

**La Suprema Corte y el matrimonio:
una relación de amor**

de Estefanía Vela Barba

México, 2011

(Tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho)

Agradecimientos

A mi mamá. A mi papá.
A mi tía Marcela. A mi abuela Juanita.
A Ximena. A Jimena. A Chong y Esteban. A Jeannette. A Regina.
A Razú, a Genaro, a Machix, a Tipographo, a Pepe, a Geraldina.
A Ceci. A Alejandro. Al CIDE. A la Ford Foundation.
A José. A Reyes. A Benito. A Alana. A Rebeca.
A Pablo. A Josefina. A JSHM.

A mi adorada Suprema Corte.
(Por favor, no vayas a cambiar. Te lo ruego por la Constitución.)

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I. La concepción del matrimonio.....	11
1. El nacimiento del matrimonio jurídico en México	14
2. La concepción del matrimonio canónico	20
3. El método teleológico-conceptual.....	26
4. El método teleológico-conceptual y el matrimonio	31
A. Los fines del matrimonio	32
B. El consentimiento en el matrimonio	43
C. La definición del matrimonio.....	45
D. Las obligaciones del matrimonio	48
E. Los impedimentos del matrimonio.....	51
F. El matrimonio y la parentalidad	54
G. El divorcio.....	55
H. En resumen: el matrimonio canónico-civil.....	57
5. El constitucionalismo <i>versus</i> el cristianismo	60
6. Recapitulación.....	65
Capítulo II. Que no es no, caray.....	69
1. La Contradicción de Tesis 5/92.....	69
2. La Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005.....	79
3. Recapitulación.....	85
Capítulo III. Madre es la que quiere serlo.....	91
1. La no reproducción y el matrimonio	92
2. La despenalización del aborto	95
3. Los argumentos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos	96
4. La sentencia de la Corte	101
5. Recapitulación.....	105

Capítulo IV. Niño, niña, niñoe, ¡qué más da!	109
1. El sexo de las personas y el matrimonio	109
2. Los antecedentes procesales.....	114
3. La respuesta de la Corte	116
4. Recapitulación.....	122
Capítulo V. Ya no te quieren. ¡Acéptalo!	125
1. Los cambios en el régimen de divorcio.....	126
2. Los argumentos de la quejosa	129
3. La respuesta del Tribunal Colegiado.....	132
4. Los argumentos de la Primera Sala.....	133
A. La protección de la familia	133
B. El libre desarrollo de la personalidad.....	138
4. Recapitulación.....	141
Capítulo VI. Las familias <i>tutti frutti</i>	145
1. La reforma al Código Civil del Distrito Federal	146
2. Los conceptos de violación del Procurador	148
3. La sentencia de la Corte	160
A. La protección de la familia	161
B. El libre desarrollo de la personalidad.....	168
C. La no discriminación.....	171
4. Recapitulación.....	178
Conclusión La <i>constitucionalización</i> del matrimonio	183
Anexos	189
1. Tabla sobre las diferencias principales entre el matrimonio canónico y el constitucional	189
Bibliografía	191

INTRODUCCIÓN

En agosto de 2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debatió y resolvió sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de estas parejas. La discusión en los medios de comunicación y diversos sectores sociales ya llevaba meses, al menos desde la aprobación de las reformas al Código Civil del Distrito Federal que permitieron tanto el matrimonio, como la adopción por parte de estas parejas en diciembre de 2009. Al contrastar las preguntas que preocupaban a los y las Ministras y las que consternaban a la mayoría de la sociedad, me percaté de una diferencia *fundamental*. De alguna forma, cuando “la cuestión *gay*” –como diría Didier Eribon– llegó a la máxima sede judicial, el problema dejó de ser eso de la “homosexualidad” y se convirtió en el de la naturaleza de una institución: la del matrimonio. Mientras que, en la discusión social paralela, las sexualidades, las identidades, la religión, la historia, la psicología y la sociología parecían ser los ejes del asunto, en el Pleno de la Corte todo se reducía a una única pregunta: ¿se puede alterar al matrimonio de forma tal que incluya a las parejas del mismo sexo o no?

