

Amicus curiae dirigido a:

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Expedientes:

1. Expediente T-4.167.863 - Acción de Tutela instaurada por Luis Felipe Rodríguez Rodas v Edward Soto; contra Notaria Cuarta del Circuito de Cali
2. Expediente T-4.189.649 - Acción de Tutela instaurada por Gustavo Trujillo Cortes, en calidad de Procurador Judicial 11 de la Procuraduría General de la Nación Delegada para Asuntos Civiles, contra el Juzgado Cuarenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá a D.C.

Estimado Magistrado Ponente

El Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud del Centro de Investigación y Docencia Económicas fue creada para estudiar, promover y defender los derechos sexuales y reproductivos en México. Como parte de sus actividades, en el año 2010 representó, junto con la Clínica de Interés Público del CIDE, a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de estas parejas ante a la Suprema Corte de Justicia del país.

Dada la relevancia de las acciones de tutela relativas al matrimonio entre personas del mismo sexo, y tomando en cuenta las lecciones aprendidas durante el proceso mediante el cual la SCJN declaró constitucional el matrimonio entre personas, consideramos oportuno presentar este *Amicus Curiae*, esperando contribuir a la decisión de esta Honorable Corte Constitucional de la República de Colombia.



**Dr. Alejandro Madrazo Lajous**

Coordinador del Programa  
de Derecho a la Salud



**Mtra. Estefanía Vela Barba**

Responsable del Área de  
Derechos Sexuales y Reproductivos

## **Matrimonio entre personas del mismo sexo en México**

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto diversos casos relativos a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Ello debido al sistema federal y jurisdiccional del país, que la obliga a pronunciarse por la constitucionalidad de cada ley estatal y federal que regule el matrimonio.

Dentro del universo de casos ya resueltos,<sup>1</sup> destacan dos que servirán como base para este *amicus*: la **Acción de Inconstitucionalidad 2/2010** –el primer asunto que resolvió al respecto, en el que determinó que *incluir* a las parejas del mismo sexo en el matrimonio era constitucional– y el **Amparo en Revisión 581/2012** –en el que determinó que *excluir* a estas parejas del matrimonio era inconstitucional–.

De ambas resoluciones se deriva que no hay razones válidas para *excluir* a estas parejas del matrimonio –ni siquiera definiéndolo como encaminado a la perpetuación de la especie–. Y, más aún: que el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la familia obligan al Estado a abrirles el matrimonio a estas parejas.

### **I. El matrimonio para todos: el presupuesto constitucional**

Conforme a la doctrina constitucional mexicana, el matrimonio implica el ejercicio de dos derechos separados, si bien interrelacionados: el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la familia. Por virtud de ambos derechos, todas las personas tienen garantizado el acceso al matrimonio.

#### **a) El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010,<sup>2</sup> la SCJN señaló que de la dignidad humana –reconocida por el artículo 1 de la Constitución mexicana, entre otros instrumentos internacionales–, se deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este es el derecho que tiene toda persona para “elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida.”<sup>3</sup>

Para la SCJN, una dimensión fundamental protegida por este derecho es el de las relaciones sexuales y afectivas que establecen las personas. Así como pueden decidir sobre su

---

<sup>1</sup> La SCJN también ha resuelto los amparos en revisión 152/2013 457/2012, 567/2012 y 152/2013.

<sup>2</sup> En este punto, la SCJN siguió el precedente que había establecido en el Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto en el 2009, un caso que versó sobre la posibilidad de que las personas cambiaran de nombre y de sexo en sus documentos oficiales. “DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.” (Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Tesis P. LXVI/2009. Página 7) y “DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.” (Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Tesis P. LXVII/2009. Página 7).

<sup>3</sup> *Ibid.*

apariciencia y su profesión, también pueden decidir sobre su vida sexual y amorosa. Dado que la preferencia sexual es uno de los criterios básicos que determinan el tipo de relación que las personas desarrollan, también resulta protegida por el libre desarrollo de la personalidad. La libertad abarca la libertad de amar; ésta, de amar a *quién* se quiera.

