanzar el objeto de ofender a alguien. Las palabras no tienen un significado único y absoluto, sino que van adquiriendo diversos significados a lo largo del tiempo, contextos e incluso posición geográfica.

No obstante, los tribunales han cometido el error de prohibir ciertas palabras —prácticamente— por su mera existencia, al considerar que infligen un daño o tienden a incitar a una ruptura inmediata de la paz. Además de considerar que tales expresiones no son parte esencial de ninguna exposición de ideas, y tienen un valor social tan trivial que cualquier beneficio que pueda derivarse de ellas es claramente superado por el interés social en el orden que se obtiene de reprimirlas. Lo anterior es retomado del precedente que generó la Corte Suprema de Estados Unidos (1942) con el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, en el que se dio el débil y controvertido análisis sobre las "fighting words", que resulta similar e inclusive análogo al desarrollado en 2013 por la Suprema Corte

mexicana, en el que se aíslan las palabras "puñal" y "maricones" de cualquier contexto; se omiten los diferentes significados que pueden llegar a tener, los alcances del discurso y las posiciones sociales de los emisores y destinatarios y, por el contrario, se les asigna un significado único y absoluto.

Además, se comienzan a realizar afirmaciones tautológicas que llevan a concluir que "[q]uien utiliza una expresión homófoba, lo hace dentro de un discurso homófobo y tiene por ende una actitud o conducta homófoba" (Cruz, 2018). Para comprenderlo mejor, es importante realizar una distinción entre:

- 1) Las actitudes y conductas homofóbicas que tienen un carácter intencional de generar una afectación en la esfera de los derechos de las personas LGBTIQ+; por ejemplo, un despido en razón de la orientación sexual de una persona.
- 2) Los discursos homófobos que podrían o no usar palabras estigmatizantes para las personas LGBTIQ+, pues pueden existir discursos homofóbicos que no impliquen la expresión de ninguna palabra peyorativa; por ejemplo, artículos académicos a través de los cuales se infiera la supremacía de las personas heterosexuales y la anormalidad de quienes no lo son, o debates en los que se argumente el supuesto daño al interés superior del menor por formar parte de una familia homoparental.
- 3) Por otro lado, las expresiones homófobas no siempre serán parte de un discurso homófobo. Me explico: dada la polisemia del lenguaje, las expresiones homófobas pueden ser usadas como expresiones cotidianas que pueden ser rudas o jocosas e incluso perder su carga negativa; por ejemplo expresiones como "antes lencha que pendeja" o "deja de llorar, no seas marica", que si bien son expresiones desagradable no quiere decir que se esté discriminando a una persona o grupo de personas en razón de su orientación sexual.

- 4) El discurso de odio da el siguiente paso y busca "incitar a la acción" en contra de alguna persona o grupo de personas (Vela, 2013).

Estefanía Vela manifestó de forma clara que el punto de la libertad de expresión es que "sean los mismos ciudadanos los que tengan la capacidad de confrontar las ideas. En este caso, a quienes se *oponen*, abiertamente, a la homosexualidad o a quienes, *inconscientemente*, perpetúan esquemas de opresión" (2013). Es decir, robustecer la información que combate de forma activa los estereotipos y ataques en contra de las personas LGBTIQ+.

I. Conclusión

Si todas las personas fuéramos susceptibles de ser sancionadas por vía civil al ser señaladas de haber expresado alguna palabra que no esté protegida constitucionalmente por contener estereotipos en contra de un grupo en situación de vulnerabilidad, me atrevo a asegurar que muchas en México ya habrían sido sancionadas.

Lo anterior no significa que esté bien aceptar el uso de expresiones que refuerzan los estereotipos en contra de grupos vulnerables; sino que afectar la libertad de expresión e iniciar una serie de procedimientos jurisdiccionales no son la herramienta adecuada para modificar las condiciones estructurales que nos llevan a expresarnos de formas tan poco empáticas. El resultado de la sentencia fue prohibir las palabras y no la intencionalidad ni el contexto particular en que fueron expresadas y el daño que ocasionan.

La proscripción de palabras sin nexos con el contexto en el que se pronunciaron debiera resultar prácticamente imposible. La función de los tribunales, en particular el constitucional, no es erigirse en policías del lenguaje, encargados de prohibir todas aquellas expresiones que pudieran lastimarnos, sino identificar los casos concretos en los que su uso genere odio, exclusión o incite a la violencia contra ciertas personas o colectivos.

En todo lo que no cabe en esos apretados límites, los tribunales deben dejar hablar con libertad a las personas.

Fuentes

Álvarez, I. (2006), "Libertad de Expresión en América Latina", en Gutiérrez Contreras, J. C. (coord.), *Derechos humanos y libertad de expresión en México*, pp. 41-47, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11378>.

Amparo directo en revisión 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 23 de noviembre de 2011, foja 14.

Amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de marzo de 2013.

Arteta, I. (2020), "Crímenes de odio: Observatorio LGBT+ registra 209 asesinatos desde 2014; este año van 25", *Animal Político*, 29 de junio de 2020, disponible en <https://www.animalpolitico.com/2020/06/asesinatos-lgbt-crimenes-odio-observatorio/>.

Artículo 19 (2013), "Los puñales de la Suprema Corte", *Animal Político*, 24 de abril, disponible en <https://www.animalpolitico.com/altoparlante/los-punales-de-la-suprema-corte/>.

Botero, C. et. al. (2017), *El derecho a la libertad de expresión: Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2005), Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202004.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009), Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/RELEAnual%202009.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001a), Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001b), *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C. No. 73, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.
- Cossío Díaz, J. R. (2013), "Palabras prohibidas", *Letras Libres*, 5 de abril, disponible en <https://www.letraslibres.com/mexico/palabras-prohibidas>.
- Cruz, J. A. (2018), "Los límites de la libertad de expresión frente a la no discriminación", en Rodríguez Zepeda, J. y González Luna Corvera, T. (coords.), *El prejuicio y la palabra: Los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste*, pp. 141-173, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

- Halliday, M. A. K. (1982), *El lenguaje como semiótica social. La interpretación social del lenguaje y del significado*, Ferreiro Santana, J. (trad.), México, FCE.
- Islas Azaïs, H. (2005), *Lenguaje y discriminación*, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, disponible en http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/49%20CI004_Ax.pdf.
- Narváez, A. (2016), "El honor colectivo como límite a la libertad de expresión en México: aproximación crítica al amparo directo en revisión 2806/2012 relacionado con el uso de expresiones homófobas en medios de comunicación impresa", *Revista Juez*. núm. 5, pp. 287-316.
- Pou, F. (2014), "Libertad de Expresión y discurso homofóbico en México: ¿Es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 140, pp. 585-616, disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v47n140/v47n140a7.pdf>.
- Rawls, J. (2012), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, J. (2018), "El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio", en Rodríguez Zepeda, J. y González Luna Corvera, T. (coords.), *El prejuicio y la palabra: Los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste*, pp. 27-73, Ciudad de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Salazar, P. y Gutiérrez, R. (2008), *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Serrano, S. y Vázquez, D. (2013), *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso.

Tribunal Constitucional de España, Primera Sala (2009). Sentencia 77/2009, de 23 de marzo. BOE núm. 102, de 27 de abril de 2009, disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6496>.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil (2004). Roj: STS 4918/2004. Resolución del 08/07/2004. No. de Recurso: 4642/1999. No. de Resolución:766/2004. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cff805575c773a00/20060323>.

United States Supreme Court, USSC (1942). *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (No. 255); Argued: February 5, 1942; Decided: March 9, 1942, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568> (última fecha de consulta: 17 de diciembre de 2020).

Vela, E. (2013), "La Corte y sus tropiezos ante las expresiones insultantes", *Nexos*, 22 de abril, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2591>.

Vela, E. y Niembro, R. (2013), "La Corte frente las expresiones insultantes y discriminatorias. Un debate", *Nexos*, 30 de abril, disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2624>.

**El derecho a la identidad de género.
Una mirada a través de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación**

Haydeé Gómez Avilez*

* Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido asistente de investigación en la Cátedra Extraordinaria "Benito Juárez" del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en El Colegio de México y en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente se desempeña como analista legal en Intersecta, Organización para la Igualdad.

SUMARIO: A. Introducción: el paradigma de derechos humanos; B. Conceptos básicos, sexo, género e identidad; C. La situación de vulnerabilidad de las personas trans en México; D. El reconocimiento jurídico de los derechos de personas trans en México; E. El derecho a la identidad de género y la Suprema Corte: agenda de derechos; I. Amparo directo civil 6/2008: el contenido del derecho a la identidad de género; II. Amparo en revisión 1317/2017: el procedimiento idóneo para adecuar los documentos de identidad a la identidad de género de las personas; III. Amparo en revisión 101/2019: consolidación de criterios jurisprudenciales; F. Conclusiones.

A. Introducción: el paradigma de derechos humanos

Ante el fascismo, el totalitarismo y las atrocidades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, se configuró un nuevo modelo jurídico internacional centrado en la dignidad humana y en el reconocimiento universal de los derechos humanos. A partir de entonces, surgieron declaraciones de derechos humanos y se consolidó el derecho internacional de los derechos humanos.

Este cambio de paradigma de la posguerra supuso una reconfiguración normativa y conceptual de los derechos humanos que impuso obligaciones a los Estados para su tutela, más allá de las fronteras estatales. Ese nuevo orden implicó, además, repensar el papel del derecho y sus normas como herramientas fundamentales para transformar la realidad social.

El paradigma de derechos humanos de la posguerra comenzó a consolidarse en las décadas de 1960 y 1970, a partir de la emisión de convenios

vinculantes de derechos humanos para los Estados que los ratificaran. El primero fue la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), seguido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Dicha reconcepción ha permitido la inclusión normativa de conceptos, protecciones y derechos que han buscado salvaguardar de manera particular los derechos de ciertos grupos minoritarios en situación de desventaja, puesto que se ha reconocido que hay algunos impedimentos de carácter sistemático que no les permiten ejercer sus derechos de forma efectiva.

Lo anterior, sin embargo, no ocurrió en el vacío. Estuvo nutrido en buena parte por las movilizaciones sociales de diversos grupos minoritarios de la época. Esos grupos exigían un reconocimiento legislativo pleno de sus derechos humanos frente a la discriminación estructural¹ a la que se enfrentaban y que limitaba sus facultades para ejercerlos de manera efectiva (Young, 2000, p. 74).

Parte importante de esas movilizaciones sin duda fue el activismo LGBT o de la disidencia sexual² en general, y el activismo de personas trans en particular. Su objetivo era frenar la violencia estatal a la que se enfrentaban cotidianamente derivada de la criminalización y persecución estatal de sus prácticas e identidades.

¹ La discriminación se entiende como "el conjunto de prácticas, informales o institucionalizadas, que niegan el trato igualitario o producen resultados desiguales para ciertos grupos sociales y que tienen como consecuencias la privación o el menoscabo en el acceso a los derechos y la reproducción de la desigualdad social" (Solís, 2017, p. 27).

² Algunos organismos internacionales como la ONU han adoptado el término LGBT para referirse a lesbianas, gays, bisexuales, personas trans y todas las personas que confrontan de manera directa los estándares de la sexualidad y la identidad de género. Este acrónimo se ha ampliado para dar cabida a otras expresiones sexuales e identitarias que han buscado reconocimiento jurídico y político, por lo que tiene algunas variantes como LGBTTTI o LGBTTTIAQ+. No obstante, se reconoce que hay algunas personas activistas y académicas que rechazan esta denominación por considerar que puede llegar a imponer cierta identidad unitaria e invisibilizar la discriminación y violencia estructurales a las que se enfrentan en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el legal (Santos, 2013, p. 61; Mathers, Sumerau y Cragun, 2018, p. 935).

Un caso emblemático es, sin duda, el activismo de la diversidad sexual que encontró distintas rutas en el espacio jurídico para ampliar el alcance de sus demandas. Nutridos por el activismo judicial de grupos feministas o de minorías raciales, el activismo LGBT ha encontrado en el sistema judicial una herramienta fundamental para la inclusión paulatina de sus demandas políticas en la esfera pública, en términos de reconocimiento de derechos humanos.

De manera más reciente, el activismo trans también ha seguido esta ruta y ha encontrado interpretaciones judiciales de suma importancia que han contribuido de manera fundamental a que se reconozca la identidad de género como un elemento transversal para la protección y garantía de derechos humanos.

Este activismo judicial no ha sido ajeno a México. Derivado de la nueva agenda de derechos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), las personas trans encontraron en ésta una aliada en el reconocimiento de derechos en el ámbito nacional, lo que también ha llevado a posteriores modificaciones legislativas que reconocen el derecho a la identidad de género.

Para presentar el desarrollo del reconocimiento de los derechos de las personas trans en el ámbito jurisdiccional mexicano, este documento se estructura en cuatro apartados. Un primer apartado se dedica a los conceptos básicos para comprender, de manera general, la condición de las personas trans. Se analiza la diferencia entre *género*, *sexo* y *sexualidad*, y se profundiza en el término *identidad de género*.

En segundo término, se presenta un breve apartado con respecto a la situación de discriminación y violencia a la que se enfrentan las personas trans, con el fin de comprender la razón por la que se les considera un grupo en situación de vulnerabilidad, frente a la cual el Estado adquiere una obligación reforzada para la protección de sus derechos humanos.

En tercer lugar, se examina el reconocimiento jurídico de la identidad de género en México, que, aunque escaso, resulta importante conocer con el fin de contextualizar la relevancia de las decisiones de la Suprema Corte en la materia. Finalmente, para dar cuenta de la evolución interpretativa de la Corte y de su trascendencia en el ámbito nacional, se estudian tres sentencias emblemáticas con respecto a la identidad de género: el amparo directo civil 6/2008, el amparo en revisión 1317/2017 y el amparo en revisión 101/2019.

B. Conceptos básicos: sexo, género e identidad

A la luz del nuevo paradigma de derechos humanos y de los desarrollos teóricos feministas de la época, el activismo de la diversidad sexual y el activismo trans, en particular, impulsó diversas estrategias de acción política. Una de las más importantes fue una agenda colectiva de derechos desplegada en distintas esferas, con el fin de obtener reconocimiento jurídico y social, y lograr, en consecuencia, una protección estatal reforzada.

Para entender la problemática, sin embargo, se requiere analizar ciertos elementos clave, con el fin de entender de dónde vienen la estigmatización y la exclusión a las identidades de género diversas, así como el posterior desarrollo jurídico y judicial de los derechos de personas trans. A continuación, se desarrollan conceptos importantes para comprender tal progreso.

Por un lado, la agenda política se construyó a partir del cuestionamiento de la validez de la naturalidad de los estereotipos y estigmas en torno al *género* y al *sexo*. El primero se refiere a los atributos que social, histórica, cultural, económica, política y geográficamente han sido asignados a los hombres y a las mujeres. El segundo, en cambio, referencia a los cuerpos sexuados de las personas a partir de las cuales son clasificadas como hombres o mujeres al nacer.

El concepto *sexo asignado al nacer*, contrario a las nociones previas, parte de la idea de que el sexo no es un hecho biológico innato, sino una construcción sociocultural mediante la cual se les asigna a las personas un sexo al nacer —denominándolas hombre o mujer—, con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales (Conapred, 2016, p. 31).

Al respecto, existe una creencia sobre el género binario que precede la lectura de los genitales, por lo que no es posible hablar de un "sexo natural". Si bien existen diferencias sexuales, lo que está en disputa es "la legitimidad de los estereotipos construidos por la sociedad sobre esas diferencias, como si el sexo constituyera una realidad inapelable" (Cabral y Maffia, 2003, p. 86).

En este orden de ideas, se cuestiona ampliamente la supuesta concordancia entre el sexo y el género, puesto que esa percepción, sostenida desde la medicina, ha provocado que se busque "disciplinar los cuerpos cuando no se adaptan cómodamente a la lectura que se espera hacer de ellos" (Cabral y Maffia, 2003, p. 86).

Esto sucede con las personas *intersex*, término paraguas que nomina una condición de no conformidad física con criterios culturalmente definidos de normalidad corporal (Cabral y Maffia, 2003, p. 121). Frente a esa supuesta anormalidad, las personas intersex han sido sometidas a tratamientos quirúrgicos innecesarios para "remediar" su condición y llevar sus corporalidades al espectro deseado (Saldivia Menajovski, 2017, p. 42).

Para desmontar estas categorías que asumen concordancias entre sexo y género, el activismo ha introducido el término *identidad de género*. Pero ¿qué podemos entender por este concepto? De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, se refiere a

[la] vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente, misma que puede corresponder o no con el sexo

asignado al nacer. Incluye la vivencia personal del cuerpo, que podría o no involucrar la modificación de la apariencia o funcionalidad corporal a través de tratamientos farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. También incluye otras expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (Principios de Yogyakarta, 2007).

Cuando la identidad de género de una persona coincide con el sexo que le fue asignado al nacer, se le denomina persona cisgénero. Esto quiere decir que cuando un médico etiqueta a una persona como hombre o mujer, la persona se identifica con esa categoría.

En cambio, cuando la identidad de género de una persona no coincide con la que inicialmente le fue asignada al nacer, se le denomina, en términos generales, como persona trans. Tal concepto es un término paraguas que incluye —pero no se limita— a personas transexuales, transgénero, travestis, *cross dressers*, no géneros, multigéneros, de género fluido, *gender queer* y otras autodenominaciones relacionadas. Además, es importante señalar que algunas personas trans se identifican como hombres o mujeres, mientras que otras lo hacen con categorías de género no binarias (López Castañeda, 2018, p. 9).

Al respecto, existe una expectativa, creencia o estereotipo de que todas las personas "a las que se les asignó masculino al nacer, siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres". A eso se le llama *cisnormatividad*. En otras palabras, se espera que todas las personas sean cisgénero, o se asume que esa condición es la normal y aceptable (Conapred, 2016, p. 15).

Además de la identidad de género, es importante resaltar el término *expresión de género*, que se refiere a la manifestación externa del género de una persona, la cual puede ser impuesta, aceptada o asumida. Puede

expresarse a través de las posturas, la forma de vestir, los gestos, el lenguaje, el comportamiento y las interacciones sociales (CIDH, 2015, párr. 22).

Estos conceptos, sin embargo, no deben confundirse con la orientación sexual de las personas, que es independiente de la expresión y la identidad de género. De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, la orientación sexual se refiere a

la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, denominada *heterosexualidad*, o de su mismo género, es decir, homosexualidad o de más de un género, llamada *bisexualidad*, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (Principios de Yogyakarta, 2007).

De ese modo, una persona puede ser heterosexual, bisexual u homosexual, independientemente de su identidad de género.

Al igual que como sucede con la cisonormatividad, las sociedades jerarquizan la heterosexualidad por encima de cualquiera otra forma de sexualidad. Algunos autores lo han denominado *heteronormatividad* (Warner, 1991, p. 11; CIDH, 2015, párr. 40). Este sistema establece

una expectativa, creencia o estereotipo de que todas las personas son, o deben ser, heterosexuales, o de que esta condición es la única natural, normal o aceptable; esto es, que solamente la atracción erótica afectiva heterosexual y las personas heterosexuales, o que sean percibidas como tales, viven una sexualidad válida éticamente, o legítima, social y culturalmente (Conapred, 2016, p. 21).

En este sentido, la homosexualidad y la heterosexualidad se configuran más que como prácticas sexuales: se configuran como instituciones binarias y contrapuestas que organizan formas de ser y formas de pensar acerca de lo sexual (Weeks, 2012, p. 17). Están compuestas por normas

legales, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a un estándar heterosexual (CIDH, 2015, párrs. 40 y 41). Mientras la heterosexualidad es tomada como normal o natural, la homosexualidad se configura como una enfermedad o una desviación sexual.³

Una vez revisados estos conceptos, resulta relevante estudiar la discriminación y violencia a la que las personas trans se enfrentan a lo largo de su vida, con el objetivo de entender las demandas políticas y legales que han posicionado en el espacio público en los últimos años.

C. La situación de vulnerabilidad de las personas trans

Como se ha visto, en sociedades contemporáneas, existe una presunción de que todas las personas son mujeres y hombres, y que estas categorías determinan su sexo, género, identidad e incluso su orientación sexual (CIDH, 2015, párr. 32).

Por ello, quienes desafían las normas de género, así como los estándares cisnormativos y heteronormativos, como las personas LGBTI, se han enfrentado a lo largo de los años a tratos discriminatorios y actos de violencia por su orientación sexual, identidad o expresión de género. Tal situación las ha colocado en una especial situación de desigualdad estructural, pues les impide, de forma sistemática, el acceso efectivo a sus derechos.

Este carácter estructural se refiere a los impedimentos sistemáticos que sufren grupos minoritarios como resultado de normas, prácticas sociales,

³ Es importante resaltar que esta concepción fue adoptada por el ámbito médico y luego retomada por otras áreas de conocimiento. Los estudios sobre la sexualidad desarrollados en la década de 1970 denunciaban la manera en que el grupo de poder científico había instrumentalizado a la ciencia para determinar de forma prematura —atendiendo a una ideología particular— qué fenómenos y conductas eran naturales y normales frente a aquellos que no lo eran. Esto no es exclusivo de la sexualidad. Recordemos los discursos médicos hegemónicos en torno a la superioridad blanca en el siglo XIX y la creencia de que los estudios universitarios afectarían a la mujer y su supuesto *deber* de crianza (véase Adam, 2002; Ingraham, 2002; Weeks, 2012).

prejuicios y creencias que los colocan en una situación de desventaja asociada por su identidad común que les diferencia de otros grupos, y que termina por desplazarlos de distintos ámbitos.

La discriminación contra las personas trans es visible a través de la patologización de las identidades trans. En este aspecto, la ciencia biomédica ha determinado que los cuerpos trans constituyen lo anormal, lo enfermo.⁴ En consecuencia, se les ha sometido a exclusión y marginación precisamente porque este paradigma médico las considera personas enfermas por no seguir la concordancia binaria entre femenino-masculino y hombre-mujer (Saldivia Menajovski, 2017, p. 35).

Las personas trans también se enfrentan a un tipo de violencia llamado *transfobia*, puesto que su identidad no se ajusta al estándar de género cisnormativo. La transfobia se define como "un rango amplio de comportamientos, actitudes y sentimientos negativos contra las personas trans, basadas su identidad de género" (Molina Rodríguez, Guzmán Cervantes y Martínez-Guzman, 2015, p. 74). En ocasiones, este tipo de violencia puede llegar a ser letal, como se verá más adelante.

Algunas personas trans también pueden enfrentarse a la homofobia, por la relación que, comúnmente, se hace respecto de la identidad de género y la orientación sexual. De esta manera, la transfobia y la homofobia a menudo se entremezclan en las mismas prácticas discriminatorias (Molina Rodríguez, Guzmán Cervantes y Martínez-Guzman, 2015, p. 74).

Frente a este fenómeno de violencia y discriminación, algunas instancias internacionales recientemente han comenzado a monitorear estas prácticas y actos en los Estados. Desde 2001, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas resaltó que

⁴ Contrario a la homosexualidad, que fue desclasificada como una enfermedad mental en 1990 por la Organización Mundial de la Salud, la transexualidad fue desclasificada 28 años después, en 2018. Esto revela la reticencia de las ciencias médicas de despatologizar los cuerpos trans.

los miembros de las minorías sexuales son un grupo especialmente vulnerable en lo que respecta a la tortura en diversos contextos y que su condición puede afectar también a las consecuencias de los malos tratos que reciban tanto en cuanto a sus posibilidades de presentar denuncias o recibir tratamiento médico en los hospitales públicos, en donde tal vez teman que se les siga victimizando, como en cuanto a las consecuencias jurídicas relativas a las sanciones legales derivadas de determinados abusos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2001, párr. 19).

Fue apenas en 2011 cuando el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas presentó por primera vez un informe para documentar actos de violencia, leyes y prácticas discriminatorias cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género (Consejo de Derechos Humanos, 2011).

En dicho informe, se instó a que los Estados interpretaran las normas de derecho internacional de derechos humanos a fin de proteger de forma integral a las minorías sexuales. Posteriormente, el informe fue actualizado para dar seguimiento a estas violaciones; en específico, los esfuerzos estatales y sus pendientes para erradicarlas (Consejo de Derechos Humanos, 2015).

Respecto del sistema regional de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha encargado de documentar esas violencias, la discriminación y si alguna legislación las promueve en América Latina, a través de su *Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI*.

En su más reciente informe, la relatoría señala que esta violencia se caracteriza por querer "castigar" todas aquellas percepciones, expresiones o comportamientos que se alejan de los roles tradicionales del sexo y el género, ligados con la cisonormatividad y la heteronormatividad (CIDH, 2015, párr. 25).

La CIDH ha reiterado en ese informe que las estadísticas oficiales para documentar la violencia que sufren las personas LGBT eran insuficientes; por ende, tuvo que recurrir a fuentes complementarias de información, tales como la cobertura periodística e informes de organizaciones de la sociedad civil. Tal monitoreo, aunque no exhaustivo, reveló la existencia de violencia generalizada contra personas LGBT en la región (CIDH, 2015, párr. 99).

Las mujeres trans, en particular, son quienes más expuestas están a dicha marginación. Organizaciones de América Latina informan que el promedio de la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 35 años de edad o menos. Según los datos recopilados, 80% de las personas trans asesinadas tenía menos de 35 años de edad (CIDH, 2015, párr. 276).

En el caso mexicano, la tendencia es la misma. Existen pocos datos oficiales sobre la violencia homofóbica y transfóbica; no hay ninguna base de datos oficial que dé cuenta de los delitos cometidos contra personas por su identidad de género o su orientación sexual. Eso es un claro indicador de la inacción estatal para abordar esta problemática, puesto que, para poder diseñar, implementar y evaluar políticas públicas es imperativo que exista información de cada grupo en situación de vulnerabilidad.

Las bases de datos que existen en nuestro país fueron creadas por organizaciones de la sociedad civil a partir de notas periodísticas, al igual que con el monitoreo de la CIDH. Por ende, los resultados, al compararlos, son dispares. Pese a ello, estas bases tienen un denominador común: los altos índices de violencia letal.

Por ejemplo, en el informe *Violencia extrema. Los asesinatos de personas LGBTTT en México: los saldos del sexenio (2013-2018)* creado por la organización Letra Ese, se muestra que de 2013 a 2018 al menos 473 personas LGBT fueron asesinadas en México por motivos relacionados con su orientación sexual o identidad y expresión de género (Brito y Martínez Cruz, 2019).

A pesar del vacío de información, recientemente algunas encuestas documentan —aunque limitadamente— la situación de discriminación a la que se enfrenta esta población. La Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 (Enadis), por ejemplo, arrojó que el grupo que más considera que se respetan poco o nada sus derechos es el de las personas trans (72%). Sobre la apertura a la diversidad, 33% de las mujeres y 41% de los hombres encuestados afirmaron que no rentarían un cuarto de su vivienda a una persona trans (Inegi y Conapred, 2018).

Más tarde, en 2018, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y el Conapred implementaron la Primera Encuesta sobre Discriminación por motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género 2018 (Endosig); ésta reflejó distintos ámbitos en los que las personas se han enfrentado a tratos discriminatorios.

Por ejemplo, 59.8% de la población encuestada se sintió discriminada por al menos un motivo; 25.2%, además, declaró la negación injustificada de algún derecho. En el ámbito laboral, una de cada dos personas encuestadas no fue abierta sobre su orientación sexual o identidad de género en su último empleo. Finalmente, 30.8% ha recibido tratos arbitrarios y discriminatorios por parte de la policía (Segob, Conapred y CNDH, 2019).

Como puede verse, a pesar de los pocos datos que existen, las personas trans se enfrentan a diversos actos discriminatorios y de violencia en su vida cotidiana. Este tipo de violencia, incluso, puede llegar a ser letal. Esto es un antecedente clave para entender la importancia del reconocimiento jurídico de sus derechos, así como de la obligación reforzada del Estado para proteger a esta población.

Debido a lo anterior, en 2007, un grupo de expertos en materia de género y sexualidad elaboró un documento de carácter no vinculante que buscaba establecer la aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y a la identidad

de género. A este documento se le denominó *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*.

Este documento incorporó una visión sumamente protectora de los derechos de las personas trans, a partir del principio de igualdad y no discriminación. Los principios planteaban 1) enunciar las violaciones a derechos humanos de las personas con distintas orientaciones sexuales e identidades de género; 2) articular estándares para aplicar los derechos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y 3) desarrollar el contenido de las obligaciones estatales para garantizar y proteger manera efectiva esos derechos a la luz de la identidad de género y la orientación sexual (Miranda Leyva, 2018, p. 47).

Diez años después, el texto fue revisitado a la luz de las discusiones en la última década con respecto a la sexualidad, la identidad de género y la violencia que se ejerce contra quienes desafían los estándares cisheteronormativos. Con esa revisión, surgió un documento complementario llamado *Yogyakarta Principles Plus 10*, el cual estableció principios y obligaciones adicionales de los Estados para erradicar la discriminación y violencia interseccional a la que las personas son sometidas no sólo por su orientación sexual e identidad de género, sino también por su expresión de género y sus características sexuales.

Ambos documentos, aunque de carácter no vinculante, han llevado a la incorporación paulatina y han sido empleados como guía contra leyes discriminatorias, para desarrollar políticas públicas, capacitar a funcionarios estatales, concientizar a la población sobre la diversidad e, incluso, consolidar movimientos sociales en diferentes latitudes (Miranda Leyva, 2018, p. 48).

También han contribuido al reconocimiento estatal de los derechos de las personas trans; en particular, del derecho a la identidad de género. Al respecto, es importante mencionar que cuando se habla de derechos

de personas trans no significa que tengan más derechos que las personas cisgénero; al contrario, se trata de una dimensión específica de los derechos humanos que se reconocen para todas las personas. En ese sentido, se refiere de manera particular a este conjunto de derechos porque existe una serie de impedimentos sociales, legales y culturales que no permite a las personas trans tener acceso efectivo a otros derechos reconocidos para todas las demás.

Ante tal situación, el Estado asume una obligación reforzada de 1) desmantelar las estructuras que no permiten el acceso material a sus derechos, ya sea a través de políticas públicas o legislación secundaria, y 2) proteger a las personas trans, ya sea a través de ajustes razonables o acciones afirmativas (Saldivia Menajovski, 2017, p. 105).

También es relevante destacar que el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas trans aún es limitado tanto en el ámbito internacional como en el nacional. No se cuenta a en el ámbito internacional con un tratado o convenio vinculante que reconozca el derecho a la identidad de género, por ejemplo.

A continuación, se delinean las reformas legislativas en materia de estos derechos, con el fin de contextualizar el poder transformador que han tenido las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años.

D. El reconocimiento jurídico de los derechos de personas trans en México

En el ámbito nacional, derivado de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, la Constitución mexicana establece en su artículo 1o. que todas las personas, sin distinción alguna, gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de los que México forma parte. Adicionalmente establece el principio

pro persona, así como la cláusula de prohibición de discriminación a partir de determinadas categorías sospechosas.

A pesar de que no estipula de manera explícita la identidad de género como categoría protegida, la Constitución sí prohíbe de manera explícita "cualquier otra [condición] que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Con esta importante modificación constitucional, el artículo 1o estableció como obligaciones: "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad". El Estado, por ende, está obligado a "prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". Ese nuevo contenido supuso un cambio importante para la protección de grupos en situación de desventaja, en particular de las personas trans.

Previo a la reforma, en 2003 se creó la Ley Federal para Prevenir la Discriminación, una pieza de legislación clave, porque estableció disposiciones normativas en materia de igualdad y no discriminación y creó, además, el Consejo Nacional para Prevenir y Erradicar la Discriminación. Esta norma, más tarde, fue replicada por otras entidades federativas para crear sus propios mecanismos estatales de queja.

En el espacio estatal, cada entidad federativa tiene sus propias leyes en materia civil y penal, por lo que el reconocimiento del derecho a la identidad de género ha sido gradual y dispar. Por ello, aunque no sin resistencias, en los últimos 10 años se ha reconocido paulatinamente en la legislatura estatal el derecho a la identidad de género, y con ello la modificación de sus documentos de identidad a través de una autoridad administrativa. Para 2021 suman 16 Estados.⁵

⁵ Los estados son Baja California Sur, Chihuahua, Coahuila, Colima, Ciudad de México, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Tlaxcala, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis

En todas las demás entidades, las personas trans deben recurrir a un juicio de rectificación de acta frente a una autoridad judicial y, de manera vejatoria de sus derechos fundamentales, debe probar la causa por la que se va a cambiar el acta.

