

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDIVAR LELO DE LARREA RELATIVO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN EL AMPARO EN REVISIÓN 581/2012.

En sesión del día 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de cuatro votos de los integrantes de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvimos el amparo en revisión 581/2012, elaborado bajo mi Ponencia, en el sentido de declarar que el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca vulnera el derecho a la igualdad. En esta línea, se decidió que la porción normativa que establece que el matrimonio es un contrato civil entre “un solo hombre y una sola mujer” debe interpretarse de conformidad con el principio de igualdad, de manera tal que se entienda que hace referencia a “dos personas”; mientras que la porción que establece que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” es inconstitucional por contravenir el mismo derecho.

Asimismo, los integrantes de esta Primera Sala decidimos homologar los efectos de aquellos asuntos que abordaban la misma problemática que el presente caso, a saber, los amparos en revisión 457/2012¹ y 567/2012². No obstante, me reservé el derecho a formular voto concurrente en todos estos asuntos porque considero que los efectos de la vulneración al derecho a la igualdad tenían que ser otros.

¹ Resuelto el 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz (Ponente), Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo, en términos similares al presente asunto. Ausente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

² Resuelto el 5 de diciembre de 2012, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo (Ponente), en términos similares al presente asunto. Ausente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO EN REVISIÓN 581/2012

En este sentido, a continuación expongo las razones que justifican mi disenso respecto a la interpretación conforme de la porción normativa que establece que el matrimonio es el contrato civil celebrado entre “un solo hombre y una sola mujer”.

En este sentido, en el proyecto de este asunto, propuse originalmente declarar la inconstitucionalidad de ambas porciones normativas, tanto la que hace referencia al sexo de los contrayentes como a la que establece la función procreativa de la institución matrimonial, por considerarlas violatorias del principio de igualdad previsto en el artículo 1º constitucional.

Aunque reconozco que la interpretación conforme puede ser un recurso adecuado para reparar una discriminación normativa y que en este caso concreto era factible practicarla, 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. El problema es que este efecto no puede conseguirse con la interpretación conforme de la porción normativa del precepto impugnado, puesto que lo que se logra con esa solución es evitar la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Es importante explicar por qué en este caso concreto la declaratoria de inconstitucionalidad del precepto impugnado puede conseguir reparar la discriminación. En el derecho comparado, la doctrina constitucional ha abordado el problema que plantea el binomio “inconstitucionalidad/nulidad” como mecanismo para hacer

frente a la discriminación normativa.³ En este sentido, se ha sostenido que en muchas ocasiones la nulidad de un precepto legal es un mecanismo inadecuado para reparar una discriminación normativa. Esto es precisamente lo que ocurre en los supuestos de discriminación por *exclusión tácita*, que tienen lugar cuando “un régimen jurídico excluye de su ámbito de aplicación a un determinado colectivo”.⁴ En este caso concreto, la definición de matrimonio que contiene el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca constituye un caso claro de este tipo de discriminación normativa, toda vez que al establecer que el matrimonio es el contrato civil celebrado “entre un solo hombre y una sola mujer”, se está excluyendo tácitamente a las parejas homosexuales del acceso a esta institución.

El problema con el binomio “nulidad-inconstitucionalidad” se debe a que, por un lado, la invalidez de las porciones normativas tácitamente excluyentes dejaría sin sentido los preceptos en cuestión porque los haría inaplicables a cualquier supuesto; y por otro lado, se estaría yendo más allá de los motivos que dieron lugar a la inconstitucionalidad al poner fin a regímenes jurídicos que por sí mismos no son contrarios a la igualdad, toda vez que la inconstitucionalidad se presenta en función de que se ha excluido un determinado grupo.⁵ Dicho de otra forma, si una norma es inconstitucional por excluir de los beneficios que contempla o del acceso a la institución que regula a un grupo de personas, en muchos casos la invalidez de esa norma no repara la discriminación porque lo que buscan las personas que se duelen del trato diferenciado es su inclusión en el régimen jurídico en cuestión y no la desaparición de éste.

³ Por todos, véase González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.

⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵ *Ibidem*, pp. 33-34.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO EN REVISIÓN 581/2012

Ahora bien, aunque en el amparo indirecto el efecto de una declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto no es la nulidad de éste, sino la obligación de desaplicarlo al quejoso en el caso concreto y en casos futuros, los argumentos antes expuestos resultan igualmente aplicables al binomio “inconstitucionalidad/desaplicación” que tiene lugar en nuestro juicio de amparo.

En este sentido, la declaratoria de inconstitucionalidad es un mecanismo adecuado para reparar la discriminación normativa en este caso porque la institución del matrimonio no se encuentra regulada exclusivamente en el precepto impugnado, sino en todo un apartado dentro de la legislación civil del Estado de Oaxaca, específicamente en el Título Quinto del Código Civil de dicha entidad. Así, el precepto impugnado únicamente establece la definición que restringe el acceso a las parejas heterosexuales al matrimonio, pero no agota toda la regulación jurídica de la institución. Dicho de otra forma, al declarar la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio, y desaplicarla a los quejosos, no se corría el riesgo desaparecer la institución. Esto se corrobora con el hecho de que una gran cantidad de las legislaciones civiles locales no contienen una definición de matrimonio, sin que esa situación condicione la existencia de la institución matrimonial.⁶

Por lo demás, optar por la declaratoria de inconstitucionalidad de la definición legal del matrimonio o de una parte de ésta no es una solución inédita en el ámbito de la jurisprudencia constitucional comparada. En el caso *Varnum v. Brien*,⁷ por ejemplo, la Corte Suprema del Estado de Iowa consideró inconstitucional la porción normativa de la ley que sólo permitía el acceso al matrimonio a las parejas heterosexuales y, en consecuencia, sostuvo que ésta debía ser

⁶ Ejemplos de ello son las legislaciones civiles de los estados de Campeche, Chiapas, Coahuila, Durango, Guanajuato, Guerrero, Sinaloa y Quintana Roo.

⁷ 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009).

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO EN REVISIÓN 581/2012

anulada y las secciones restantes de la ley interpretadas en el sentido de permitir el acceso a la institución matrimonial a las parejas homosexuales.

Por lo tanto, en atención a las consideraciones antes expuestas, me permito apartarme de lo sostenido por la mayoría en lo que respecta a los efectos del amparo.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA

LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES