

**VOTO CONCURRENTES QUE FORMULA EL  
MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE  
LARREA EN LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD 28/2015**

En sesión pública de 26 de enero de 2016, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de once votos el asunto citado al rubro, en el sentido de declarar la invalidez de la porción normativa del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco que hace alusión al “el hombre y la mujer”, al considerar que “atenta contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, *de manera implícita genera una violación al principio de igualdad*, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homoparentales [sic] respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo” (énfasis añadido, párrafo 66). En esta línea, también se extendió la invalidez por vía de consecuencia a las porciones normativas de los artículos 258 y 267 bis que también hacían alusión a “el hombre y la mujer” en el marco de la regulación del matrimonio.

Si bien me encuentro plenamente de acuerdo con el sentido de la sentencia aprobada por el Pleno de esta Suprema Corte, me aparto de diversas consideraciones que sostienen la decisión, toda vez que considero no se analizó con la profundidad requerida el principal

argumento en el que se sustenta la impugnación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: la violación del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco al *principio de igualdad y no discriminación* en razón de la orientación sexual de las personas. Aunque es evidente que una medida como la analizada atenta también en contra de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, me parece que la argumentación que desarrolla la sentencia no le da la importancia que le corresponde a los argumentos relacionados con el derecho a la igualdad y a la no discriminación en casos donde se excluye a las parejas homosexuales de la posibilidad de acceder al matrimonio, que por lo demás es la aproximación que ha utilizado la esta Suprema Corte en decisiones anteriores sobre este mismo tema.

En este sentido, considero que en la sentencia debió retomar la doctrina jurisprudencial de la Primera Sala, de tal manera que pudieran precisarse y desarrollarse los siguientes puntos: **(1)** establecer la intensidad con la que debe realizarse el escrutinio sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, que tendría que ser con un escrutinio estricto; **(2)** realizar el test de igualdad de conformidad con el referido estándar; **(3)** complementar el desarrollo sobre el derecho a la protección de la familia con la doctrina de la Primera Sala y de la Corte Interamericana sobre este tema, además de precisar que las parejas del mismo sexo cuentan con dicho derecho; **(4)** reiterar la

doctrina que reconoce que las personas homosexuales han sido un grupo históricamente discriminado; **(5)** destacar que la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio constituye una doble discriminación; y finalmente, **(6)** fortalecer la argumentación sobre la vulneración al libre desarrollo de la personalidad retomando los precedentes de la Primera Sala y la metodología utilizada en éstos para analizar las vulneraciones a este derecho.

De acuerdo con lo anterior, a continuación desarrollo estos aspectos con la finalidad de robustecer la argumentación utilizada por el Pleno para arribar a la conclusión que se sustenta en la sentencia.

## 1. Intensidad del escrutinio

En términos generales, considero que sobre el tema de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación debió retomarse la amplia doctrina constitucional que ha elaborado la Primera Sala al estudiar impugnaciones muy similares a la presente, la cual ha sido establecida en múltiples asuntos, entre los que destacan los siguientes: **amparo en revisión 581/2012,**<sup>1</sup> **amparo en revisión 567/2012,**<sup>2</sup> **amparo en revisión 152/2013,**<sup>3</sup> **amparo en revisión 704/2014,**<sup>4</sup> **amparo en revisión 735/2014.**<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2012, resuelta por unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo, ausente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

<sup>2</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2012, resuelta por unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo (Ponente), ausente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

<sup>3</sup> Sentencia de 23 de abril de 2014, resuelta por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Ponente) y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, con el voto en contra del Ministro Pardo Rebolledo.

<sup>4</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2015, resuelta por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Ponente) y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, con el voto en contra del Ministro Pardo Rebolledo.

<sup>5</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2015, resuelta por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Ponente) y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, con el voto en contra del Ministro Pardo Rebolledo.