Como se puede observar, en México el reconocimiento de derechos ha sido progresivo, gracias al activismo que ha logrado abrirse paso frente al estigma, la discriminación y la violencia que implica existir como una persona que transgrede el estándar heteronormativo. Pese a ese hecho, prevalece un vacío importante en las leyes en cuanto al reconocimiento y protección de sus derechos.

E. El derecho a la identidad de género y la Suprema Corte: agenda de derechos

En los últimos 15 años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha convertido en un agente social de cambio a través de sus decisiones, en la medida en que ha adoptado una agenda de derechos que ha permitido consolidar interpretaciones clave para la defensa de derechos humanos en el ámbito interno.

Esta agenda de derechos humanos comenzó a gestarse desde 2008, aunque parte importante de su consolidación fue, sin duda, a partir de la reforma constitucional de 2011 que estableció obligaciones a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, incluidas las autoridades jurisdiccionales (Niembro Ortega, 2021).

Frente a este nuevo rol que las instancias jurisdiccionales estaban tomando, distintos colectivos activistas encontraron en el espacio jurisdiccional uno donde podían plantear un reconocimiento amplio de sus derechos y libertades. Las personas trans, en particular, debido al vacío

Potosí y Sonora. Es relevante resaltar que Chihuahua permite este trámite porque el juicio que establecía la ley estatal fue declarado inconstitucional por la SCJN, como veremos más adelante.

legislativo de sus derechos, se volcaron hacia las acciones judiciales, en busca de reconocimiento y protección.

Uno de esos casos fue el reconocimiento de la identidad de género. Actualmente, la Corte ha estudiado tres al respecto; la primera sentencia fue resuelta en 2009 (amparo directo civil 6/2008). En ella se establecieron criterios de suma relevancia. Por un lado, se estableció el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Como parte de ese derecho, se reconoció el derecho a la identidad sexual y de género.

Pasaron nueve años para que la Corte volviera a pronunciarse sobre el tema (amparo en revisión 1317/2017). Así, en 2018, resolvió un caso sobre la idoneidad del procedimiento jurisdiccional para modificar los documentos de identidad acordes con la identidad de género. Para ello, se estudiaron las características que dicho procedimiento debe tener para proteger el derecho a la identidad de género, cuyo contenido ya había sido desarrollado.

Finalmente, en 2019, el Tribunal Supremo decidió si se podía realizar una interpretación conforme de las normas estatales que regulan el procedimiento, reiterando precedentes previos de vital relevancia (amparo en revisión 101/2019).

Se estudian esas tres sentencias mencionadas para conocer a profundidad las interpretaciones jurisprudenciales que la Corte ha perfeccionado respecto de los derechos fundamentales de las personas en relación con la identidad de género.

1. Amparo directo civil 6/2008: el contenido del derecho a la identidad de género

En el amparo directo civil 6/008, una mujer trans demandó en 2005, en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), ante un juez civil —la única

vía en se momento—, la rectificación en su acta de nacimiento de su nombre y sexo, a fin de adecuarla a su identidad de género.

Esa modificación, dijo la quejosa, se solicitó porque realizó tratamientos médico y quirúrgico de reasignación sexual, pues le fue diagnosticado médicamente 1) un estado intersexual denominado "seudohermafroditismo femenino" y 2) ser una persona transexual, pues su sentir y actuación en la sociedad eran los de una mujer. Por ello, solicitó al juez que, como sucede para casos de adopción, se ordenara al registro civil emitir una nueva acta y reservar el acta previa; es decir, no expedir ninguna constancia que revelara el acta previa, salvo que se dictara en un juicio.

Aunque el juez aceptó cambiar el acta, se negó a levantar una nueva y a reservar la previa. En cambio, realizó la modificación a través de una anotación marginal en el acta original derivada del juicio de rectificación de acta, como se encontraba previsto por el artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal. Inconforme con la decisión, la persona promovió un juicio de amparo. En su demanda, sostuvo que

- 1) Se vulneraba su derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que no existía una razón objetiva para el trato diferenciado en el trámite de rectificación de actas para las personas trans con respecto a las niñas, niños y adolescentes que son adoptados, a los cuales sí se les expide una nueva acta.
- 2) El procedimiento establecido en la ley exponía su situación de transexualidad frente a terceros, vulnerando su derecho a la privacidad, así como el derecho a la salud.
- 3) El procedimiento vulneraba su dignidad personal por impedirle alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger opciones que den sentido a su existencia.

La persona solicitó que la SCJN atrajera el caso, y ésta lo aceptó por la importancia y trascendencia de la problemática planteada. Ese caso se resolvió en 2009.

En un primer momento, la SCJN se planteó si la anotación marginal prevista en la norma impugnada para modificar un acta de nacimiento era, en sí misma, discriminatoria. Al respecto, concluyó que la anotación no es inconstitucional por sí misma porque, de manera general, da un seguimiento a la identidad de todas las personas para así evitar trasgresiones al orden público y fraudes a terceros (amparo directo civil 6/2008, p. 65).

La Corte, no obstante, reconoció que la disposición impugnada contenía una omisión al no prever el supuesto y las consecuencias con respecto a la modificación del acta de nacimiento para las personas trans. Frente a esa laguna, el juez debió buscar colmarla a través de un ejercicio interpretativo para proteger los derechos de la persona. Por ende, al no hacer tal ejercicio, es la sentencia la que resulta inconstitucional (amparo directo civil 6/2008, párr. 66).

Una vez resuelta esa primera interrogante, la Corte se preguntó si una persona tiene derecho —o no— a solicitar una rectificación de su acta de nacimiento para modificar su nombre y su sexo para adecuarlos a su identidad de género.

En ese sentido, concluyó que la "reasignación sexual" que decida una persona —que puede comprender o no una cirugía— para adecuar su estado psicosocial a su físico y, con ello, vivir en el sexo con el que se identifica de forma plena, innegablemente constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales (amparo directo civil 6/2008, p. 97).

Consecuentemente, el Tribunal Supremo resolvió que la persona sí tiene derecho a solicitar la adecuación de su acta de nacimiento, puesto que resultaría contrario al libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual

mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su físico a su psique, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a los avances médicos que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada (amparo directo civil 6/2008, p. 97).

Para ello, el Tribunal Supremo definió de manera amplia conceptos como *sexo*, *género* y *síndrome transexual*. Al respecto, sostuvo que la transexualidad se presenta cuando existe

una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente y vive una persona como propio y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos, por lo que desea "corregir" su sexo anatómico, generalmente, mediante un tratamiento hormonal y/o quirúrgico, para adquirir los caracteres fenotípicos y morfológicos de su sexo psicológico (amparo directo civil 6/2008, p. 70).

En ese sentido, la persona sólo puede adquirir su verdadera identidad sexual y ser tratado sin limitación alguna por el derecho cuando logre rectificar la mención registral de su nombre y sexo, a través de las vías destinadas para ello, puesto que ese documento —el acta de nacimiento— legalmente "lo identifica e individualiza dentro de la sociedad y le permite el reconocimiento de su verdadera identidad personal" (amparo directo civil 6/2008, p. 73).

Con respecto al fundamento del derecho a la identidad sexual y a la identidad de género, el Tribunal Supremo resolvió que ambos forman parte del derecho al libre desarrollo a la personalidad, como parte del derecho a la identidad personal.

El derecho a la identidad personal, por un lado, se define como aquel que tiene toda persona a ser ella misma, en la propia conciencia y en la

opinión de otros. En otras palabras, se compone de la autopercepción, y cómo nos proyectamos en la sociedad, por lo que se encuentra relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (amparo directo civil 6/2008, p. 89).

El derecho al libre desarrollo de la persona, por su parte, se refiere a la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano como ente autónomo. En este sentido, señaló que, derivado de la dignidad humana, cada persona tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que logrará las metas y objetivos que le son relevantes (amparo directo civil 6/2008, pp. 86-87).

Tal derecho implica 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.

De esta manera, de esos derechos se desprenden el derecho a la identidad sexual y a la identidad de género, en la medida en que cada persona se proyecta a sí misma y se proyecta frente a la sociedad respecto a cómo se autopercibe. Así, la identidad se integra

no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad (amparo directo civil 6/2008, p. 89).

Ahora bien, la persona quejosa señaló que el procedimiento establecido en la ley vulneraba su derecho a la salud y su derecho a la vida privada.

Relativo al derecho a la salud, la Corte concluyó que éste comprende un estado de bienestar general que no se limita a la salud física de la persona, sino que también comprende la salud mental o psíquica y la salud sexual. Específicamente, que una persona trans que ya transicionó tuviera un estado de bienestar general implicaría también adecuar su sexo legal al sexo con el cual se identifica y no al biológico con el que fue registrado inicialmente (amparo directo civil 6/2008, p. 98).

Finalmente, la Corte solventó que mantener, desde el aspecto legal, a una persona en un sexo que no siente como propio, más aún si ya hizo todo lo posible por adecuar su físico al sexo con el que sí se identifica, constituye un atentado contra su intimidad y vida privada (amparo directo civil 6/2008, p. 99).

En ese sentido, como dictan tratados internacionales en materia de derechos humanos, todo individuo debe ser protegido en su vida privada de injerencias arbitrarias. Este mandato se vulneraría si se permitiera la nota marginal de la sentencia derivada del juicio de rectificación, ya que propiciaría que, ante cualquier actividad de su vida, se obligara a exteriorizar su condición trans (amparo directo civil 6/2008, p. 99).

La injerencia se vuelve aún más relevante cuando se toma en cuenta, argumentó la Corte, el rechazo y la discriminación a los que se enfrentan las personas trans. Por ello, el legislador está obligado a implementar "mecanismos necesarios para el reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos fundamentales, para lo cual es de suma relevancia que puedan adecuar su sexo psicológico al legal" (amparo directo civil 6/2008, p. 99).

La sentencia, aunque transformadora, contiene algunos conceptos problemáticos al momento de definir el derecho a la identidad de género. Por un lado, se adopta una visión patologizante de la condición trans, puesto que la transexualidad se asume como "un trastorno" en el que "la

persona presenta una discrepancia entre su sexo anatómico y la identidad genérica, psíquica y social, a la que siente pertenecer".

Pese a esa deficiencia, es importante señalar que esa decisión permitió asentar las bases, por un lado, del derecho a la identidad de género, clave para el reconocimiento de otros derechos para las personas trans, como lo han sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Suprema Corte.

En adición, la SCJN asentó el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, un derecho que, más tarde, consolidaría en líneas jurisprudenciales durante el periodo de la Décima Época y que continúa hasta ahora, como el uso lúdico de la marihuana, por mencionar alguno.

II. Amparo en revisión 1317/2017: el procedimiento idóneo para adecuar los documentos de identidad a la identidad de género de las personas

La Suprema Corte no volvió a pronunciarse sobre el derecho a la identidad de género sino hasta nueve años después. En ese caso, un hombre solicitó al registro civil de Veracruz modificar los datos relativos al nombre y sexo de su acta de nacimiento con motivo de su reasignación sexo-genérica. El registro civil no contestó su solicitud, por lo que la solicitante promovió un juicio de amparo.

Cuando rindió su informe justificado, el director del registro civil manifestó que éste carecía de competencia para resolver, porque se trataba de un cambio sustancial de acta que debía solicitarse ante la autoridad judicial civil a través un juicio de rectificación de acta, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil del Estado de Veracruz.⁶

⁶ Artículos 759, 760, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz.

El solicitante, entonces, amplió su demanda y consideró que las disposiciones del Código Civil estatal que establecían un procedimiento jurisdiccional para el levantamiento de un acta de nacimiento por reasignación para la concordancia sexo-genérica constituían un trato discriminatorio indirecto.

El juez de distrito sobreseyó el amparo con respecto a la omisión del registro civil y negó el amparo respecto de las disposiciones impugnadas. Consideró que no vulneraban el derecho a la igualdad y no discriminación o la dignidad humana porque sí contemplaban la rectificación del acta de nacimiento por reasignación sexo genérica, a través de la vía jurisdiccional.

Inconforme, la solicitante interpuso un recurso de revisión, en el que reiteró la inconstitucionalidad de los artículos impugnados por considerar que existía discriminación indirecta a las personas trans. Argumentó que las normas impugnadas sólo regulaban un procedimiento de rectificación de actas de nacimiento, pero no preveían un procedimiento específico para la reasignación sexo-genérica. Para tal efecto, en cambio, resultaba idóneo un procedimiento administrativo ante el registro civil. El tribunal colegiado que conoció del asunto se declaró incompetente para conocer del recurso, por lo que fue remitido a la Suprema Corte para su estudio.

Como vemos, la litis del caso cambió respecto de la decisión anterior. Aquí no se cuestiona si una persona tiene o no el derecho a modificar sus documentos para adecuarlos a su identidad de género. Lo que está en disputa, en cambio, es cuál es el procedimiento idóneo para realizar dicho cambio.

La sentencia, en un primer momento, hace un recuento de lo que se ha dicho sobre el contenido del derecho a la identidad de género, tanto por la propia Suprema Corte como por la Corte Interamericana. Al respecto,

además de reiterar lo que ya se ha analizado, agrega que el reconocimiento estatal de la identidad de género:

resulta de vital importancia **para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las *personas trans***, incluyendo la **protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión y de asociación** (amparo en revisión 1317/2017, p. 42).

De esta manera, la Corte reitera que, dado que cada persona tiene derecho a definir de forma autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros oficiales —como son las actas de nacimiento— y otros documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, el Estado tiene la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para tales fines (amparo en revisión 1317/2017, p. 46).

Una vez que delimitó el derecho a la identidad de género de acuerdo con los precedentes de ambas cortes, el Tribunal Supremo se cuestionó si las disposiciones impugnadas que preveían la adecuación del acta de nacimiento a la identidad de género ante una autoridad jurisdiccional eran discriminatorias para las personas trans.

Al respecto, interpretó que las normas impugnadas disponían dos procedimientos diferentes para adecuar los datos esenciales de un acta de nacimiento sin que hubiera un fundamento razonable para hacerlo: uno de carácter jurisdiccional para las personas trans y otro administrativo para el reconocimiento de un hijo o una hija. Por consiguiente, concluyó que tal distinción carecía de razonabilidad, por lo que dichas normas resultan discriminatorias y, por tanto, inconstitucionales (amparo en revisión 1317/2017, p. 54).

En este orden de ideas, las disposiciones impugnadas preveían un procedimiento para que las personas adecuaran su acta de nacimiento a su identidad de género. No obstante, tal trámite debía realizarse ante una autoridad jurisdiccional civil, es decir, ante un juez en materia civil, porque se trataba de una modificación sustancial del documento.

Esas disposiciones, adicionalmente, preveían la modificación del acta ante una autoridad administrativa —el registro civil— siempre que se tratara de corregir datos no esenciales, como los errores mecanográficos u ortográficos, por ejemplo. Como excepción a esa regla, las disposiciones preveían únicamente el reconocimiento de un hijo o una hija, el cual podría llevarse ante una autoridad administrativa, aunque constituía una modificación sustancial (amparo en revisión 1317/2017, pp. 50-53).

Pero entonces ¿cuál es el procedimiento que se ajusta para adecuar el acta de nacimiento a la identidad de género de las personas? El Tribunal Supremo concluyó que es aquel que se desarrolla en una vía administrativa.

¿Por qué no en una vía jurisdiccional? Porque, de acuerdo con la Corte IDH, un proceso de carácter jurisdiccional podría incurrir en excesivas formalidades y demoras. Además, tal trámite estaría encaminado a obtener una autorización para materializar la expresión de un derecho, lo cual constituiría una limitación excesiva para la persona que lo solicitase (amparo en revisión 1317/2017, p. 56).

No obstante, la Corte Interamericana hace una acotación relevante. Señala que el procedimiento puede llevarse a cabo en una vía jurisdiccional, siempre que el trámite sea materialmente administrativo.

En esta línea, la Suprema Corte estableció que, de acuerdo con los argumentos desarrollados, a la persona quejosa le debía ser aplicada únicamente la porción normativa que se refiere al procedimiento administrativo ante el registro civil. Por ende, éste debía tramitar la solicitud, de acuerdo

con ciertos estándares para que el procedimiento sea idóneo para la adecuación de la identidad de género autopercibida.

Al respecto, la Corte IDH estableció cinco requisitos esenciales:

- a. Deben estar enfocados en la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida.
- b. Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes.
- c. Deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.
- d. Deben ser expeditos y, en la medida de lo posible, gratuitos; y,
- e. No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/u hormonales (amparo en revisión 1317/2017, p. 62).

Por un lado, los procedimientos para la adecuación de la identidad de género deben estar enfocados en la adecuación integral de otros componentes de identidad para que ésta pueda ser conforme a la identidad de género autopercibida de las personas interesadas. Por ende, deben permitir cambiar la inscripción del nombre, y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos (amparo en revisión 1317/2017, p. 63).

En esa línea, es importante recordar que la Corte Interamericana señaló que la regulación y la implementación de esos procesos deben estar

basadas únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, esto es, deben descansar en el principio según el cual la identidad de género no se prueba (amparo en revisión 1317/2017, p. 65).

Por ello, el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se les debe someter a pericias médicas o psicológicas relacionadas con la identidad de género autopercibida u otros requisitos (amparo en revisión 1317/2017, p. 66).

Por otra parte, ni los procedimientos ni las rectificaciones realizadas deben ser de acceso público, tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad. Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado. La protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas (amparo en revisión 1317/2017, p. 70).

Asimismo, el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género autopercibida de las personas es de tal magnitud que deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible (amparo en revisión 1317/2017, p. 71).

Aunado a ello, esos trámites deben ser gratuitos o por lo menos tender a ser lo menos gravosos posibles para las personas interesadas, en particular si se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad; lo anterior porque la existencia de requisitos pecuniarios para poder acceder a un derecho contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos no debe volver nugatorio el ejercicio mismo de esos derechos (amparo en revisión 1317/2017, p. 71).

Finalmente, el procedimiento no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que lo motiva, pues ello resulta contrario al derecho a la integridad personal (amparo en revisión 1317/2017, p. 73).

Esta sentencia es sumamente relevante, pues establece criterios claros y de avanzada respecto de la identidad de género. Por un lado, establece que la identidad de género y su reconocimiento legal es una suerte de llave que permite acceder a otros derechos y protecciones estatales. Su falta de reconocimiento, además, afecta de manera desproporcionada a las personas trans.

Aunado a eso, la Suprema Corte mandató una interpretación conforme de las disposiciones normativas impugnadas para que, atendiendo al principio *pro persona* y el contenido del derecho a la identidad de género, se instruyera a la autoridad a realizar el trámite más idóneo para su protección efectiva. Para ello, además, se establecieron requisitos para asegurar su idoneidad, lo cual tiene implicaciones relevantes para proteger de forma integral ese derecho, puesto que reduce los trámites, el tiempo de resolución y el costo de dicho procedimiento.

Finalmente, un criterio que se destaca es que esclarece el precedente previo con respecto a requerir que se lleven a cabo modificaciones jurídicas para acreditar que una persona es trans. Si bien la Suprema Corte no dijo lo contrario, es relevante mencionar que en el precedente previo utiliza un lenguaje que pareciera privilegiar aquellas identidades que ya habían realizado la reasignación sexual a través de cirugías o tratamientos médicos.

III. Amparo en revisión 101/2019: consolidación de criterios jurisprudenciales

Finalmente, en 2019 la Corte se volvió a pronunciar sobre el derecho a la identidad de género. En este caso, analizó a profundidad la idoneidad

del procedimiento jurisdiccional de rectificación de acta a la luz de sus estándares previamente desarrollados.

El caso comenzó cuando una mujer trans solicitó al registro civil de Jalisco modificar su acta de nacimiento con respecto a su nombre y sexo, levantar una nueva acta y reservar el acta primigenia. El registro civil negó la solicitud por estimar que la legislación no sólo contemplaba el levantamiento de una nueva acta de nacimiento, sino que, por el contrario, prohibía el cambio de nombre, sancionando la duplicidad de registros.

Inconforme con esa determinación, la mujer promovió un juicio de amparo por considerar que la resolución vulneraba sus derechos a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad personal. El juez de distrito resolvió que, en efecto, la persona tenía derecho a modificar su acta. No obstante, negó el amparo, porque la solicitud se hizo ante una autoridad incompetente, es decir, ante el registro civil. Tal modificación, de acuerdo con la ley, sólo podría darse a partir de la resolución de un juez civil.

La mujer, entonces, interpuso un recurso de revisión. En él, sostuvo que, derivado del principio *pro persona* y en una labor de integración, los derechos fundamentales están por encima de las normas secundarias, como la competencia de una autoridad. Por ende, no se podría decir que la autoridad responsable carezca de facultades para expedir la nueva acta en los términos solicitados.

Además, argumentó que no resultaba equiparable el supuesto normativo de rectificación de acta en la vía judicial, pues se solicita la emisión de una nueva que se ajustara a la identidad de género de la persona. La Suprema Corte decidió atraer el recurso de revisión para su estudio y analizó el caso a partir de tres partes. En la primera se planteó si se pueden o no obviar las competencias legales para resolver un caso y proteger los derechos fundamentales de las personas. En la segunda examinó si la interpretación conforme que hizo el juez de distrito con respecto a utilizar

el procedimiento de rectificación de acta fue adecuado para tutelar el derecho a la identidad de género. Finalmente, dedicó la última parte a desarrollar por qué la vía administrativa es la idónea para tutelar tal derecho.

Sobre el primer argumento, la Corte concluyó que si bien es jurídicamente posible emitir una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de la identidad de género, esto no tiene el alcance de eludir la delimitación de las facultades normativas con las que cuentan las autoridades estatales para poder actuar y emitir sus actos (amparo en revisión 101/2019, p. 14).

Al respecto, sostuvo que si bien el artículo 1o. implica que las cuestiones legalistas deban ceder ante la aplicación y maximización de los postulados constitucionales, ello no implica que los órganos estatales puedan inobservar la esfera de atribuciones y facultades que legalmente les ha sido conferida, pues redundaría en perjuicio de los principios de legalidad y seguridad jurídica (amparo en revisión 101/2019, p. 15).

Con respecto al segundo argumento de la persona quejosa, la Corte concluyó que el hecho de que se pretendiera aplicar el procedimiento judicial de rectificación de acta resultó contrario por tres razones en particular. La primera, porque el procedimiento de rectificación, como está previsto en la legislación impugnada, contenía una excesiva publicidad, lo que vulneraba el derecho a la privacidad de las personas.

En este sentido, no sólo se emplaza a los "interesados", sino que se llegaba al grado tal de que la demanda de la parte actora debía ser publicada tres veces, de tres en tres días, en el *Boletín Judicial* o en el *Periódico Oficial del Estado*, e incluso en el diario de mayor circulación de Jalisco, si así lo considera el juzgador. De esta manera, el legislador dotó a tal proceso de características que conllevan afectaciones desproporcionales e injustificadas a la intimidad del gobernado, por lo que, en forma alguna, puede considerarse como la vía idónea (amparo en revisión 101/2019, p. 24).

La segunda razón es que tal procedimiento era lento y poco eficaz, en la medida en que permitía el emplazamiento de cualquier "interesado" y exigía el desahogo de todo un proceso judicial, lo que vulnera de forma clara los estándares desarrollados tanto por la Corte IDH como por la Suprema Corte (amparo en revisión 101/2019, pp. 20-21).

La tercera razón recae en que el procedimiento de rectificación no preveía la emisión de una nueva acta, sino una referencia de la sentencia al margen del acta original. Esto, como ya había estudiado previamente la Corte, resultaba contrario a al derecho a la identidad de la persona. La manera más protectora sería a partir de la emisión de una nueva acta de nacimiento (amparo en revisión 101/2019, pp. 26-27).

En la tercera y última parte de la sentencia, la Corte consideró que para tutelar de forma efectiva el derecho a la identidad de género la vía administrativa era idónea, en tanto que era susceptible de cumplir con los estándares de I) privacidad; II) sencillez; III) expeditez, y IV) la adecuada protección de la identidad de género mediante la emisión de una nueva acta de nacimiento (amparo en revisión 101/2019, p. 35).

Al respecto, si bien en Jalisco no existía el procedimiento por la vía administrativa que permitiera la emisión de una nueva acta de nacimiento, en aplicación directa de la Constitución, el ejercicio integrador de un procedimiento de tal naturaleza debe realizarse en la vía administrativa. Por ello, el procedimiento administrativo de "aclaración" de actas era susceptible de ser empleado por la autoridad registral, *mutatis mutandis*, para la eficaz tutela del derecho humano a la identidad (amparo en revisión 101/2019, p. 36).

En este sentido, tal procedimiento puede armonizarse con los parámetros establecidos por la Corte para proteger el derecho a la identidad de las personas; en consecuencia, debía atender a aquellos que se analizaron en el amparo en revisión 1317/2017. Es decir, debía respetar los principios de sencillez, expeditez, el derecho a la privacidad, el consentimiento

libre e informado de la persona solicitante. Además, el procedimiento debe culminar con la expedición de una nueva acta y no podrá interpretarse como una afectación a derechos de terceros (amparo en revisión 101/2019, pp. 38-47).

Como puede concluirse, esta sentencia consolidó los precedentes que la propia Corte había desarrollado años atrás, clarificando la interpretación que las juezas y los jueces debían darles a los procedimientos para modificar los documentos de identidad. Su aplicación, por un lado, descartó la utilización de un procedimiento que resultaba lesivo a los derechos a la privacidad, y a la identidad. Además de ello, sugirieron la interpretación conforme de un procedimiento acorde a la tutela de la identidad de género, siguiendo sus propios criterios.

Tales determinaciones permiten afirmar que se cuenta con una línea argumentativa clara por parte de la Suprema Corte, lo que ha permitido tutelar los derechos de las personas trans en particular.

F. Conclusiones

La consolidación del paradigma de derechos humanos y su internacionalización contribuyó de manera determinante a replantear las nociones tradicionales del derecho. En cambio, se establecería un reconocimiento universal de éstos mediante declaraciones de derechos humanos. Este replanteamiento, además, ha reconcebido al derecho no sólo como un sistema de normas que regulan a la sociedad, sino como una herramienta para el cambio social.

Una parte fundamental de tal paradigma ha sido, precisamente, reconocer la tutela de derechos de personas que forman parte de grupos en situación de vulnerabilidad. Tal reconocimiento comprende ciertas obligaciones para el Estado de atender dicha situación de desventaja y, con ello, crear condiciones para "igualar el piso", con el fin de que todas las personas ejerzan de forma efectiva todos sus derechos humanos.

Esta reconcepción no ha sucedido en el vacío, sino que se nutrió por movimientos sociales de reivindicación de derechos que, desde las décadas de 1960 y 1970, buscaban el reconocimiento de sus derechos humanos y las protecciones estatales que les permitieran acceder a ellos. Un movimiento clave ha sido el de la diversidad sexual, o LGBT.

Al respecto, las disidencias sexuales han encontrado en el espacio jurídico una herramienta fundamental para hacer avanzar sus demandas políticas, como el matrimonio igualitario. En particular, el espacio jurisdiccional se ha convertido en el predilecto para progresar en el reconocimiento legal y cultural de sus derechos humanos.

Esta situación no es ajena al caso mexicano. Frente a la reconfiguración del papel de las cortes en nuestro sistema político, que comenzó a gestarse en la década de 1990 y se consolidó con la reforma constitucional de 2011, la Suprema Corte ha creado una clara agenda de derechos que se ha traducido en términos de reconocimientos de éstos. Por ejemplo, en el caso de matrimonio igualitario, la Corte contiene criterios fundamentales en torno al derecho a la igualdad y no discriminación.

Más recientemente, los colectivos trans han apelado a este tipo de activismo judicial en búsqueda de reconocimiento amplio de sus identidades que, hasta entonces, habían quedado invisibilizadas en el espacio jurídico.

Al respecto, es importante resaltar que persisten la discriminación y la violencia a la que se enfrentan las personas trans. Además, el reconocimiento legislativo de la identidad de género como una prerrogativa es aún sumamente limitado y dispar. En México, sólo 16 entidades federativas reconocen un procedimiento de carácter administrativo para modificar el acta de nacimiento acorde con la identidad de género; en las otras entidades, las personas trans deben acudir a una autoridad jurisdiccional y acreditar con "pruebas" las razones por las cuales quieren modificar

el acta. Además, se prevé únicamente una anotación de ese cambio al margen del acta original, revelando la condición previa de la persona.

Frente a la situación de discriminación y de violencia a la que están sometidas las personas trans, así como a la falta de reconocimiento legal de la identidad de género y su carácter transversal para el ejercicio de otros derechos, el papel de la Suprema Corte y de sus interpretaciones se ha vuelto fundamental para el reconocimiento y alcance de los derechos de personas trans. A pesar de que las decisiones han sido reducidas en comparación con otras líneas jurisprudenciales, su impacto ha sido sumamente relevante.

Por un lado, desde 2009, la Corte se pronunció sobre el contenido y fundamento del derecho a la identidad de género, que se desprende del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la identidad personal, aunque lo hizo con algunas deficiencias conceptuales propias de la época en la que se resolvió.

Más tarde, eliminó las deficiencias y puntualizó las características de los procedimientos para adecuar los documentos de identidad como las actas de nacimiento, a fin de que puedan tutelar la identidad de género de la manera más protectora e idónea posible, reiterando sus propios precedentes y añadiendo los argumentos planteados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, la Suprema Corte se ha convertido en una aliada indiscutible de la lucha trans, aunque persisten pendientes para la tutela de los derechos de personas trans. Por ejemplo, aún no se ha pronunciado sobre la discriminación laboral a la que las personas trans se enfrentan. Pese a ello, resulta claro que la Suprema Corte se ha convertido en una agente de cambio social que, más allá de lo jurídico, ha permitido consolidar una cultura de derechos humanos en el país.

Fuentes

Libros

Adam, B. D. (2002), "From liberation to transgression and beyond. Gay, lesbian and queer studies at the turn of the Twenty-first Century", en Richardson, D. y Seidman, S. (eds.), *Handbook of Lesbian and Gay Studies*.

Brito, A. y Martínez Cruz, S. J. (2019), *Violencia extrema. Los asesinatos de personas LGTTT en México: los saldos del sexenio (2013-2018)*.

Cabral, M. y Maffia, D. (2003), "Los sexos ¿son o se hacen?", *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, pp. 86-96.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) (2016), *Glosario de la diversidad sexual, de género y características sexuales*, Suárez Cabrera, J. M. (ed.), México, CONAPRED.

Ingraham, C. (2002), "Heterosexuality: it's just not natural!", en Richardson, D. y Seidman, S. (eds.), *Handbook of Lesbian and Gay Studies* Londres, SAGE.

López Castañeda, M. (2018), *Diversidad sexual y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Mathers, L. A. B., Sumerau, J. E. y Cragun, R. T. (2018), "The limits of homonormativity: constructions of bisexual and transgender people in the post-gay era", *Sociological Perspectives*, 61(6).

Miranda Leyva, V. M. (2018), *Derechos humanos de las personas trans: la necesidad de una regulación adecuada y suficiente en el marco jurídico de la Ciudad de México*, tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Molina Rodríguez, N. E., Guzmán Cervantes, O. O. y Martínez-Guzmán, A. (2015), "Identidades transgénero y transfobia en el contexto mexicano: una aproximación narrativa", *Quaderns de Psicologia*, 17(3).
- Niembro Ortega, R. (2021), *La argumentación constitucional de la Suprema Corte*, México-Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Saldivia Menajovski, L. (2017), *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*, México-Los Polvorines, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Santos, A. C. (2013), "Are we there yet? Queer sexual encounters, legal recognition and homonormativity", *Journal of Gender Studies*, 22(1).
- Solís, P. (2017), *Discriminación estructural y desigualdad social*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Warner, M. (1991), "Introduction: fear of a queer planet", *Social Text*, 29(29).
- Weeks, J. (2012), *Sex, Politics and Society*, 3.a ed., Londres-Nueva York, Taylor & Francis.
- Young, I. M. (2000), *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.

Datos estadísticos

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) (2018), Encuesta Nacional Sobre Discriminación (Enadis) 2017.

Secretaría de Gobernación (Segob), Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) y Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) (2019), ENDOSIG. Encuesta sobre Discriminación por motivos de Orientación Sexual e Identidad de Género 2018. Documento Conceptual y Metodológico.

Documentos internacionales

Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2007), Yogyakarta.

The Yogyakarta Principles+10 (2017), Yogyakarta.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021).

Resoluciones de organismos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas (2001), *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/56/156.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015), *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 de noviembre 2015.

Consejo de Derechos Humanos (2011), *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, Consejo de Derechos Humanos ONU.

Consejo de Derechos Humanos (2015), *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*.

Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2009), amparo directo civil
6/2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018), amparo en revisión
1317/2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019), amparo en revisión
101/2019.

Derechos de la diversidad sexual: análisis comparado de la jurisprudencia de la Suprema Corte y la jurisprudencia interamericana

Linda Helena Maclú Zorrero*

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, con estudios especializados en la Universidad Libre de Bruselas y en el Instituto para la Paz y Reconciliación de Auschwitz. Se ha desempeñado como abogada en la Secretaría de Relaciones Exteriores y en el Instituto Mexicano del Seguro Social. Actualmente es directora de Estudios e Investigación de los Derechos Humanos, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: A. Introducción; B. Reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo; I. Definición de familia; 1. Matrimonio; 2. Otro tipo de uniones; II. Derechos que se analizan en las uniones; 1. Igualdad y no discriminación; 2. Libre desarrollo de la personalidad; 3. Seguridad social; 4. Reparaciones; C. Filiación homoparental y derechos de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones; I. Adopción; II. Técnicas o métodos de reproducción asistida; III. Comaternidad; IV. Derechos de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas; D. Violencia por orientación sexual o identidad de género de las personas; I. Adecuación de documentación de acuerdo con la identidad de género; 1. Anotaciones marginales en el acta de nacimiento; 2. Vía mediante la cual se puede hacer un cambio en el acta de nacimiento; 3. Procedimientos en niños, niñas y adolescentes; 4. Derechos humanos analizados; II. Libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas.

A. Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) deben mantener un diálogo jurisprudencial constante, en términos de cooperación y colaboración, al tener el mismo objetivo: la protección de los derechos humanos (contradicción de tesis 293/2011, p. 58).

El presente texto analizará los criterios sobre los derechos de la diversidad sexual emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia emitida por la SCJN. Un buen punto de partida para iniciar este análisis comparativo es el impacto que ha tenido la jurisprudencia de cada uno de estos tribunales.

A diferencia de la Corte IDH, el Máximo Tribunal mexicano ha tenido un papel determinante en la consolidación del marco jurídico protector de los derechos de la diversidad sexual en los diferentes estados de la república. Si bien el tribunal interamericano ha realizado un estudio

profundo del contenido de estos derechos en ejercicio de su facultad consultiva, ha tenido, en contraste, pocas oportunidades para analizar casos contenciosos que involucren la identidad de género y la orientación sexual de las personas (Corte IDH, 2012a; 2016a; 2016b; 2020); por ello, no es erróneo afirmar que, en lo que se refiere a estos derechos, la jurisprudencia de la SCJN ha sido más vasta que la del tribunal interamericano.

Es posible ver un ejemplo de lo anterior en el primer caso contencioso de la Corte IDH en el que analiza diversas cuestiones relacionadas con la orientación sexual de una jueza chilena. En éste, tomó como parámetro la acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la SCJN, emitida años antes que la sentencia interamericana (acción de inconstitucionalidad 2/2010; Corte IDH, 2012a).

A pesar de que la Corte IDH ha conocido un limitado número de casos contenciosos en la materia, el contenido de estos derechos ha sido analizado y desarrollado con otros mecanismos, como opiniones consultivas (Corte IDH, 2017), informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2015; 2018) y resoluciones emitidas por la Organización de los Estados Americanos (OEA, 2012; 2011).

En ese sentido, tomando en cuenta los distintos casos que ha conocido tanto la SCJN como los que están en el marco del Sistema Interamericano, en este texto se analizarán los derechos de la diversidad sexual desde las siguientes situaciones: i) las uniones entre personas del mismo sexo; ii) la filiación homoparental y los derechos de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones, y iii) la violencia por orientación sexual, identidad y expresión de género de las personas.

B. Reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo

En este apartado se analizarán los derechos de la diversidad sexual, a través del tipo de lazos familiares sociales que existen y el papel que el derecho juega en ello.

En México hay un marco sólido de protección constitucional de los derechos humanos, que se consolidó con la reforma constitucional de 2011; sin embargo, han existido diversos retos para lograr la plena efectividad de estos derechos. Como es sabido, las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, tal es el caso de las materias civil y familiar. En ese sentido, si bien le corresponde al poder reformador ordinario legislar sobre la protección de la familia, esta facultad no debe contravenir la Constitución ni los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos de los que México es parte.

La SCJN ha tenido un papel preponderante en la protección de la familia, ya que en muchos estados de la república únicamente se reconocen las uniones entre hombres y mujeres, lo cual resulta inconstitucional e inconvencional, como se analizará a continuación.

La Corte IDH ha hecho lo propio a través de la resolución de diversos casos, en los que también ha protegido la inclusión de diversos tipos de familia dentro de la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

I. Definición de familia

El mandato del artículo 4o. constitucional es claro: la familia se protege como realidad social en cualquiera de sus formas. El concepto de familia no es un concepto jurídico, sino sociológico, ya que tiene su origen en las relaciones humanas y se presenta de forma distinta en cada cultura, dependiendo de las transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo (acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 88).

El artículo 4o. de la Constitución reconoce la protección de la familia de esta manera:

La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre

el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

La SCJN ya ha reconocido que este artículo no protege a un único modelo de familia, como la compuesta por el matrimonio entre un hombre y una mujer, sino que se extiende a todas las formas y manifestaciones de familias, ya sea que estén constituidas por el matrimonio, uniones de hecho, monoparentales o por cualquier forma con un vínculo similar (acción de inconstitucionalidad 2/2010, pp. 88-92).

Los tres tipos de uniones que se analizarán (matrimonio, concubinato y sociedades de convivencia) tienen normativas distintas, sin embargo, comparten los fines de vida en común y procuración de respeto y ayuda mutua entre sus miembros (amparo directo 19/2014, p. 29).

En el Sistema Interamericano, el derecho a la vida familiar fue reconocido por primera ocasión en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en 1948. Posteriormente, cuando se redactó la CADH, los Estados establecieron la protección de esta institución en dos artículos:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, *en la de su familia*, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques [cursivas añadidas].

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el

derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En la jurisprudencia interamericana, el concepto de familia no se comenzó a analizar desde los derechos de la diversidad sexual, sino en aquellos casos en los que se le pedía a la Corte IDH determinar quiénes podían ser considerados como familiares de las víctimas directas de violaciones a derechos humanos y, por tanto, acceder a reparaciones. Así, la Corte Interamericana entendió como familia a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano (Corte IDH, 2002b; 2002a; 2001).

En el marco de los derechos a la diversidad sexual, el concepto de familia fue analizado apenas en el año 2010, en la emblemática sentencia del *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana revisó un proceso de custodia que, mediante una resolución judicial, le negó a una madre la guardia y custodia de sus hijas debido a su orientación sexual.

En este caso, al igual que la SCJN, la Corte IDH determinó que no existe un concepto cerrado de familia ni se protege un solo modelo "tradicional" de ésta. Por el contrario, el concepto de vida familiar no está reducido al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho en los que las partes tienen una vida en común (Corte IDH, 2012a, párrs. 142 y 143).

Asimismo, respecto de los modelos estereotipados de la familia, el hecho de que no se reconozca a otro tipo de familias que no están compuestas por una pareja entre un hombre y una mujer refleja una percepción limitada y estereotipada que no tiene fundamento en la CADH (Corte IDH, 2012a, párr. 146).

A raíz de esta decisión emblemática, la Corte IDH ha continuado con el mismo criterio a lo largo de su jurisprudencia.

1. Matrimonio

El artículo 4o. constitucional tampoco define la institución del matrimonio, ya que esta facultad le pertenece al legislador ordinario. La SCJN reconoció que el concepto de matrimonio no está vinculado con la función reproductiva, sin embargo, quienes deseen tener descendencia pueden hacerlo mediante los avances de la medicina reproductiva o la adopción (amparo en revisión 457/2012, p. 106).

En el mismo sentido, tomando como base uno de los precedentes más importantes en la historia constitucional de Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education*, la SCJN determinó que crear figuras distintas al matrimonio para regular la relación entre parejas del mismo sexo causa efectos discriminatorios, al establecer un régimen conocido como "separados pero iguales" (amparo en revisión 457/2012, p. 99).

En ese sentido, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, causándoles discriminación (amparo en revisión 615/2013, p. 100).

En el Sistema Interamericano, a diferencia de la Constitución, la CADH sí establece de manera expresa el matrimonio, en su artículo 17 "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio".

El concepto de matrimonio ha variado con el paso del tiempo y su conformación responde a diversos factores culturales, religiosos, sociológicos, económicos, ideológicos y lingüísticos (Corte IDH, 2017, párr. 223).

Al igual que la SCJN, la Corte Interamericana reconoció que la creación de instituciones parecidas al matrimonio, pero que no llevan ese nombre resulta estigmatizante, ya que permite contraer matrimonio a personas consideradas "normales", mientras que otra institución con los mismos efectos se usaría para referirse a personas "no normales" (de acuerdo con estereotipos heteronormados). Esto provoca una distinción basada en la orientación sexual de las personas, que resulta discriminatoria y, por tanto, incompatible con la CADH.

2. Otro tipo de uniones

Si todas las formas familiares gozan de la protección del artículo 4o. constitucional, resulta pertinente cuestionarnos ¿qué tipo de uniones son consideradas como una familia? La SCJN ya ha tenido la oportunidad de dar respuesta a esta pregunta orientada por la noción de familia como realidad social, privilegiando los fines del vínculo sobre su definición o reconocimiento legal.

En México se ha reconocido que las sociedades de convivencia nacen de un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua (Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, 2006, artículo 2; amparo directo 19/2014, p. 21).

Para analizar si este tipo de instituciones se encuentran tuteladas por el concepto de familia, la SCJN determinó que lo importante no recae en la denominación de una relación en particular. Lo que debe ser considerado como elemento nuclear es la convivencia de forma constante y

estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua, para que deban aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia (amparo directo 19/2014, pp. 20-21). Este elemento puede observarse en las sociedades de convivencia que, además, al estar compuestas por personas del mismo sexo también gozan de la protección constitucional del artículo 1o., que prohíbe la discriminación por la preferencia sexual de las personas.

Por otro lado, el concubinato se ha entendido como la unión dos personas que no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio, vivan en común de forma constante y permanente durante dos años o cuando tengan un hijo en común aunque no se cumpla dicho plazo (Código Civil para el Distrito Federal, 1928, artículo 291 bis).

A pesar de que la Constitución no prevé el derecho a formar un concubinato, las personas pueden unirse por esta institución, por lo que, al igual que en el matrimonio, la exclusión de las parejas del mismo sexo resulta discriminatoria.

Así como con las sociedades de convivencia, las personas unidas por concubinato deben ser consideradas una familia y por tanto estar bajo la protección constitucional mencionada. Lo importante en este tipo de uniones es la convivencia constante y estable fundada en la afectividad solidaridad y ayuda mutua.

Por su parte, la mayoría de los casos contenciosos que ha conocido la Corte IDH relacionados con uniones entre personas del mismo sexo se han analizado a la luz de uniones distintas al matrimonio. Al respecto, ha coincidido en que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio, sino que debe abarcar otros lazos familiares de hecho en los cuales las partes tienen vida en común (Corte IDH, 2012a, párr. 142; 2002c; 2017).

De igual forma, se ha determinado que una familia puede estar conformada por personas de diversas identidades de género u orientaciones

sexuales, por lo que existe otro tipo de vínculos que se pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. Por ello, es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares, que están protegidos por la CADH (Corte IDH, 2017, párrs. 179 y 191).

II. Derechos que se analizan en las uniones

A continuación, se hará un análisis comparado de aquellos derechos que ambas cortes han considerado violados cuando no se reconocen los vínculos entre parejas del mismo sexo.

1. Igualdad y no discriminación

Por excelencia, en estos casos el derecho que se considera violado es el principio de igualdad y no discriminación; éste es uno de los más importantes en materia de derechos humanos, ya que permite el goce y disfrute de todos los demás derechos, sin distinción arbitraria alguna, y tiene rango constitucional (CPEUM, artículos 1, párrafo primero y quinto; 2, apartado B; 4, párrafo primero; 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII) y está reconocido en diferentes tratados internacionales de derechos humanos, incluida la CADH (artículos 1 y 24).

El concepto de discriminación se relaciona con toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos de todas las personas (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 6), siendo inconstitucionales e inconventionales aquellas que no persiguen un fin legítimo.

En ese sentido, no toda diferencia en el trato es discriminatoria, pues existe una entre la distinción jurídicamente válida y el acto de discrimi-

minación. Las distinciones constituyen una diferencia razonable y objetiva, mientras que un acto discriminatorio implica que se realice una diferencia arbitraria en detrimento de los derechos humanos. Así, lo que está prohibido es que dichas distinciones se realicen de forma arbitraria e injustificada (Corte IDH, 2012b, párr. 285).

La SCJN ya determinó que el hecho de que una norma permita que únicamente un hombre y una mujer puedan unirse resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación. Para analizar si esta exclusión resulta objetiva y razonable o si es discriminatoria debe ser sometida a un escrutinio estricto (amparo en revisión 615/2013, p. 29).

En el amparo en revisión 1629/2004 la SCJN hizo referencia por primera ocasión a la necesidad de la aplicación de un escrutinio estricto cuando una medida se basa en categorías sospechosas.

Para saber si una norma que excluye a una pareja del mismo sexo de unirse libremente es una medida objetiva y razonable, la SCJN ha realizado un escrutinio estricto en el que analiza: i) si la opción elegida persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, ii) si la distinción está vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, y iii) si la distinción legislativa es la medida menos restrictiva posible para conseguir tal finalidad (amparo en revisión 615/2013, p. 133).

En ese sentido, aquellas normas que únicamente reconocen la unión entre un hombre y una mujer persiguen una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, como es la protección a la familia, cumpliendo así con el primer grado del escrutinio. Sin embargo, toda vez que este tipo de normas no están vinculadas con la protección de la familia como realidad social, al excluir injustificadamente a las parejas homosexuales, no satisfacen el segundo paso del escrutinio, por lo que resultan inconstitucionales (amparo en revisión 615/2013, p. 137).

Por su parte, la Corte IDH también ha analizado este principio, reconocido en el artículo 1 y 24 de la CADH; mientras que el artículo 1 estable-

ce el contenido sustantivo de dicho principio, el 24 impone la obligación de que los Estados lo reconozcan en su legislación interna (Corte IDH, 2008, párr. 209; 2015b, párr. 243; 2016a, párr. 112).

Una primera distinción entre el reconocimiento de este principio por la Suprema Corte y la Corte Interamericana está relacionada con la categoría sospechosa.

El artículo 1o. constitucional menciona que la discriminación está prohibida por "el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, *las preferencias sexuales*, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades" (cursivas añadidas).

Por su parte, el artículo 1 de la CADH menciona expresamente las siguientes categorías: "motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*" (cursivas añadidas).

Como se puede observar, la preferencia u orientación sexual de las personas no está reconocida de manera expresa en la CADH, lo cual puede entenderse si se toma en cuenta que la Convención fue redactada a finales de la década de 1960 (CADH, 1969), mientras que la lucha del reconocimiento de los derechos de la diversidad sexual y contra los crímenes de odio tuvo su auge apenas en la década de 1990 (Ley de Estadísticas de Crímenes de Odio de Estados Unidos).

Sin embargo, la Corte IDH estableció que estas categorías no son un listado limitativo sino meramente enunciativo, lo cual se observa con la inclusión del término "cualquier otra", a través del cual se pueden incorporar otras categorías que no están explícitamente reconocidas (Corte IDH, 2017, párr. 67).

Al hacer una interpretación evolutiva de este precepto, la Corte IDH reconoció que la CADH protege que las personas no sean discriminadas por su orientación sexual ni por su identidad de género, al estar contempladas dentro de la cláusula residual "cualquier otra" (Corte IDH, 2012a, párr. 91).

En segundo lugar, existe una diferencia entre la denominación de esta categoría por parte de ambos sistemas de protección. La Constitución y la SCJN (por lo general) se refieren a esta categoría como "preferencia sexual", mientras que la Corte IDH la refiere como "orientación sexual".

A pesar de que ambas se refieren a la atracción física, romántica o emocional de una persona hacia otra, existe una distinción doctrinaria entre ambas. Mientras que la *orientación* es innata, la *preferencia* es adquirida, por lo que el término podría indicar que dicha atracción es optativa o algo que se puede decidir, lo cual no sucede con la orientación (CDHDF, 2008, párr. 19). Tanto el Sistema Universal de Derechos Humanos (resolución A/HRC/19/41) como el Interamericano (Corte IDH, 2012a) utilizan el término "orientación sexual".