La orientación sexual de una persona, desde aquí, “es un elemento relevante en el proyecto de vida que [una persona] tenga y que, como cualquier [otra], incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.”<sup>4</sup> Por lo mismo, la orientación sexual nunca deberá limitar a la persona “en la búsqueda y logro de su felicidad.”<sup>5</sup>

En este punto, la SCJN parte del supuesto de que la heterosexualidad *no* es la única forma válida de vivir los afectos y la sexualidad. Las relaciones entre personas del mismo sexo, como las que se desarrollan entre personas de sexo opuesto, “comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo.”<sup>6</sup>

También son relaciones que “no se limita[n] a la vida en pareja.”<sup>7</sup> En el Amparo en Revisión 581/2012, la SCJN reconoció que “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.”<sup>8</sup>

Las personas homosexuales y bisexuales, como las heterosexuales, desarrollan relaciones afectivas de pareja y filiales. Ambos supuestos resultan también protegidos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que, según la SCJN, específicamente tutela “la libertad de **contraer matrimonio** o no hacerlo [y] la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos.”<sup>9</sup>

Esto es, el libre desarrollo de la personalidad no implica que las personas pueden solamente *vivir* sus afectos –fuera del Estado–, sino que pueden vivirlos precisamente *con* el reconocimiento del Estado también. En este punto es donde este derecho se entrecruza con el de la protección de la familia.

## **b) El derecho a la protección de la familia**

---

<sup>4</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 101.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>7</sup> Amparo en Revisión 581/2012, p. 102.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, pp. 100-101.

El artículo 4, párrafo 1 de la Constitución mexicana establece que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. La SCJN estableció, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, que “lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente...”<sup>10</sup>

No existe un modelo *ideal* de familia que le impida a los legisladores, en sus respectivos ámbitos de competencia, el reconocimiento de ciertos lazos familiares como lo es el de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.<sup>11</sup> Todo lo contrario: **existe una obligación constitucional de proteger a todas las familias.**

Lo anterior es congruente con lo que la SCJN resolvió en la Contradicción de Tesis 21/2006 y en el Amparo Directo en Revisión 1092/2009, en el sentido de que, el artículo 4, párrafo 1 es un derecho fundamental *–individual–* que le da a las personas *–todas–* “el derecho a fundar una familia” (en general) y específicamente “de contraer matrimonio”. Todos tienen el derecho a fundar una familia y el legislador tiene la obligación correlativa de reconocer, proteger y respetar estos lazos familiares. Todos tienen, además, el derecho a fundar una familia a través del matrimonio –o del concubinato o de cualquier figura jurídica que el legislador llegue a crear para tal efecto–.

Ahora, además de la Constitución, existen dos tratados internacionales que complementan la construcción doctrinaria del derecho a la protección de la familia: la Convención Americana sobre Derechos Humanos –con su artículo 17– y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –con su artículo 23–. Ambos tratados establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En este sentido, los tratados establecen lo mismo que la Constitución.

Existe, sin embargo, un punto en el que los tratados rebasan lo que la Constitución establece: ambos tratados refieren al matrimonio. Primero, establecen que tanto el hombre, como la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones que las leyes exigen para ello. Segundo, establecen que el matrimonio se debe celebrar *libremente* por las partes. Y, tercero, establecen que las obligaciones y derechos que surjan por motivo del matrimonio deben ser *iguales* para ambas partes.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>11</sup> FAMILIA.SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 871.

La SCJN ya ha determinado el alcance de estos tratados, tanto en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, como en el Amparo Directo en Revisión 1905/2012:

- Primero, la SCJN sostuvo que “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”, aceptando que “esa estructura descansa sobre una base muy diversificada, en la cual el matrimonio es sólo un elemento posible, pero no necesario”.<sup>12</sup> De aquí se deriva que “la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes; lejos de ello, el matrimonio es únicamente una de las formas que existen para formar una familia.”<sup>13</sup>
- Segundo, de estos artículos no se deriva que el matrimonio tiene que ser **entre un hombre y una mujer**; estos artículos sólo “amparan el derecho, tanto del hombre como de la mujer, a contraer matrimonio libremente y con su pleno consentimiento”.<sup>14</sup>
- Tercero, la SCJN estableció que “no es admisible la idea de que un tratado obligue a uno de los Estados parte a definir una institución o derecho civil – como es el matrimonio– de una determinada forma, sin permitir ninguna otra. Lo que en todo caso proscriben estos tratados es que la libertad de contraerlo se restrinja en forma arbitraria o irracional.”<sup>15</sup>
- Cuarto, la SCJN estableció que conforme a los principios *pro persona* y *pro libertatis*, “no puede establecerse que, vía tratado internacional, se impida a los Estados, mediante la labor legislativa, tomar la decisión de ampliar o extender ciertos derechos civiles, políticos, sociales o cualesquiera otros, en favor de determinadas personas o colectivos.”<sup>16</sup>

Tenemos entonces que existe un derecho constitucional y convencional a la protección de la familia que implica que los **vínculos afectivos existentes** –entre parejas, entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, etcétera– deben ser *reconocidos, protegidos y respetados*.

Segundo, existe un derecho convencional al matrimonio, tanto para hombres, como para mujeres –para todos–. Existe, además, la obligación para los Estados de asegurarse que este matrimonio sea celebrado voluntariamente y que las obligaciones y derechos que se generen *entre* las partes sean *iguales*. Si los tratados adoptan *un* modelo familiar es el **igualitario**.

<sup>12</sup> Amparo Directo en Revisión 1905/2012, p. 28.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 26

<sup>14</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 97.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 97-98.

Ahora, incluso si no existiera un derecho convencional *al* matrimonio, dado que el matrimonio es una de las formas que el legislador ha establecido para proteger a la familia, *todos* deben tener acceso a él. En este sentido, existe un derecho a acceder al matrimonio, como existe un derecho a acceder al concubinato o, por ejemplo, a pactos de solidaridad, uniones civiles o sociedades de convivencia. *Cualquier forma específica que el legislador diseñe para cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia, el acceso a esta figura debe respetar el derecho de **todos** de recibir protección.*

Ya la SCJN reconoció que el matrimonio es *la* forma paradigmática en la que el legislador ha protegido a las familias. En el Amparo en Revisión 581/2012, afirmó que el derecho a casarse comporta “el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad ‘**un derecho a otros derechos**’.”<sup>17</sup> De ahí se puede afirmar que acceder al matrimonio es *disfrutar* el derecho a la protección de la familia. O, en sentido contrario, impedir el acceso al matrimonio es restringir el derecho a la protección de la familia.

### **c) El derecho a la no discriminación**

¿Lo desarrollado hasta este momento significa que el legislador no puede *intervenir* en la familia? Evidentemente no. Como todos los derechos, el derecho a la protección de la familia puede ser restringido o suspendido. Los tratados internacionales admiten que existirán criterios de elegibilidad y condiciones de acceso al matrimonio (la edad es uno de los grandes criterios que, hasta la fecha, se aceptan como válidos para restringir el acceso al matrimonio). Lo mismo puede decirse para el derecho al libre desarrollo de la personalidad: éste, como todos los derechos, tiene límites.

La importancia de empezar por reconocer estos dos derechos para el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo, estriba en que establecen una *presunción* a favor de estas parejas. Por virtud de estos derechos, todas las personas deben tener la posibilidad de acceder a las diversas formas de relaciones familiares reconocidas por el Estado – incluyendo al matrimonio –, *salvo que se demuestre que existen razones de gran peso para restringirlas esta posibilidad.* La carga de la prueba recae en quien busca limitar esta opción, no en quien pretende abrirla.

Es decir que en los casos allegados a la Corte Constitucional colombiana no corresponde a las parejas probar que son iguales a la parejas heterosexuales para acceder a la institución del matrimonio sino que, le correspondería a ésta -si considera que debe existir una unión formal y solemne distinta al matrimonio- probar, por un lado, en qué radica la diferencia

---

<sup>17</sup> “Los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas. 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.” Amparo en Revisión 581/2012, p. 45.

entre éstas parejas y demostrar que dicha diferenciación es compatible con los postulados constitucionales. Por otro lado, tendría que demostrar que las razones para restringir el acceso al matrimonio de las parejas con preferencia sexual diversa son de gran peso.