Ahora bien, al tratarse de un tema de igualdad por cuestionarse la *distinción implícita* que contiene el artículo impugnado entre parejas del mismo sexo que pueden contraer matrimonio y parejas homosexuales que no pueden contraer matrimonio, debe determinarse la intensidad con la que se deberá realizar el escrutinio. En este caso concreto, debe enfatizarse que la norma comporta una distinción basada en una *categoría sospechosa*,<sup>6</sup> como lo es la orientación sexual de las personas<sup>7</sup> y, en consecuencia, correspondía realizar un escrutinio estricto de la norma impugnada.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> **CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO.** Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en una categoría sospechosa -un factor prohibido de discriminación- corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa. El examen de igualdad que debe realizarse en estos casos es diferente al que corresponde a un escrutinio ordinario. Para llevar a cabo el escrutinio estricto, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, sin que deba exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible, por lo que debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante; es decir, proteger un mandato de rango constitucional. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. La medida legislativa debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados; es decir, la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. Por último, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. *Tesis: P./J. 10/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, pag. 8, **Jurisprudencia.***

<sup>7</sup> Una distinción se basa en una **categoría sospechosa** cuando utiliza alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, **preferencias sexuales**, estado civil “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”

<sup>8</sup> Lo anterior se sostiene en los siguientes criterios jurisprudenciales:  
**IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESCRITO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la

## 2. Realización de un test de escrutinio estricto

De acuerdo con lo anterior, considero que la sentencia debió realizar un test de escrutinio estricto para analizar la constitucionalidad del artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco de conformidad con la metodología utilizada por la Primera Sala: **(i)** determinar si la norma persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa; **(ii)** establecer si la distinción impugnada está directamente conectada con la finalidad constitucional que persigue; y **(iii)** verificar si la medida es la menos restrictiva posible.

---

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 de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello. *Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, pag. 1462, Jurisprudencia.*

**CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ERICTO.** La constitucionalidad de las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa debe analizarse a través de un escrutinio estricto, pues para estimarse constitucionales requieren de una justificación robusta que venza la presunción de inconstitucionalidad que las afecta. Para ello, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. *Tesis: 1a./J. 87/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, pag. 109, Jurisprudencia.*

Desde mi punto de vista, tal como lo ha sostenido la Primera Sala en asuntos similares, una medida como la impugnada no supera la segunda grada del escrutinio estricto. Por un lado, la distinción resulta claramente sobreinclusiva porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear, lo cual muestra la falta de idoneidad de la distinción para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. El desajuste se presenta porque la norma impugnada pretende vincular los requisitos en cuanto al sexo y las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la finalidad de procreación. Asimismo, se excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición. Así, la distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.

### **3. Derecho de las parejas del mismo sexo a una vida familiar**

En cuanto a la argumentación sobre los alcances del derecho a la protección de la familia, si bien considero que efectivamente la

norma impugnada también viola este derecho fundamental, desde mi punto de vista la resolución en cuestión debía incluir tanto la doctrina elaborada por la Primera Sala sobre este tema, como los precedentes interamericanos invocados también por la propia Sala en diversas sentencias.

En esta línea, en el **amparo directo en revisión 1905/2012**,<sup>9</sup> la Primera Sala afirmó que el orden jurídico mexicano ha evolucionado “hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable”, lo que significa que sólo “se puede seguir afirmando que la familia es la base de la sociedad si la misma se equipara a una estructura básica de vínculos afectivos vitales, de solidaridad intra e intergeneracional y de cohesión social, pero parece claro que *esa estructura descansa sobre una base muy diversificada, en la cual el matrimonio es sólo un elemento posible, pero no necesario*” (énfasis añadido).

En el caso de los precedentes interamericanos, en ***Atala Riffo y niñas v. Chile***,<sup>10</sup> siguiendo el criterio de diversos órganos de derechos

---

<sup>9</sup> Sentencia de 22 de agosto de 2012, resuelta por unanimidad de cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

<sup>10</sup> Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239



humanos creados por tratados, la Corte Interamericana explicó que “no existe un modelo único de familia” de tal manera que “*la imposición de un concepto único de familia* debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención” (párrafo 172, énfasis añadido).

Adicionalmente, me parece que hubiera sido importante reiterar la doctrina de la Primera Sala sobre el derecho de las parejas del mismo sexo a una vida familiar. En esta línea, tendría que enfatizarse que las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. Al respecto, la Primera Sala ha sostenido que para todos los efectos relevantes las parejas del mismo sexo se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio.