Finalmente, a diferencia de la SCJN, en los casos contenciosos que ha conocido la Corte IDH en la materia, no ha aplicado un escrutinio estricto, tal cual como lo ha aplicado la Suprema Corte. Al analizarlos, la Corte IDH ha indicado que una medida es discriminatoria cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, dicha medida exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva (Corte IDH, 2016a, párr. 106; 2016b, párr. 125). En estos casos, el Estado tiene la carga de la prueba para mostrar que la diferencia de trato por orientación sexual está justificada, sin fundamentar su decisión en estereotipos (Corte IDH, 2016b, párr. 125).

Como se puede observar, a diferencia del escrutinio estricto que ha utilizado la SCJN para resolver estos casos, la Corte IDH no exige de manera expresa que la medida sea la menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa; sin embargo, este requisito podría estar implícito en la obligación impuesta por la Corte IDH de que la medida sea proporcional entre los medios utilizados y el fin perseguido.

La otra distinción que se observa se relaciona con la obligación impuesta por la Corte IDH sobre la carga de la prueba (recaída en el Estado) y la obligación de sustentar la distinción realizada con una argumentación exhaustiva. Si bien estos requisitos pudieran parecer una mera formalidad, en el *Caso Flor Freire* la Corte IDH determinó la responsabilidad estatal de Ecuador, al no haber cumplido con su carga argumentativa y probatoria, presentando una justificación objetiva y razonable que sustentara la distinción plasmada en el Reglamento de Disciplina Militar de ese Estado, que hacía una distinción entre los "actos sexuales ilegítimos" y los "actos de homosexualismo" (Corte IDH, 2016b, párr. 137).

No obstante lo anterior, en 2017, a raíz de una consulta de Costa Rica, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva 24, en la que dio respuesta a los cuestionamientos que se le presentaron sobre el reconocimiento del cambio de nombre de las personas para reconocer su identidad de género, así como de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

En ella, la Corte IDH sí determinó la necesidad de aplicar un escrutinio estricto, en los mismos términos que exige la SCJN, que incorpora: i) el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso; ii) el medio escogido debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por una medida menos lesiva; iii) la aplicación de un juicio de proporcionalidad, en el que los beneficios de una medida sean superiores a las restricciones que impone (Corte IDH, 2017, párr. 81).

Este escrutinio es compatible con el utilizado por la SCJN en casos que involucran la orientación sexual e identidad de género de las personas.

Si bien pudiera ser lógico concluir que éste es el criterio que debiera adoptar la Corte IDH, al ser uno de los más recientes, lo cierto es que el valor jurídico de las opiniones consultivas no ha sido del todo claro en la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana ni en la de la SCJN.

En la primera opinión consultiva emitida por la Corte IDH, se reconoció la preocupación de los Estados por la posibilidad de que se pudiera acudir a la instancia consultiva con el propósito de resolver un caso contencioso, burlando los mecanismos impuestos por la CADH para aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Así, la Corte IDH estableció que las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias contenciosas (Corte IDH, 1982, párrs. 24 y 51).

Sin embargo, más de 30 años después, en la Opinión Consultiva 21, la Corte IDH determinó la obligación de los Estados de realizar un control de convencionalidad de lo que determine en sus opiniones consultivas (Corte IDH, 2014, párr. 31), dando a entender que los criterios emanados también son vinculantes para los Estados.

En el caso mexicano, cuando la SCJN resolvió que los criterios de la Corte Interamericana son vinculantes para las personas operadoras jurídicas del país, se hizo un análisis de lo que debería ser considerado como jurisprudencia. Al respecto, se llegó a la conclusión de que únicamente se señalarían como obligatorios aquellos criterios emanados de la función contenciosa de la Corte IDH (contradicción de tesis 293/2011, pp. 55 y 56).

Como se puede observar, el valor de las opiniones consultivas no ha sido determinado por ambos sistemas de protección de manera tajante; sin

embargo, la Opinión Consultiva 24 ha sido de gran trascendencia para desarrollar criterios relacionados con la identidad de género y orientación sexual de las personas.

Ahora, en lo que concierne a la prohibición de las uniones entre personas del mismo sexo, ambas cortes han coincidido en que la prohibición no es una distinción razonable ni objetiva, por lo que vulnera el principio de igualdad y no discriminación de las personas por su orientación sexual y, por tanto, no cuenta con protección constitucional ni convencional.

2. Libre desarrollo de la personalidad

El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido dotado de contenido, principalmente, por la jurisprudencia de la SCJN. En el Sistema Interamericano, este derecho no ha tenido un gran desarrollo, ya que han sido pocos los casos contenciosos en los que, siquiera, se ha mencionado.

La SCJN ha considerado que éste se deriva del derecho a la dignidad y que permite la realización del proyecto de vida de las personas. Para su cumplimiento, el Estado debe garantizar que cada quien sea como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados o impedimentos, lo cual abarca la decisión libre y voluntaria de mantener relaciones afectivas con personas del mismo sexo (amparo en revisión 237/2014, p. 32). Por ello, las porciones normativas que prohíben las uniones entre personas del mismo sexo violan el libre desarrollo de la personalidad de las personas y, por tanto, resultan inconstitucionales.

Por su parte, los pocos casos contenciosos en que la Corte IDH se ha pronunciado están relacionados con el hecho de que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (Corte IDH, 2012b, párr. 143; Corte IDH, 2011a, párr. 97), o que el derecho a la vida privada incluye los derechos a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (Corte IDH, 2016c, párr. 152); sin

embargo, la Corte IDH no ha determinado una violación directa a este derecho.

Como se verá más adelante, en la Opinión Consultiva 24, que ya se mencionó, la Corte IDH ha desarrollado con más profundidad este derecho en cuanto a la reasignación sexogenérica en los documentos oficiales de identificación.

3. Seguridad social

En diversos casos conocidos por la SCJN, se consideró que las disposiciones que impiden a parejas del mismo sexo acceder a diversos derechos de seguridad social son inconstitucionales, al reconocer únicamente las uniones entre hombres y mujeres. Negar a las parejas del mismo sexo los beneficios de la seguridad social viola el principio de igualdad y no discriminación, ya analizado, por realizar un trato distintivo que no tiene ninguna justificación (amparos en revisión 485/2013, 710/2016 y 750/2018; acción de inconstitucionalidad 40/2018).

Los derechos que conforman la seguridad social de los trabajadores son el resultado de una lucha de la clase trabajadora que abarcan no sólo a las personas aseguradas, sino también a sus familiares. Estos derechos se deben aplicar sin discriminación alguna, por lo que las preferencias sexuales de una persona no deben ser un obstáculo para garantizarlos.

Este tipo de normas vulneran los derechos de estas parejas, ya que niegan ciertas garantías de seguridad social, en materia de salud (acción de inconstitucionalidad 40/2018, p. 114). Entre los aspectos que ha analizado la SCJN se encuentran: i) seguro de enfermedades y de maternidad (amparo en revisión 485/2013), ii) asistencia obstétrica, iii) capacitación y fomento para la lactancia materna, iv) reposos extraordinarios, v) canastilla de maternidad, vi) servicios del seguro de salud, vii) al pago de pensiones (amparo en revisión 710/2016, pp. 45 y 46), viii) atención a la salud (acción de inconstitucionalidad 40/2018), entre otros.

En el marco del Sistema Interamericano, el *Caso Duque vs. Colombia* es el primer y único caso contencioso en el que Corte IDH ha analizado los derechos a la seguridad social que tienen las parejas del mismo sexo, en éste se analizó la situación de un hombre al que le negaron la posibilidad de obtener una "pensión de sobrevivencia" tras la muerte de su pareja del mismo sexo.

Para determinar el alcance de las obligaciones estatales respecto de la seguridad social, la Corte IDH utilizó los Principios de Yogyakarta.¹ El principio 13 establece la obligación de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación, a medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud —incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género—, otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.

Además de estas medidas, la Corte IDH ha reconocido otros derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo pueden ser titulares: i) impuestos; ii) herencia y los derechos de propiedad; iii) reglas de la sucesión intestada; iv) privilegio del cónyuge en el derecho procesal probatorio; v) autoridad para tomar decisiones médicas; vi) los derechos y beneficios de los sobrevivientes; vii) certificados de nacimiento y defunción; viii) normas de ética profesional, restricciones financieras en temas electorales; ix) beneficios de compensación laboral; x) seguro de salud, y xi) custodia de los hijos (Corte IDH, 2016a, párr. 118; 2017, párr. 197).

¹ Estos principios tienen su origen en una reunión de especialistas en derechos humanos celebrada en la Universidad de Gadjja Mada en Yogyakarta, Indonesia, en 2006, que ante las múltiples violaciones a los derechos humanos de las personas del colectivo LGBTI+ (lesbiana, gay, bisexual, transgénero y otras orientaciones o identidades de género), consumaron un documento con principios concretos que los Estados deben adoptar con respecto a las obligaciones que surgen de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Este caso ha tenido un gran impacto para los Estados partes de la CADH; en México también se puede ver reflejado en la acción de inconstitucionalidad 40/2018, en la que la SCJN tomó como base para su resolución los criterios emanados del caso emblemático (acción de inconstitucionalidad 40/2018, p. 96).

4. Reparaciones

La SCJN ha establecido que la manera más efectiva de reparar el daño que ocasiona la prohibición de las uniones entre personas del mismo sexo que ya se han analizado inicia con la declaratoria de inconstitucionalidad de las porciones normativas que provocan dicha exclusión (acciones de inconstitucionalidad 40/2018 y 28/2015, entre otras).

La SCJN ha reconocido que existen algunas medidas no pecuniarias que pueden dictarse en el juicio de amparo, por ejemplo, i) la compensación económica, ii) la misma emisión de la sentencia a manera de satisfacción o iii) las responsabilidades administrativas y penales, en caso de incumplimiento de las sentencias de amparo (amparo en revisión 706/2015, p. 69).

La Corte IDH ha desarrollado una doctrina propia en cuanto a la reparación integral que deben realizar los Estados cuando se produce una violación a la CADH. Del artículo 63 de la Convención se desprende que toda violación de una obligación internacional que produzca un daño implica el deber de repararlo adecuadamente, a fin de resarcir los daños de manera integral (Corte IDH, 2005, párr. 294; 2011b, párr. 240; 2012a, párr. 241). Estas medidas incluyen la restitución, indemnización compensatoria, satisfacción, rehabilitación, investigación, juzgamiento y sanción, garantías de no repetición, pago de cosas y gastos y el pago al fondo de asistencia legal, todas ellas, de conformidad con diversas modalidades de cumplimiento (Corte IDH, 2012a; 2016a; 2016b).

En los casos que involucran una vulneración a la orientación sexual de una persona, la Corte IDH ha establecido las siguientes medidas: i) aten-

ción adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas; ii) publicación de la sentencia; iii) reconocimiento de responsabilidad a través de un acto público; iv) reparaciones con vocación transformadora que desarticulen los estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación por orientación sexual; v) capacitación a funcionarios; vi) ejercicio de un control de convencionalidad; vii) indemnización compensatoria, y viii) costas y gastos (Corte IDH, 2012a, párrs. 254, 259, 267, 271, 272, 282, 299 y 306; 2016b, párrs. 216, 239, 257 y 264; 2016a).

En ese sentido, como se puede observar, existe una distinción lógica en cuanto a los diferentes efectos que tiene una sentencia emitida por la SCJN y una emitida por la Corte IDH.

La SCJN analizó en el amparo en revisión 706/2015 que no todas las medidas de reparación no pecuniarias desarrolladas por la Corte IDH pueden ser dictadas en el juicio de amparo, por los siguientes motivos: i) las medidas son excepcionales y pueden llegar a responder a graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos; ii) los procesos ante la Corte IDH tienen como objetivo determinar si los Estados han incurrido en responsabilidad internacional, y iii) las reparaciones que dicta no hacen una diferencia entre órganos del Estado, poderes de la unión ni órdenes de gobierno.

Por su parte, el juicio de amparo es un recurso con límites muy claros, que no es compatible con todas las medidas de reparación no pecuniarias en el juicio de amparo que ha dictado la Corte IDH, aunque algunas puedan ser reinterpretadas como garantías de no repetición, por ejemplo.

C. Filiación homoparental y derechos de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones

Como ya se mencionó, la existencia de la familia está ligada con el desarrollo de las sociedades, y a pesar de que este concepto no está limitado

a la procreación, cuando una pareja de personas del mismo sexo quiere tener hijos o hijas puede hacerlo a través de los avances de la medicina reproductiva o de la adopción (Corte IDH, 2017, párr. 177).

En ese sentido, en este apartado se analizarán los derechos de la diversidad sexual mediante las siguientes formas de filiación analizadas por la SCJN y la Corte IDH: i) adopción, ii) reproducción asistida y iii) co-maternidad. Asimismo, se revisarán los derechos de los padres a educar a sus hijos e hijas conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas.

I. Adopción

La adopción es una institución mediante la cual se otorga a la persona adoptada la situación de hija o hijo de la persona o personas adoptantes y a éstos los deberes y derechos inherentes a la relación paterno filial. En la adopción debe prevalecer en todo momento el interés superior de la niñez, el cual representa una protección especial que cuenta con rango constitucional (acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 115).

La SCJN ha establecido que las normas que prohíben que pajaras del mismo sexo adopten son inconstitucionales desde dos perspectivas: por un lado, al violar los derechos de las personas adoptantes y, por otro, al vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de los derechos de las personas adoptantes, en los casos conocidos por la SCJN se ha encontrado que existe una distinción basada en la orientación sexual de la pareja, que no supera el escrutinio estricto ya analizado, al no ser una medida que tenga proporción con el fin que ésta busca.

Por otro lado, en los casos en que se prohíbe la adopción a una pareja del mismo sexo que no está unida por el matrimonio, existe una doble discriminación, la primera se basa en su estado civil y la segunda en su orientación sexual. En ese sentido, como ya se mencionó, el artículo 4o.

no reconoce un modelo único de familia, lo cual incluye a las personas que no están unidas mediante el matrimonio, así como a las parejas del mismo sexo.

En concordancia con lo anterior, la orientación sexual y el estado civil de una pareja no deben ser considerados para analizar su idoneidad para ser padres. Lo que se debe analizar es la capacidad de una pareja de brindar cuidados y protección al menor de edad para incluirlo en una familia (acción de inconstitucionalidad 8/2014, pp. 19 y 23).

En lo que respecta a los derechos de niños y niñas, cuando a una pareja del mismo sexo se les prohíbe adoptar por ese hecho, se vulnera el interés superior de la niñez al impedirles formar parte de una familia, de crecer en un ambiente en el que desarrollen sus potencialidades y de que sean cuidados cuando los posibles padres cumplen con el requisito de idoneidad para formar una familia. En ese sentido, considerar la orientación sexual de los padres como un requisito de idoneidad recae en un estereotipo infundado que resulta estigmatizante tanto para las personas adoptantes como para las posibles adoptadas (acción de inconstitucionalidad 8/2014, p. 22).

A diferencia de la SCJN, la Corte IDH no ha conocido un caso en el que se haya prohibido de manera directa la adopción de un hijo o hija a una pareja de personas del mismo sexo; sin embargo, en otros casos de contextos distintos en los que se ha analizado la adopción, la Corte ha establecido que en los procesos debe permear el principio de igualdad y no discriminación, lo cual incluye la prohibición de discriminar por la orientación sexual de las personas, que se extiende también a las condiciones de sus padres o familiares (Corte IDH, 2018a, párr. 275; 2015b, párr. 273).

En el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, si bien no se revisa la capacidad de una pareja del mismo sexo para adoptar, la Corte IDH analizó la idoneidad de la señora Karen Atala para cuidar a sus propias hijas, a pesar de tener una pareja de su mismo sexo. Para ello, se estudió el interés

superior de la niñez, lo cual implica tomar en cuenta los riesgos reales y probados que puedan causar un impacto negativo en un niño o niña. En contraste, no deben tomarse en cuenta aquellos "riesgos" especulativos o imaginarios basados en estereotipos o preconcepciones generalizadas y erróneas, como la orientación sexual de un padre o una madre (Corte IDH, 2012a, párr. 109).