Dado que en México la Constitución prohíbe explícitamente la discriminación por virtud de la preferencia sexual de las personas,<sup>18</sup> para el caso particular del matrimonio entre personas del mismo sexo, las razones que se ofrezcan para *restringirles* el ejercicio de estos derechos deben ser capaces de soportar el mayor escrutinio judicial. En concreto –como la SCJN lo determinó en el Amparo en Revisión 581/2012–, la restricción, para que sea válida, debe cumplir “con una *finalidad imperiosa* desde el punto de vista constitucional”;<sup>19</sup> debe estar “estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa”<sup>20</sup> y “debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.”<sup>21</sup>

## **II. La exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio: una medida inconstitucional**

Conforme a lo establecido previamente, las parejas del mismo sexo tienen derecho a acceder al matrimonio, por virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la protección de la familia, *salvo que se demuestre que existen razones de gran envergadura* para que no accedan a él. La SCJN ha determinado que estas razones no existen:

1) Nada en el orden jurídico mexicano *prohíbe* el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Como se mencionó previamente, la Constitución *no* limita la protección de la familia al matrimonio, ni éste al constituido por un hombre y una mujer. Los tratados internacionales, para la SCJN, tampoco limitan al matrimonio al constituido *entre* un hombre y una mujer. Así que en el caso mexicano, no existe un fundamento *textual* que prohíba el reconocimiento del matrimonio.

2) El matrimonio *no* tiene una *naturaleza* que es *indisponible* para el legislador. Uno de los argumentos recurrentes, tanto en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, como en el Amparo en Revisión 581/2012, es que el matrimonio histórica, teleológica, social y naturalmente ha sido conformado por un hombre y una mujer.<sup>22</sup> Detrás de esto está la idea de que el matrimonio tiene una “esencia” que no puede ser “desfigurada” por el legislador y que la *heterosexualidad* del mismo es, precisamente, parte de esa esencia. Sin la

---

<sup>18</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), artículo 1, párrafo 5: “Queda prohibida toda discriminación motivada por [...] las preferencias sexuales [...] o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” En el Amparo en Revisión 581/2012 (p. 32), la SCJN usa a la orientación sexual de manera intercambiable con las “preferencias sexuales”.

<sup>19</sup> Amparo en Revisión 581/2012, p. 32.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>22</sup> “El matrimonio no sólo se reduce a la convencionalidad de voluntades; por virtud de su formación histórica, natural, social, cultural y axiológica es una institución jurídica con una misma finalidad y con elementos específicos que vinculan su creación con diversas figuras jurídicas.” *Ibid.*, p. 18.



heterosexualidad, el matrimonio deja de ser tal. Este es un argumento similar al revisado en el punto 1 –ya que ambos impiden que el legislador incida en él–, la diferencia estriba en que el segundo ni siquiera apela a una norma constitucional o convencional explícita, sino sólo a la “historia” y “naturaleza” del matrimonio.

La SCJN, a este argumento, respondió que “aun cuando históricamente el matrimonio ha sido considerado como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición y, sin desconocer, por ello, que procrear siga siendo parte importante de las uniones humanas; no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto *completo* y, por tanto, *inmodificable* por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio.”<sup>23</sup>

Esto es, para la SCJN el matrimonio es como cualquier otra política pública: absolutamente disponible para el legislador. Ello no significa que el actuar del legislador no tenga límites; sólo significa que éstos vienen dados por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Derechos que, a diferencia de las “esencias”, cuentan con un respaldo democrático inequívoco, una historia concreta y justificaciones específicas.

3) Incluso si se acepta que el matrimonio esté encaminado a la reproducción, las parejas del mismo sexo siguen teniendo derecho a acceder a él. Otro de los argumentos recurrentes que se utilizan para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio es que éste está –y debe seguir estando– encaminado a la reproducción y que, dado que estas parejas no pueden *cumplir* con este fin, no *deben* tener acceso al matrimonio. Es una cuestión de “idoneidad”, no de discriminación, argumentan.<sup>24</sup>

En el Amparo en Revisión 581/2012, la SCJN sostuvo que, suponiendo que la reproducción sea un fin válido del matrimonio, *excluir* a las parejas del mismo sexo es una “medida [...] 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. 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.”<sup>25</sup> ¿Por qué pueden cumplir con este fin? Porque estas parejas, como las del sexo opuesto, pueden tener –y *tienen*– hijos.