La Primera Sala ha señalado que la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja, toda vez que la procreación y la crianza de menores no es un fenómeno

incompatible con una orientación homosexual. Algunas parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas del mismo sexo 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.<sup>11</sup>

En relación con el tema de la adopción de menores por parejas del mismo sexo, la Primera Sala ha sostenido que una vez que se ha establecido que no existe razón constitucional para negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que es discriminatorio crear una figura alternativa para ellas, debe considerarse que los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> **DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.** A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear. *Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, pag. 127, **Jurisprudencia.***

<sup>12</sup> Esta consideración se realizó en la sentencia del **amparo en revisión 704/2014**, resuelto el 18 de marzo de 2015 por mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de

En consecuencia, debe entenderse que la relación de dos personas del mismo sexo que hacen una vida de pareja constituye un tipo de vida familiar protegida por la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>13</sup>

---

García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

<sup>13</sup> **ADOPCIÓN. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO TIENEN EL DERECHO A SER CONSIDERADOS PARA REALIZARLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS HETEROSEXUALES.** Esta Primera Sala ha establecido en varios precedentes que la vida familiar de dos personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja sino que, como cualquier pareja heterosexual, se puede extender, de así desearlo, a la procreación y la crianza de niños y niñas. También ha destacado que existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreadas o adoptadas por algún miembro de la pareja, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear o tienen hijos a través de la adopción, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para contraer matrimonio. Ahora bien, una vez establecido que no existe razón constitucional para negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que es discriminatorio crear una figura alternativa para ellas, esta Primera Sala determina que los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes. *Tesis: 1a. CCCLIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, pag. 950, Tesis Aislada.*

**ADOPCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE SER CONSIDERADO COMO ADOPTANTE CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL ES INCONSTITUCIONAL.** La orientación sexual de la persona o personas no es un elemento relevante a tomar en consideración para formar o completar una familia, ni como elemento a considerar en el adoptante, ni para compartir la patria potestad en los supuestos en que ésta sea exclusiva de uno de los convivientes. Así, la prohibición para las parejas del mismo sexo de adoptar vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación, pues es insostenible la interpretación de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los menores adoptados. *Tesis: P. XII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, pag. 253, Tesis Aislada.*

**ADOPCIÓN. LA PROHIBICIÓN A LOS CONVIVIENTES DE SER CONSIDERADOS COMO ADOPTANTES ES INCONSTITUCIONAL.** Pertenecer a un estado civil en modo alguno pone en riesgo, por sí mismo, el interés superior del niño, niña y adolescente, puesto que cualquier persona en lo individual y cualquier pareja del mismo o distinto sexo deben ser consideradas en igualdad de circunstancias como posibles adoptantes. Lo que debe tomarse en cuenta en los adoptantes es si éstos son idóneos, es decir, si cuentan con las características, virtudes y cualidades para brindar una familia a los menores de edad, y no puede atender, de ninguna manera, a la orientación sexual del adoptante o adoptantes. La prohibición ex ante que impide a los convivientes ser siquiera

#### 4. La discriminación histórica a las parejas del mismo sexo

Por otro lado, como también lo ha hecho la Primera Sala en varios asuntos, considero que debió destacarse que la exclusión de las parejas del mismo sexo del régimen matrimonial se basa en prejuicios que históricamente han existido en su contra. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del legislador, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. La ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es una consecuencia directa de la prolongada discriminación que ha existido hacia las parejas del mismo sexo por razón de su orientación sexual.

