

**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE
LARREA EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD 32/2016**

En sesión pública de 11 de julio de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de diez votos el asunto citado al rubro, en el sentido de declarar la invalidez de la porción normativa del artículo 145 del Código Civil del Estado de Chiapas que hace alusión a “el hombre y la mujer”, al “restringir el derecho de contraer matrimonio para que solo se ejerza entre personas de distinto sexo” (foja 19).

En esta línea, el Pleno extendió la declaratoria de invalidez por vía de consecuencia al artículo 144 de dicho ordenamiento en la porción normativa que indica que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie”, con el argumento de que es un “aspecto que se encuentra íntimamente vinculado al concepto de matrimonio al establecerlo como uno de sus objetivos necesarios” (foja 21). Finalmente, en la sentencia también se señala que “todas las demás disposiciones legales locales del Estado de Chiapas deberán interpretarse en el sentido de que los sujetos de la unión conyugal que se designen bajo las denominaciones de género específicas, tales como ‘esposa’ o ‘esposo’; ‘marido’ o ‘mujer’; ‘viuda’ o ‘viudo’, y todas aquéllas análogas que establezcan diferencias de trato para los cónyuges cualquiera que sea su sexo, deberán leerse en armonía con el concepto jurídico señalado en primer término, es decir, para que no

decisión de considerar inconstitucionales las porciones normativas antes identificadas. Al respecto, mi objeción consiste en que 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 al principio de igualdad y no discriminación del artículo 145 del Código Civil del Estado de Chiapas.

Aunque es evidente que una medida como la analizada atenta también en contra de otros derechos fundamentales —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 la inmensa mayoría de las decisiones anteriores sobre este mismo tema. En este sentido, considero que la sentencia debió retomar la doctrina jurisprudencial de la Primera Sala.

En este orden de ideas, expondré mi desacuerdo con la sentencia desarrollando los siguientes puntos: **(1)** 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)** la necesidad de realizar el test de igualdad de conformidad con el referido estándar; **(3)** el derecho de las parejas del mismo sexo a una vida familiar; **(4)** la discriminación histórica a las parejas del mismo sexo; **(5)** la doble discriminación que sufren las parejas homosexuales

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,**¹ **amparo en revisión 567/2012,**² **amparo en revisión 152/2013,**³ **amparo en revisión 704/2014,**⁴ **amparo en revisión 735/2014.**⁵

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*,⁶ como lo es la orientación

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ 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

sexual de las personas⁷ y, en consecuencia, correspondía realizar un escrutinio estricto de la norma impugnada.⁸

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**.*

⁷ 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”

⁸ 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 ESTRICTO 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 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 ESTRICTO. 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

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 145 del Código Civil del Estado de Chiapas 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.

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 inustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas

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**,⁹ 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*,¹⁰ siguiendo el criterio de diversos órganos de derechos 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 también ha señalado que la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja, toda vez que

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.¹¹

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.¹²

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.¹³

¹¹ **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.*

¹² 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

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

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

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 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.¹⁴

¹⁴ **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

5. Doble discriminación: exclusión de beneficios expresivos y tangibles

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 señalado que si el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos, 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.¹⁵

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 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

Si bien comparto el argumento de que la norma impugnada vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, considero que

¹⁵ **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

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**,¹⁶ 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 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.

Así, 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

7. Los efectos de la sentencia

Finalmente, como ya se explicó, en el presente asunto el Pleno determinó declarar la invalidez de la porción normativa del artículo 145 del Código Civil del Estado de Chiapas, extendiendo la declaratoria de invalidez por vía de consecuencia al artículo 144, en la porción normativa que indica que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie”. Adicionalmente, en la sentencia también se señaló que “todas las demás disposiciones legales locales del Estado de Chiapas deberán interpretarse en el sentido de que los sujetos de la unión conyugal que se designen bajo las denominaciones de género específicas, tales como ‘esposa’ o ‘esposo’; ‘marido’ o ‘mujer’; ‘viuda’ o ‘viudo’, y todas aquéllas análogas que establezcan diferencias de trato para los cónyuges cualquiera que sea su sexo, deberán leerse en armonía con el concepto jurídico señalado en primer término, es decir,

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

para que no hagan distinción alguna respecto del ejercicio y obligaciones de los derechos de los consortes” (párrafo 94)

En este sentido, si bien esta última parte de los efectos en realidad no supone ninguna novedad en la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte sobre estos temas, puesto que lo que ordena es simplemente realizar una *interpretación conforme* de esas otras disposiciones a la luz de las consideraciones que están recogidas en la propia ejecutoria, desde mi punto de vista la sentencia requería explicar la forma en que dicho efecto resulta compatible con el criterio de la Primera Sala de rubro **“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR”**.¹⁸

Para clarificar este punto, es necesario recordar cuál ha sido la doctrina de esta Suprema Corte sobre la manera en la que se debe *reparar* la discriminación en los casos relacionados con normas de códigos civiles que no permiten el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio. En un primer momento, al resolverse los **amparos en revisión 581/2012¹⁹, 457/2012²⁰ y 567/2012²¹**, la Primera Sala realizó una *interpretación conforme* de los artículos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en la que se señaló que cuando la

¹⁸ Tesis: 1a./J. 47/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I, pag. 394, Jurisprudencia.