Como ya se adelantó, al ser éste el primer caso resuelto por la Corte IDH en el que se analizó la orientación sexual como un derecho de la diversidad sexual, se utilizaron como parámetro diversas fuentes del derecho comparado, incluyendo la acción de inconstitucionalidad 2/2010 de la SCJN (Corte IDH, 2012a, párrs. 126, 137 y 145). El criterio que adoptó el tribunal interamericano de esta sentencia mexicana se relaciona con el derecho de las parejas homosexuales de adoptar menores de edad, el cual establece que el desarrollo de un niño o niña no tiene una afectación negativa por el hecho de convivir con padres homosexuales, por lo que una pareja heterosexual no garantiza que un niño o niña viva en condiciones óptimas para su desarrollo, ya que éste no tiene que ver con la heterosexualidad u homosexualidad de las personas (Corte IDH, 2012a, párrs. 126, 137 y 145).

Además de la importancia del contenido sustantivo que ha aportado esta sentencia de la Corte IDH, también resulta de gran relevancia para observar la manera en la que el tribunal interamericano nutre sus sentencias con criterios de las altas cortes de América Latina. Esto resulta ser un gran ejemplo de los términos colaborativos y no contradictorios del diálogo jurisprudencial que realizan la SCJN y la Corte IDH para dotar de contenido a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, que tienen rango constitucional.

II. Técnicas o métodos de reproducción asistida

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas a lograr un embarazo.

Entre dichas técnicas están la fecundación *in vitro*; la transferencia de embriones; la transferencia intratubárica de gametos, cigotos o embriones; la criopreservación o donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado (Corte IDH, 2012b, párr. 63).

La SCJN analizó la maternidad subrogada en un caso en el que una pareja de hombres concibió un hijo —uno de ellos aportó el gameto masculino—. En el caso se reconoció el derecho a la procreación y la fijación de la filiación mediante técnicas de reproducción asistida a las parejas de personas del mismo sexo, a la luz de los derechos a la igualdad y no discriminación, la protección de la familia y a decidir de manera libre, responsable e informada acerca de sus hijos e hijas. Asimismo, se analizaron los derechos a la identidad de los niños y las niñas y el interés superior de la niñez a la luz de un vínculo no biológico con sus padres (amparo en revisión 553/2018).

La Suprema Corte determinó que tanto el artículo 1o. (igualdad y no discriminación) como el 4o. (familia) constitucionales reconocen el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a métodos de reproducción asistida, incluida la maternidad subrogada, para que puedan convertirse en padres. Si bien uno de los principios rectores de la filiación es la verdad biológica (coincidencia entre la filiación jurídica y la biológica), esto no siempre es posible, tal como sucede con la maternidad subrogada (amparo en revisión 553/2018, p. 38).

Para comprobar la filiación en estos casos se debe tomar en cuenta la voluntad procreacional (considerar a las hijas o hijos como propios, aunque biológicamente no lo sean). En ese sentido, cuando se hace un registro de nacimiento no se debe exigir ninguna prueba del vínculo biológico, ya que el principio de la buena fe rige en los actos registrales (amparo en revisión 553/2018, pp. 48-50).

Es importante mencionar que en la maternidad subrogada es indispensable que la voluntad de la mujer gestante esté libre de vicios y se

realice únicamente cuando desee hacerlo, siempre en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (amparo en revisión 553/2018, p. 35).

En el Sistema Interamericano no ha existido un gran análisis de la maternidad subrogada; sin embargo, resulta pertinente mencionar que existen diferentes aristas sobre este método de reproducción, que han sido objeto de discusiones por los procedimientos especiales del Sistema Universal de Derechos Humanos.

La relatora especial sobre la venta y la explotación sexual infantil ha destacado que una deficiente legislación sobre la maternidad subrogada o gestación por sustitución puede ocasionar la venta o trata de niños y niñas, prohibida por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, la relatora especial ha considerado que los Estados deben prohibir la modalidad comercial de la maternidad subrogada hasta que puedan implementar un sistema regulatorio adecuado que comprenda un marco jurídico claro y amplio (resolución A/HRC/37/60).

Por otro lado, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer ha establecido que existen distintas prácticas, como podría ser la maternidad subrogada, que constituyen una forma de instrumentalización del cuerpo y las funciones biológicas de la mujer, que deben ser eliminadas de los Estados a través de la implementación de medidas, tanto legislativas como de política pública (resolución A/HRC/32/44).

Finalmente, es pertinente destacar la reciente acción de inconstitucionalidad 16/2016 discutida por el Pleno de la SCJN, en junio de 2021, mediante la cual se analizó la validez de ciertas normas del código civil para el estado de Tabasco que regulaban los casos de gestación por subrogación.

Las y los Ministros discutieron y reconocieron cuestiones de gran relevancia como que la gestación por sustitución tiene que ser acorde a los derechos de las partes involucradas, particularmente de las niños, niñas y mujeres. Por su parte, con relación a los derechos de la diversidad sexual, se declaró la invalidez del artículo 380 bis 3l, de dicho código, que establecía que el contrato de gestación lo firmarán "la madre y el padre" contratantes. Esto resulta discriminatorio ya que excluye a las parejas del mismo sexo y a cualquier persona soltera de la posibilidad de celebrar un contrato de gestación, lo cual implica hacer una distinción basada en categorías sospechosas (la orientación sexual y el estado civil) que no supera el test de escrutinio estricto (acción de inconstitucional 16/2016).

Como es posible observar, existen cuestiones que deben ser tomadas en cuenta en el marco de esta figura para poder lograr una protección integral contra las posibles violaciones a derechos humanos que se pudieran ocasionar al emplear este método de reproducción asistida.

Por otro lado, si bien la Corte IDH no ha conocido de algún caso en el que se analice un método de reproducción asistida, como parte del derecho de una pareja del mismo sexo a formar una familia, ésta sí analizó un caso relacionado con una serie de parejas en Costa Rica que buscaban tener hijos mediante la fecundación *in vitro*, la cual estaba prohibida en ese país (Corte IDH, 2012b). En este caso, se determinó que el derecho a formar una familia (artículo 17 de la CADH), así como el derecho a la vida privada (artículo 11 de la CADH), relacionados con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, abarcan la posibilidad de acceder a la tecnología médica necesaria para poder formar una familia.

El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente (PIDESC, artículo 15, inciso b). Por ello, al analizar la proporcionalidad de la prohibición absoluta de la fecundación *in*

vitro, la Corte IDH resolvió que ésta era una restricción desproporcionada y, por tanto, violatoria de la CADH (Corte IDH, 2012b, párr. 150).

Si bien este caso no involucra a parejas del mismo sexo, sí se hace referencia al derecho de todas las personas a formar una familia sin discriminación alguna, lo cual incluye la obligación de no discriminar por la orientación sexual de las personas.

III. Comaternidad

La comaternidad es un tipo de unión familiar constituida por dos mujeres, que comprende la doble filiación materna, en la que ambas se encargan del cuidado de sus hijos o hijas, aun cuando no tengan un vínculo biológico con ellos. La SCJN conoció el caso de una pareja de mujeres en el que una de ellas gestó a su hijo; cuando acudieron a registrarlo, se le negó a la otra madre el reconocimiento como tal, al no tener un vínculo biológico (amparo en revisión 852/2018).

La SCJN estableció que lo relevante de los deberes parentales es que se realicen en un ambiente de amor y comunicación con las y los menores de edad, brindándoles una sana educación para la vida, de la manera más informada posible y que contribuya a su sano desarrollo integral, lo cual no tiene relación con la preferencia sexual de las madres ni con la existencia de un vínculo genético con las hijas o los hijos (amparo en revisión 852/2018, p. 63).

Tomar en cuenta dichas características vulnera el principio de igualdad y no discriminación, al no superar el escrutinio estricto, que ha sido analizado previamente (amparo en revisión 852/2018, p. 45).

Como ya se comentó, la postura de la Corte IDH recae en que la orientación sexual de las madres no puede servir para restringir un derecho sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona, ya que no está relacionada con la idoneidad para ser madre. Así, el interés su-

perior de la niñez no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de las madres por su orientación sexual (Corte IDH, 2012a, párr. 110).

IV. Derechos de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas, morales y religiosas

En un caso resuelto por la SCJN, una madre reclamó que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contenía referencias a la preferencia sexual de los niños y niñas que no correspondían a la edad de un niño o niña, por lo que vulneraba el interés superior de la niñez, así como el derecho de educar a sus hijos conforme a los valores que estimaba adecuados para su desarrollo (amparo en revisión 203/2016). En este caso, la SCJN determinó que las referencias no tienen el objetivo de establecer, desarrollar o regular cuestiones referentes a la sexualidad de niños y niñas, sino de establecer, *inter alia*, que está prohibida la discriminación por preferencia sexual, por lo que no dañan el interés superior de la niñez.

Respecto del derecho de los padres a educar a sus hijos e hijas conforme a sus propias convicciones, la SCJN determinó que no se puede llegar al extremo de que estas enseñanzas sean contrarias al interés superior y a la restricción a la información y educación sexual que pudieran promover una discriminación debido a las preferencias sexuales de los otros individuos.

En el Sistema Interamericano, la CIDH (2015) ha analizado esta situación; sin embargo, más allá de establecer si ciertas referencias a la preferencia u orientación sexual de niños, niñas y adolescentes atentan en su contra, la Comisión enfatizó la obligación de los Estados de crear mecanismos que promuevan el respeto a la preferencia sexual de las personas, particularmente, de otros niños y niñas. La CIDH reconoció que la violencia contra niños y niñas LGBTI+ se manifiesta comúnmente en las

escuelas, donde sufren mayores niveles de victimización por otros niños y niñas.

Este tipo de acoso puede mermar el derecho de niños y niñas a la educación, a la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación, al bienestar psicológico y a la salud mental. Por ello, los Estados deben asegurarse de implementar medidas para que las niñas, los niños y adolescentes no discriminen ni sean discriminados por su orientación sexual.

Estas medidas pueden incluir: i) erradicación de planes de estudios con información que estigmatice orientaciones sexuales e identidades de género diversas; ii) supervisión y control de reglamentos escolares que puedan ser discriminatorios; iii) implementación de políticas contra violencia hacia niños y niñas; iv) implementación de medidas para documentar la violencia contra niños y niñas; v) establecimiento de mecanismos de denuncia e investigaciones de casos de violencia; vi) capacitación a las instituciones involucradas para que puedan tomar medidas adecuadas, y vii) adopción de campañas de sensibilización, entre otras (CIDH, 2015, párr. 330).

Tomando en cuenta que a la luz del Sistema Interamericano existe una obligación de crear medidas para promover la no discriminación contra las personas, especialmente menores de edad, el caso analizado por la SCJN no sólo es acorde con los estándares interamericanos, sino que la inclusión de estas referencias en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes constituye una medida legislativa que ayuda a cumplir con la obligación de promover una cultura de respeto a la orientación sexual de las personas.

D. Violencia por orientación sexual o identidad de género de las personas

Las personas LGBTI+ han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y viola-

ciones a sus derechos fundamentales. Muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el "castigo" de las identidades o expresiones diferentes a las normas y roles de género tradicionales (CIDH, 2015, párr. 25). Esta violencia puede ser física, psicológica o sexual y se puede dar en el ámbito público y privado (Corte IDH, 2017, párr. 36; resolución A/HRC/19/41, párr. 1).

I. Adecuación de documentación de acuerdo con la identidad de género

Tanto la SCJN como la Corte IDH han coincidido en la definición de diversos conceptos pertinentes para el análisis de este apartado (SCJN, 2020, p. 3; Corte IDH, 2017, párr. 32). El sexo de una persona es un elemento que la distingue como mujer u hombre. Cuando es registrado el nacimiento de una persona, este elemento se ve reflejado en el acta de nacimiento, como resultado del simple examen de los genitales externos.

Por otro lado, el género de las personas es el conjunto de atributos asignados socialmente a las personas a partir de su sexo, de acuerdo con los parámetros que se establecen en cada sociedad sobre cómo deben ser los hombres y las mujeres.

Finalmente, la identidad de género es la vivencia del género de acuerdo a como la siente cada persona, lo cual implica que cada quien se puede identificar como hombre o mujer, respecto de su género, lo cual puede o no coincidir con el sexo que le fue asignado al nacer.

Las personas trans son aquellas cuyo sexo asignado al nacer no concuerda con su identidad de género (CIDH, 2015). En ese sentido, la cuestión que se plantea en este apartado está relacionada con el derecho de que las personas decidan sobre su propia identidad de género y la obligación de que el Estado lo reconozca.

Este reconocimiento ha sido analizado por la SCJN y por la Corte IDH, a partir de dos problemáticas distintas. La primera tiene ver con la nega-

tiva de emitir un acta de nacimiento nueva en casos de reasignación sexogenérica, sustituida por anotaciones marginales en las actas de nacimiento primigenias. La segunda está relacionada con la vía (administrativa o judicial) mediante la cual se permite realizar esta reasignación.

Una problemática adicional que ha analizado la Corte IDH y que no ha conocido la SCJN está relacionada con los procedimientos de reasignación sexogenérica en niños, niñas y adolescentes, que será analizada en este apartado.

1. Anotaciones marginales en el acta de nacimiento

La SCJN conoció diversos casos en los que personas trans solicitaron que se les emitiera un acta de nacimiento nueva en la que se reflejara el género con el que se identifican; en algunos se accedió a llevar a cabo la reasignación a través de una anotación al margen en el acta de nacimiento original (amparo directo civil 6/2008; conflicto competencial 45/2018; amparo en revisión 101/2019; contradicciones de tesis 353/2017 y 346/2019).

La SCJN determinó que hacer este tipo de notas propicia que la persona exteriorice las actividades de su vida anterior, generando posibles violaciones a sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen, a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

En contraste, la emisión de una nueva acta que refleje la identidad de una persona no implica la inexistencia de los hechos o actos acontecidos, por lo que no se traduce en la desprotección de derechos de terceros o del orden público. Y en ese sentido, ante posibles controversias o conflictos, se resolverán por las autoridades competentes, en cada caso concreto.

Al igual que la SCJN, la Corte Interamericana ha establecido que las modificaciones en los documentos de identidad, no implica que los actos que hubiera realizado desaparezcan. Las obligaciones y efectos jurídicos siguen vigentes y les son exigibles, salvo en los casos en que la propia legislación determine la extinción o modificación de los mismos (Corte IDH, 2017, párr. 120).

En ese sentido, los Estados deben garantizar la posibilidad de registrar, cambiar, rectificar o adecuar el nombre y los demás componentes esenciales de identidad, sin que deba exponerse la identidad anterior. Esto, ya que la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género puede poner a la persona en una situación de vulnerabilidad. Por ello, los procedimientos y las rectificaciones no deben ser públicos ni figurar en el mismo documento de identidad (Corte IDH, 2017, párr. 135).

2. Vía mediante la cual se puede hacer un cambio en el acta de nacimiento

Para la adecuación de datos esenciales en el acta de nacimiento, la SCJN ha observado la existencia dos trámites: i) rectificación de acta y ii) reconocimiento voluntario de hijos. Éstos deben substanciarse ante autoridades distintas: una jurisdiccional y otra administrativa (contradicción de tesis 346/2019).

La Suprema Corte determinó que esta distinción no tiene un fundamento objetivo y razonable que permita darles un trato desigual. Independientemente del carácter de los procedimientos para la adecuación de la identidad de género, éstos deben i) estar enfocados en la adecuación integral de la identidad de género; ii) estar basados en el consentimiento libre e informado, sin que se exijan certificaciones médicas, psicológicas u otras que puedan resultar irrazonables o patologizantes; iii) ser confidenciales y no reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; iv) ser expeditos y, en la medida de lo posible, gratuitos, y v) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas ni hormonales (amparo en revisión 1317/2017, p. 62).

La Suprema Corte ya reconoció que la vía ideal para llevar a cabo estos procedimientos es la administrativa y no la judicial, ya que i) es útil para orientar las bases normativas conforme a las cuales la autoridad registral debe tramitar; ii) contempla la posibilidad de que sea usado para realizar modificaciones o correcciones accidentales, además de alteraciones o ajustes a ciertos aspectos sustanciales del estado civil; iii) permite el cambio a través de la expedición de nuevos documentos de identidad, y iv) es susceptible de ser armonizada para tutelar el derecho a la identidad (amparo en revisión 101/2019, pp. 36-38).

A pesar de lo anterior, eso no significa que en todos los casos la vía judicial sea inadecuada para tramitar cambios en documentos de identidad (amparo en revisión 101/2019, pp. 24 y 25), lo cual tendrá que ser analizado caso por caso.

Si bien la Corte Interamericana no ha conocido todavía un caso contencioso respecto de las modificaciones en sus actas de nacimiento, en la Opinión Consultiva 24, que ya se ha mencionado, emitió una serie de criterios de gran relevancia que han servido para dotar de contenido a los derechos analizados en ella.

Éste es el caso de la SCJN, que en algunos de los asuntos analizados ha tomado como referencia los estándares establecidos en esa opinión (amparos en revisión 1317/2017 y 101/2019), por lo que los criterios de ambas cortes sobre este tema han seguido el mismo camino.

La Corte IDH estableció que los Estados deben reconocer la identidad de género de las personas en los registros, así como en los documentos de identidad, para los cuales no deben emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades y ser sometidos a cargas irrazonables.

El plazo razonable de duración de un procedimiento está determinado, entre otros, por la afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. En ese sentido, si el paso del tiempo

incide en la situación jurídica de la persona es necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud. Además, los procesos deben ser gratuitos o lo menos gravosos posibles y en ninguna circunstancia debe exigirse una operación quirúrgica para la reasignación sexo-génerica en documentos de identidad (Corte IDH, 2017, párrs. 142-148).

Respecto de la vía para realizar el procedimiento, la Corte IDH ha establecido que los Estados tienen la posibilidad de determinar la más adecuada para cumplir con los requisitos antes mencionados; al igual que la SCJN, la Corte IDH consideró que la que mejor se ajusta es la materialmente administrativa o notarial, ya que la judicial puede incurrir en excesivas formalidades y demoras propias de su naturaleza (Corte IDH, 2017, párr. 159); sin embargo, con independencia de la vía mediante la cual se realice el procedimiento, de acuerdo con la Corte IDH se deben cumplir con los requisitos que ya se mencionaron y que adoptó la SCJN.

A pesar de que la SCJN sólo ha hecho referencia a dicho reconocimiento en las actas de nacimiento, la Corte IDH ha hecho extensivas las obligaciones mencionadas a todo tipo de documentos de identidad. Incluso, en los que tengan fotografía se ha considerado que la imagen de una persona en un documento oficial es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la CADH, ya que no sólo respalda información escrita, sino que tiene un valor expresivo importante para comunicar o informar con igual o mayor impacto que un escrito. Por ello, los Estados deben garantizar que éstas coincidan con la identidad y expresión de género de las personas (Corte IDH, 2017, párr. 122).

3. Procedimientos en niños, niñas y adolescentes

Como ya se mencionó, un último aspecto que ha analizado la Corte IDH es la regulación de los procedimientos de rectificación al sexo o género en los registros y documentos de identidad de niños y niñas.

Al respecto, los niños y niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y cuentan, además, con medidas especiales de protección. Esto implica que pueden tomar decisiones sobre su identidad, y se les deben ofrecer las condiciones necesarias para que ejerzan ese derecho, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (Corte IDH, 2017, párr. 150).

En ese sentido, las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género son aplicables a niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que ésta se reconozca en los documentos y registros (Corte IDH, 2017, párr. 153-155).

4. Derechos humanos analizados

Tanto la SCJN como la Corte IDH han analizado la violación de diversos derechos, a la luz de los casos aquí vistos. A continuación, se revisarán algunos.

La SCJN ha determinado que con la negativa de expedir un acta de nacimiento se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho implica que cada persona sea como quiere ser, que cumpla con sus metas y objetivos, sin coacción ni controles injustificados o impedimentos y que comprende la libre elección de su identidad (amparo directo civil 6/2008, p. 97).

Ese derecho también se relaciona con la identidad personal y de género, que cuando es reconocida por el Estado permite que se garanticen otros derechos, como a la salud, educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como a la libertad de expresión y de asociación (amparo en revisión 1317/2017, p. 42).

Como ya se adelantó, en el Sistema Interamericano este derecho no ha tenido un gran desarrollo en sus casos contenciosos; sin embargo, en la Opinión Consultiva 24 analizada se reconoció por primera ocasión que

el derecho al libre desarrollo de la personalidad se deriva de los artículos 7 (libertad personal) y 11 (protección de la honra y de la dignidad) de la CADH. Incluso, para desarrollar el contenido de este derecho tomó en cuenta diversos criterios emitidos por los tribunales constitucionales de México y Colombia.²

Para garantizar ese derecho, la Corte IDH reconoció que es necesario respetar la vida privada que comprende la forma en que cada persona se ve a sí misma y cómo decide proyectarse hacia los demás. Asimismo, señaló que cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses, y para poder ejercerlo es determinante la fijación del nombre, como atributo de la personalidad (Corte IDH, 2017, párrs. 87, 88 y 111).

En cuanto a la identidad sexual y de género de las personas, la SCJN ha establecido que se trata de aspectos inherentes a la persona humana y a su vida privada y que conforman esa parte de la vida que se desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público.

El derecho a la identidad se puede afectar por situaciones o contextos que vulneran la dignidad humana, el derecho a la vida privada y el principio de autonomía de la persona. Asimismo, este derecho implica la individualidad de cada persona, así como su vida privada, cuyo componente esencial es la identidad de género y sexual (Corte IDH, 2017, párrs. 90 y 91).

En cuanto al derecho a la salud, la SCJN ha establecido que no se limita a la salud física, sino también comprende la salud mental o psíquica que, a su vez, implica la salud sexual, por lo que sólo podría alcanzarse el bienestar integral si puede adecuar su sexo legal con el sexo con el cual se identifica (amparo en revisión 203/2008, p. 98).

² Las sentencias analizadas en esta opinión consultiva de la Corte Constitucional de Colombia son T-063/2015 y T-499/2013, mientras que la analizada por la SCJN es amparo directo 6/2008.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha definido la salud como un estado de bienestar físico, mental y social, que no se limita a la ausencia de afecciones o enfermedades. Así, a las personas discriminadas por su orientación sexual se les altera la salud psíquica y mental, que no sólo las afecta su individualidad, sino también el estado general de salud psíquica de la población. Por ello, la negativa de expedición de un nuevo documento de identidad también viola el derecho a la salud, en estas dos dimensiones (Corte IDH, 2017, párrs. 49, 51 y 98).

Un derecho que, a diferencia de la SCJN, la Corte IDH ha considerado violado cuando se niega la reasignación sexogenérica en un documento de identidad es el reconocimiento a la personalidad jurídica protegido por el artículo 3 de la CADH, el cual determina la existencia de las personas ante la sociedad y el Estado, lo que le permite gozar de derechos y ejercerlos. Por ello, el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que pueda ser ejercido (Corte IDH, 2017, párr. 103).

Por otro lado, otro derecho que, a diferencia de la SCJN, la Corte IDH también establece que es violado en este tipo de supuestos es el derecho al nombre, reconocido en el artículo 18 de la CADH. El nombre es un atributo de la personalidad que constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado (Corte IDH, 2017, párr. 106).

Por ello, el derecho al nombre es determinante para el libre desarrollo de las personas, por lo que se debe garantizar la posibilidad de elegirlo o cambiarlo libremente para que sea concordante con la identidad de género.

II. Libertad de expresión y expresiones discriminatorias homofóbicas

Lamentablemente, puede llegar a ser muy común que para insultar a las personas se usen expresiones homofóbicas, que muchas veces se justifi-

can en el amparo de la libertad de expresión. En un caso resuelto por la SCJN, un periódico utilizó los términos "maricones" y "puñal" para referirse al dueño de otro periódico y a su equipo de trabajo. En este caso, se consideró que las expresiones que atentan contra el derecho al honor no están protegidas por la libertad de expresión, al ser i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto, e ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones (amparo directo en revisión 2806/2012, pág. 36).

En este mismo caso se consideró que ese tipo de frases homofóbicas emiten un rechazo a la homosexualidad mediante estereotipos de la masculinidad y la feminidad, otorgando un rango superior a la heterosexualidad. Estas expresiones pueden llegar a ser consideradas discurso de odio por fomentar el rechazo hacia un grupo social. Por ello, están excluidas de la protección constitucional a la libertad de expresión (amparo directo en revisión 2806/2012, pp. 40-47).

En esa misma línea, la Corte Interamericana ha establecido que en una sociedad democrática los Estados deben proteger la libertad de expresión; sin embargo, este derecho tiene como límite el respeto a los derechos de las demás personas (Corte IDH, 2018b; 2015a, párr. 140), por lo que los Estados están obligados a eliminar las expresiones discriminatorias por su orientación sexual.

La Corte IDH ha reconocido que una de las formas de discriminación y violencia en contra de las personas LGBTI+ se manifiesta a través del discurso de odio, ya sea por la orientación sexual o por expresión de género de las personas, las cuales pueden estar influenciadas, por ejemplo, por el modo de vestir, el peinado, los manierismos o la forma de comportarse que no corresponde a las normas tradicionales o estereotipos de género. Este tipo de discursos promueven la comisión de crímenes de odio (Corte IDH, 2020, párrs. 93 y 94).

Tomando en cuenta lo anterior, el Sistema Interamericano obliga a los Estados a prohibir el discurso de odio cuando atenta contra cualquier persona o grupo de personas, por motivos que incluyen su orientación sexual o su expresión e identidad de género (CIDH, 2015, párrs. 225).

En ese sentido, es posible concluir que los criterios de ambos sistemas de protección son congruentes entre ellos y, por tanto, resultan de gran relevancia en la lucha contra la violencia de las personas que son discriminadas por su orientación sexual e identidad de género.

Fuentes

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministro Sergio Valls, 16 de agosto de 2010.

Acción de inconstitucionalidad 28/2015, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 26 de enero de 2016.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministra Margarita Luna Ramos, 11 de agosto de 2015.

Acción de inconstitucionalidad 40/2018, Pleno de la SCJN, Ponente: Fernando Franco González Salas, 2 de abril de 2019.

Acción de inconstitucionalidad 16/2016, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña, 7 de junio de 2021.

Amparo directo 19/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 3 de septiembre de 2014, p. 29.

Amparo directo civil 6/2008, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministro Sergio Valls, 6 de enero de 2009.

Amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de marzo de 2013, p.

Amparo en revisión 457/2012, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro José Ramón Cossío, 5 de diciembre de 2012.

Amparo en revisión 615/2013, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Pardo Rebolledo, 4 de junio de 2014.

Amparo en revisión 485/2013, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Fernando Franco González Salas, 29 de enero de 2014.

Amparo en revisión 237/2014, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de noviembre de 2015.

Amparo en revisión 706/2015, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 1 de junio de 2016.

Amparo en revisión 203/2016, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 9 de noviembre de 2016.

Amparo en revisión 710/2016, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 30 de noviembre de 2016.

Amparo en revisión 1317/2017, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 17 de octubre de 2018.

Amparo en revisión 553/2018, Primera Sala de la SCJN, Ponente: José Ramón Cossío, 21 de noviembre de 2018.

Amparo en revisión 852/2018, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña, 8 de mayo de 2019.

Amparo en revisión 750/2018, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 9 de enero de 2019.

Amparo en revisión 101/2019, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 8 de mayo de 2018.

Conflicto competencial 45/2018, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministra Margarita Luna Ramos, 23 de mayo de 2018.

Contradicción de tesis 353/2017, Primera Sala de la SCJN, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 10 de abril de 2019.

Contradicción de tesis 346/2019, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Fernando Franco González Salas, 21 de noviembre de 2019.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), Trabajos preparatorios de la CADH. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015), "Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América", OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 de noviembre.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2018), "Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas", OAS/Ser.L/V/II.170, Doc. 34, 7 de diciembre de.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015), "Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América", OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 de noviembre.

Código Civil para el Distrito Federal, del 26 de mayo de 1928.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) (2008), *Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008*, 1a. ed., Ciudad de México, México. Disponible en: <https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/06/informe-lgbti.pdf>.

Comité de Derechos Humanos (1989), "No discriminación", Observación General No. 18, 10 de noviembre.

Consejo de Derechos Humanos, resolución A/HRC/19/41, "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra

personas por su orientación sexual e identidad de género", 17 de noviembre de 2011.

Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/41, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Informe Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género", 17 de noviembre de 2011.

Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/32/44, Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, "Análisis temático: eliminación de la discriminación contra la mujer con respecto a la salud y la seguridad", 8 de abril de 2016.

Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/60, Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, "Estudio sobre la gestación por sustitución y la venta de niños", 15 de enero de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2021

Contradicción de tesis 293/2011, Pleno de la SCJN, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 3 de septiembre de 2013.

Contradicción de tesis 346/2019, Segunda Sala de la SCJN, Ponente: Ministro Fernando Franco González Salas, 21 de noviembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1982), "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte", Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre, Serie A No. 1, párrs. 24

y 51. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2001), Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, "Reparaciones y Costas", Sentencia de 26 de mayo, Serie C No. 77, párr. 68. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2002a), Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, "Reparaciones y Costas", Sentencia de 22 de febrero, Serie C No. 91, párr. 34. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_91_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2002b), Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, "Reparaciones y Costas", Sentencia de 27 de febrero, Serie C No. 92, párr. 57. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2002c), "Condición jurídica y derechos humanos del niño", Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto, Serie A No. 17, párrs. 69 y 70. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

_____ (2005), Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre, Serie C No. 134, párr. 294. Disponible de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2008), Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 5 de agosto, Serie C No.

182, párr. 209. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011a), Caso Gelman Vs. Uruguay, "Fondo y Reparaciones", Sentencia de 24 de febrero, Serie C No. 221, párr. 97. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011b), Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, "Fondo, Reparaciones y costas", Sentencia de 13 de octubre, Serie C No. 234, párr. 240. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012a), Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, "Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 24 de febrero, Serie C No. 239. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2012b), Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia del 28 de noviembre, Serie C. No. 257, párr. 285. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2014), "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto, Serie A No. 21, párr. 31. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2015a), Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de

22 de junio, Serie C No. 293, párr. 140. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2015b), Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 1 de septiembre, Serie C No. 298, párr. 243. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2016a), Caso Duque Vs. Colombia, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 26 de febrero, Serie C No. 310. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2016b), Caso Flor Freire Vs. Ecuador, "Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 31 de agosto, Serie C No. 315. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf,

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2016c), Caso I.V. Vs. Bolivia, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 30 de noviembre, Serie C No. 329, párr. 152. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2017) "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo", Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre. Serie A No. 24. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2018a), Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, "Fondo, Reparaciones

y Costas", Sentencia de 9 de marzo, Serie C No. 351, párr. 275. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2018b), Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia, "Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 13 de marzo, Serie C No. 352, párr. 174. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_352_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2020), Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, "Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 12 de marzo, Serie C No. 402. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf.

Ley de Estadísticas de Crímenes de Odio de Estados Unidos (Hate Crime Statistics Act) (28 U.S.C. § 534).

Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, del 16 de noviembre de 2006, art. 2.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2011), Asamblea General de la OEA, "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", AG/RES. 2653 (XLI-O/11), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio, entre otras.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (2012), Asamblea General de la OEA, "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", AG/RES. 2721 (XLII-O/12), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2020), "Protocolo para juzgar con perspectiva de género". Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Noviembre de 2021.

Los derechos de la diversidad sexual se han posicionado en el centro del debate jurídico contemporáneo en la última década y han influido profundamente en la forma en la que se piensa el derecho en la actualidad.

Sin duda, la Suprema Corte ha sido un actor clave para lograr este cambio de paradigma. A través de los distintos casos que ha resuelto, ha promovido el desmantelamiento de estructuras jurídicas y sociales que han perpetuado los procesos de estigmatización que colocaron en una posición de desventaja a quienes pertenecen a ese colectivo. Este esfuerzo ha logrado ampliar los marcos de protección de sus derechos y ha visibilizado la discriminación estructural a la que históricamente han sido sometidos.

La Corte ha desarrollado una jurisprudencia robusta sobre uniones entre personas del mismo sexo, filiación homoparental, el derecho a la seguridad social derivado de uniones entre personas del mismo sexo y los derechos de las personas trans. Además, se ha pronunciado sobre la libertad de expresión y expresiones homofóbicas y sobre la diversidad sexual y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y morales.

En estas páginas se reúnen artículos de académicas y activistas de reconocido prestigio y de distintas disciplinas en los que se analizan los criterios de la Suprema Corte sobre los derechos de la diversidad sexual. Este tipo de reflexiones son necesarias para llevar a cabo una transformación social profunda basada en el respeto a los derechos de todas las personas en igualdad de condiciones.