Las desventajas históricas que los homosexuales han sufrido han sido ampliamente reconocidas y documentadas: acoso público, violencia verbal, discriminación en sus empleos y en el acceso a ciertos servicios, además de su exclusión de algunos aspectos de la vida pública. En esta línea, en el derecho comparado se ha sostenido

---

considerados para la adopción implica, por un lado, una vulneración al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al impedirles formar parte de una familia respecto de convivientes que cumplieran con el requisito de idoneidad y, por otro, una transgresión al derecho de estos últimos a completar su familia, a través de la adopción si es su decisión y mientras cumplan con el requisito referido. *Tesis: P./J. 13/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, pag. 7, **Jurisprudencia**.*

que la discriminación que sufren las parejas del mismo sexo cuando se les niega el acceso al matrimonio guarda una analogía con la discriminación que en otro momento histórico sufrieron las parejas interraciales. En el célebre caso *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema estadounidense argumentó que “[r]estringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una o a otra raza es incompatible con la cláusula de igual protección ante la ley” previsto en la Constitución norteamericana. En conexión con esta analogía, también puede decirse que se viola el derecho a la igualdad si no se otorga a una persona la posibilidad de casarse con la persona que elige, sin importar cuál sea el sexo de esa persona.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> **MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO.** Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica. El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran "ciudadanos de segunda clase", lo cual esta Primera Sala no comparte. No existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente

## 5. Doble discriminación: exclusión de beneficios expresivos y tangibles

En este sentido, la Primera Sala ha sostenido que el derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales o tangibles que las leyes adscriben a la institución, tales como: **(i)** beneficios fiscales; **(ii)** beneficios de solidaridad; **(iii)** beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; **(iv)** beneficios de propiedad; **(v)** beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; **(vi)** beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros, etc. En consecuencia, acceder al matrimonio implica en realidad tener “un derecho a otros derechos”, de los que son excluidas injustificadamente las parejas del mismo sexo cuando no tienen la posibilidad de contraer matrimonio.

De esta manera, la Primera Sala ha sostenido que si el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos,

---

discriminatorios porque constituyen un régimen de "separados pero iguales". La exclusión de las parejas del mismo sexo de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad. *Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, pag. 253, Jurisprudencia.*

negarle a las parejas del mismo sexo los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a esas parejas como “ciudadanos de segunda clase”. En este sentido, no existe ninguna justificación racional para no darles todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja. Así, la exclusión de las parejas del mismo sexo del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación: no sólo se les priva de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se les excluye de los beneficios materiales o tangibles.<sup>15</sup>

Por lo demás, la Primera Sala también ha destacado que dicha discriminación no sólo afecta a las parejas del mismo sexo, sino también a los hijos de esas personas que hacen vida familiar con la

---

<sup>15</sup> **MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN.** El matrimonio comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, las normas civiles que impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no sólo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales. *Tesis: 1a./J. 86/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, pag. 187, Jurisprudencia.*

pareja. En efecto, es una realidad que al margen de que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio existe un creciente número de ellas que deciden criar niños, ya sea a los procreados en anteriores relaciones heterosexuales o utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida. De igual manera, dicha discriminación repercute directamente en esos menores. En esta línea, la medida impugnada se traduce también en un trato diferenciado por parte de la ley hacia los hijos de esas parejas, que los colocan en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.

## **6. Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Finalmente, si bien comparto el argumento de que la norma impugnada vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, considero que debería reforzarse la argumentación para mostrar dos cosas: **(i)** por un lado, por qué se justifica sostener que la elección de la persona con la que se quiere contraer matrimonio, con independencia de su sexo, es una decisión amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad; **(ii)** y, posteriormente, determinar si la norma impugnada es una medida que afecta de forma desproporcionada ese derecho.

En relación con el primer punto, se podrían haber tomado en consideración los señalamientos realizados por la Primera Sala en la



**contradicción de tesis 73/2014**,<sup>16</sup> los cuales servirían para reforzar los alcances del derecho y, en este sentido, justificar de manera más robusta que en este caso concreto la elección de la persona con la que se quiere contraer matrimonio es una decisión que está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, más allá de la forma institucional que pueda adoptar en los distintos ordenamientos, ya sea como derecho fundamental o como un principio informador del orden jurídico, en el derecho comparado se ha entendido que el libre desarrollo de la personalidad otorga la posibilidad a cada individuo de determinar por sí mismo su proyecto vital, de tal manera que las interferencias del Estado en este ámbito deben examinarse con mucho cuidado.