¹⁹ Sentencia de 5 de diciembre de 2012, resuelta por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

disposición prevea que el matrimonio es el celebrado entre “un solo hombre y una sola mujer”, debe entenderse que dicho acuerdo de voluntades es entre “*dos personas*”.

En atención a la decisión de la Sala, formulé un voto concurrente en el que expresé mi desacuerdo con esa decisión. Al respecto, sostuve que la sentencia debió declarar la inconstitucionalidad de ambas porciones normativas (“un solo hombre y una sola mujer” y “perpetuación de la especie”), señalando que “la razón fundamental para preferir la inconstitucionalidad de la norma tiene que ver con la posibilidad de lograr en el futuro una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales, contemplada actualmente en el artículo 107 constitucional”, toda vez que la regulación jurídica de la institución del matrimonio no se agotaba en su definición legal, de tal manera que era posible declarar la inconstitucionalidad de esas porciones sin que la institución del matrimonio desapareciera o se hiciera ininteligible.

Posteriormente, al resolver el **amparo en revisión 152/2013**,²² la Primera Sala se apartó del criterio antes adoptado por la mayoría sobre la necesidad de realizar una interpretación conforme. En dicho precedente se decidió declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa del Código Civil para el Estado de Oaxaca que establecía que el matrimonio era “entre un hombre y una mujer” por las razones que expuse en mi voto concurrente, es decir, dado que dicha declaratoria no crearía un vacío legal en atención a que los derechos y obligaciones de los cónyuges se encontraban previstos en la

Finalmente, dicho criterio se reiteró en los **amparos en revisión 122/2014²³, 263/2014²⁴, 591/2014²⁵ y 704/2014²⁶** y, posteriormente, se recogió en la tesis jurisprudencial de rubro **“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”**.

En la misma línea, la Primera Sala también aprobó la tesis de criterio de rubro **“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR”**, criterio que por lo demás también comparte la Segunda Sala y ha sido reflejado en la tesis de rubro **“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME”**.²⁷

En este orden de ideas, para entender por qué la decisión del Pleno de realizar una interpretación conforme de *algunas* de las disposiciones relacionadas con la porción normativa impugnada del

²³ Sentencia de 25 de junio de 2014, resuelta por unanimidad de votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente y Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo.

²⁴ Sentencia de 24 de septiembre de 2014, resuelta por mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien se reserva el derecho de formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente), en contra del emitido por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo (Presidente), quien se reserva el derecho de formular voto particular.

²⁵ Sentencia de 25 de febrero, resuelta por cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo

artículo 145 del Código Civil para el Estado de Chiapas —declarada inconstitucional en la sentencia— es compatible con los criterios interpretativos antes citados que no admiten la utilización de la técnica de la interpretación conforme cuando se está en presencia de normas discriminatorias, hay que introducir la distinción entre la *inconstitucionalidad* de una norma por vulnerar derechos fundamentales y el *remedio* para repararla.

En efecto, una vez que se ha constatado que una norma general es inconstitucional, pueden utilizarse distintos mecanismos para reparar la violación a derechos fundamentales, como lo serían la *anulación* de la norma y su expulsión del ordenamiento o la *desaplicación* de ésta en el caso concreto. Como señalé en otra oportunidad,²⁸ en algunos casos la nulidad de una norma —que es el remedio que corresponde decretar en una acción de inconstitucionalidad— no resulta un mecanismo adecuado para hacer frente a una *discriminación normativa*, de tal manera que en esos escenarios sería posible utilizar remedios complementarios con la finalidad de reparar la vulneración a la igualdad, entre los que se pueden encontrar la realización de una *interpretación conforme* o la elaboración de *sentencias aditivas*.²⁹

Ahora bien, la interpretación conforme puede ser una utilizada como una *técnica para evitar* declarar la inconstitucionalidad de una disposición —optando por atribuirle al texto normativo algún sentido que sea compatible con la Constitución— o como un *remedio* para reparar la inconstitucionalidad. En este sentido, desde mi punto de vista, lo que prohíben los criterios interpretativos de la Primera y la Segunda Sala recogidos en las tesis de rubro “**NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR**” y “**NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME**” es la utilización de la interpretación conforme como como una técnica interpretativa que *evita* declarar la inconstitucionalidad de una norma discriminatoria, optando por atribuirle a la disposición un significado que no vulnere el derecho a la igualdad.

De acuerdo con lo anterior, tal y como lo hizo el Pleno de esta Suprema Corte en la presente sentencia, sería perfectamente compatible con los citados criterios declarar la inconstitucionalidad de una norma discriminatoria, anularla y, en caso de que ese remedio sea insuficiente para reparar los efectos de la discriminación, también realizar alguna maniobra adicional como la *interpretación conforme* de algunas otras porciones normativas vinculadas con el texto anulado.