La SCJN entiende “tener hijos” en un sentido *no* genético, ni sexual. Lo que importa es la constitución del vínculo filial, más que la forma en la que se llega a constituir (la adopción,

<sup>23</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, pp. 94-95.

<sup>24</sup> “No se trata de estigma, discriminación o violencia en contra de los consortes unidos en matrimonio o de quienes viven en concubinato, sino de idoneidad de la institución jurídica creada específicamente para proteger un tipo de familia en particular.” Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 18 (argumento del Procurador General de la República).

<sup>25</sup> Amparo en Revisión 581/2012, p. 38.



el reconocimiento de hijos, el nacimiento, etcétera). Esto significa que quien pretenda entender a la “reproducción” en su acepción sexual –esto es, que sólo es “reproducción” la que se logra a través del sexo vaginal– o genética –que sólo es reproducción la que se logra con el material genético de la pareja–, deben justificar la exclusión no sólo de las parejas del mismo sexo, sino del resto que no encajan en estos supuestos.

Ahora, en México, históricamente la “reproducción” del matrimonio también ha estado vinculada a la educación de los hijos. Al ejercicio –en sentido amplio– de la paternidad y maternidad. En este punto, también la SCJN ya ha reconocido que las parejas del mismo sexo están tan capacitadas como las del sexo opuesto para la paternidad o maternidad. “La heterosexualidad no garantiza que un menor [...] viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico.”<sup>26</sup>

4) Es inconstitucional que el matrimonio esté condicionado a la reproducción. Ahora, a pesar de que la SCJN determinó que las parejas del mismo sexo podrían cumplir con los “fines” tradicionales del matrimonio, también estableció que seguir vinculando el matrimonio a la reproducción es inconstitucional.<sup>27</sup> Ello porque condiciona el ejercicio de un derecho –el derecho al matrimonio– al ejercicio de otro derecho –el derecho a decidir sobre el número de hijos–. No es válido exigir que las personas –con independencia de su orientación sexual– deban tener hijos para que accedan al matrimonio.

Para la SCJN, el matrimonio debe proteger los vínculos afectivos de las parejas, con independencia de que éstas se reproduzcan o no. La inconstitucionalidad de vincular al matrimonio con la procreación no deriva sólo de la posible exclusión que parejas del mismo sexo puedan sufrir, sino por la exclusión que ocasiona a las parejas del sexo opuesto que no *pueden* o –más importante aún– **no quieren** reproducirse:

la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que ya ha sido reconocido por esta Corte (amparo directo civil 6/2008), sin que la decisión de unirse a otra persona traiga consigo necesariamente lo segundo, es decir, tener hijos en común, máxime que, en ese aspecto, confluyen aspectos también inherentes a la naturaleza humana que podrían impedir el tenerlos, lo que, en modo alguno, puede estimarse como obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a esas decisiones.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, p. 141.

<sup>27</sup> En el Amparo en Revisión 581/2012 (p.47), la SCJN declaró inconstitucional la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie”.

<sup>28</sup> Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, pp. 95-96.

Quizá sea legítimo que el Estado promueva la reproducción; lo que es inconstitucional es que, para hacerlo, tenga que desproteger a ciertas familias.

### **III. Un régimen diferenciado para parejas del mismo sexo: inconstitucional**

Por último, la SCJN determinó que establecer un régimen diferenciado exclusivo para parejas del mismo sexo también es inconstitucional:

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 discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial [en Estados Unidos] se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de éstos 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.

Al respecto, es importante señalar que el impacto de la desigualdad que afecta a las parejas del mismo sexo es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Atala Riffo y niñas v. Chile** también ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”, además de estar obligados a “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.<sup>29</sup>

Sin más que agregar por el momento, esperamos que los argumentos aquí vertidos sirvan en la resolución de las acciones de tutela.

---

<sup>29</sup> Amparo en Revisión 581/2012, p. 47.