Así, el libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado en principio tienen *prohibido interferir* en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que

---

<sup>16</sup> Sentencia de 25 de febrero de 2015, resuelta por mayoría de cuatro votos de los Señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz, por lo que respecta a la competencia. Por mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en contra de los emitidos por los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo y Presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, por lo que se refiere al fondo del asunto.

faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en la persecución de esos planes de vida.

Ahora bien, si el libre desarrollo de la personalidad permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, es evidente que al tratarse de un derecho fundamental el contenido de éste debe vincular a todas las autoridades estatales. En efecto, en el marco de un Estado constitucional es un lugar común sostener que los derechos pueden representarse como *prohibiciones* que pesan sobre los poderes públicos, aunque se trate de una representación incompleta. En este caso, el derecho al libre desarrollo de la personalidad indiscutiblemente impone *límites al legislador*, de tal manera que puede decirse que éste “no goza de una libertad omnímoda para restringir la libertad de las personas y, en ese sentido, restringir sus autónomos proyectos de vida y el modo en que se desarrollan”. De esta forma, como ocurre con cualquier derecho fundamental, los límites a la libertad de configuración del legislador están condicionados por los alcances del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De acuerdo con lo anterior, elegir a la persona con la que se quiere contraer matrimonio con independencia de cuál sea el sexo de

esa persona, es una decisión que está amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que está relacionada con el plan de vida familiar que esa persona pretende materializar y se conecta de manera clara con el principio de autonomía de la persona, de tal manera que en principio el Estado sólo podría interferir con ese derecho a través de una medida legislativa que cumpliera con el principio de proporcionalidad.

De acuerdo con lo anterior, si se pretendiera analizar la disposición impugnada a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad como lo hace la sentencia, también debería realizarse un test de proporcionalidad, como se hizo en la **contradicción de tesis 73/2014**, precedente en el que se analizó la constitucionalidad de los sistemas de disolución del vínculo matrimonial que exigen la prueba de una causal de divorcio, determinándose que éstos constituyen una afectación desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, considero que debería de realizarse un test en el que se analizara si la norma impugnada persigue un fin constitucional, y si es idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido. En este caso concreto, al igual que con el análisis de igualdad, me parece que la norma impugnada ni siquiera es idónea

para alcanzar el fin constitucional de la medida, que sería la protección de la familia.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> *Cfr. MATRIMONIO. EL ARTÍCULO 143, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE OAXACA, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE PRESCRIBE "PERPETUAR LA ESPECIE", COMO UNA DE LAS FINALIDADES DE ESA INSTITUCIÓN, ES CONTRARIO A LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.* El precepto legal citado define la institución del matrimonio a partir de cuatro elementos: a) es un contrato civil; b) celebrado entre un solo hombre y una sola mujer; c) que se unen para perpetuar la especie; y, d) dentro de sus objetivos también está la ayuda mutua que debe proporcionarse la pareja en la vida. Ahora bien, en relación con el tercero de esos componentes, si bien es cierto que históricamente la procreación ha tenido, en determinado momento, un papel importante para la definición del matrimonio y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas, también lo es que en virtud de la dinámica jurídica, los cambios sociales y culturales, así como la existencia de diversas reformas legales, se ha puesto en evidencia la separación del binomio matrimonio-procreación, pues la decisión de todo individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común deriva de la autodeterminación y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada persona para la conformación de una familia, sin que tal decisión implique necesariamente el acuerdo de tener hijos en común. Por tanto, la porción normativa del artículo 143, párrafo primero, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que prescribe "perpetuar la especie" como una de las finalidades del matrimonio, atenta contra la autodeterminación de las personas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, sean éstas parejas homosexuales o heterosexuales pues, en ese tema, confluyen tanto aspectos genéticos, biológicos y otros inherentes a la naturaleza humana que llegan a impedir la procreación y, por otra parte, implícitamente genera una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo (so pretexto de la imposibilidad biológica de cumplir con el propósito de procreación); de ahí que si se considera que la función reproductiva "potencial" del matrimonio civil y, por ende, la formación de una "familia con hijos", no es la finalidad del matrimonio, debe declararse que dicha porción normativa es contraria a los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Tesis: 1a. CCXV/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, pag. 548, Tesis Aislada.*

**MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA**

**LIC. RAFAEL COELLO CETINA**