Cuando la Corte decidió este caso, lo verdaderamente revolucionario no fue sólo el sentido de su resolución –el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional–, sino la forma en la que lo resolvió: *trascendió* a la pregunta por la naturaleza del matrimonio y articuló el problema en términos de derechos fundamentales. Más que velar por la esencia de una institución, se preocupó por la satisfacción de los distintos proyectos de vida a los que tienen derecho las personas. Con esa sentencia, la Corte pareció romper la endogamia jurídica y *humanizar* al Derecho *con los derechos*. Sí, pareció decirnos: esto sí tiene que ver con “los homosexuales y las lesbianas”; esto sí tiene que ver con “las madres

solteras” y los “inmigrantes”; esto sí tiene que ver con “los niños y las niñas”; tiene que ver con *las familias* y no con La Familia. Lo que importa es lo que está detrás del matrimonio –las personas, las vidas, los afectos– y no El Matrimonio en sí.

Este giro me pareció fascinante y decidí indagar al respecto. La investigación me llevó a percatarme de que el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo representa la culminación de una serie de fallos en los que la Corte ha reconfigurado, por completo, el régimen del matrimonio y del derecho familiar. Resultó que no estábamos frente a una sentencia aislada e inexplicable, sino que contábamos con una serie de resoluciones que confirmaban una revolución impactante y sin precedentes: la de la *constitucionalización* del matrimonio.

La tesis que tiene en sus manos, lectora,¹ es un recuento de esa transformación del régimen matrimonial que le debemos a la Suprema Corte. Aquí encontrará un análisis de la Contradicción de Tesis 5/92 (violación entre cónyuges), la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005 (violación entre cónyuges, “la secuela”), la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 (aborto), el Amparo Directo Civil 6/2008 (reasignación de concordancia sexo-genérica), el Amparo Directo en Revisión 917/2009 (divorcio unilateral y sin causales) y la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (matrimonio entre personas del mismo sexo).

El estudio de este trabajo está dirigido a evidenciar un cambio fundamental en el régimen del matrimonio que tiene que ver con una transformación en la forma en la que se resuelven los problemas

¹ A lo largo de la tesis pretendo referirme a usted en el femenino en lugar del masculino simplemente para que se percate de la construcción del Masculino como El Universal –todas cabemos en El Lector–, mientras que el Femenino es El Particular –solo nosotras cabemos en La Lectora–. Si quiere una justificación un poco más elaborada de ello, vea Pérez Correa, Catalina, “La construcción del género y el lenguaje del derecho”, *El Extranjero*, disponible en: <http://bit.ly/ga0dF7>

jurídicos planteados: por un lado, tenemos a quienes se preocupan por el matrimonio y, por otro, quienes se enfocan más en las personas y los derechos de los que éstas son titulares y que se encuentran detrás de esa institución. Esto, a su vez, refleja dos maneras distintas de ver al Derecho y a los derechos, que corresponden, sostengo, al constitucionalismo moderno, preocupado primordialmente por la libertad y la igualdad, y al cristianismo, preocupado principalmente por la justicia y el orden. Lo que tenemos en los fallos, lectora, no es más que la pugna que en México comenzó desde que se reguló el matrimonio por primera vez en 1857: por un lado, el Estado y su Constitución, por otro lado, la Iglesia y su propio orden normativo. Lo que se sigue debatiendo en el 2010 es quién tendrá control sobre esta institución y por qué razones.

Ahora, en esta tesis identifico un factor en particular que muchas veces impide ver con claridad quiénes son los actores que están en pugna –el constitucionalismo *versus* el cristianismo–. Por diversas razones históricas, el lenguaje del derecho canónico y del derecho civil –la forma en la que abordan a las instituciones y los contratos, en la que construyen conceptos legales y resuelven problemas jurídicos– es idéntica. Ambas se originaron, como sostengo en el Capítulo I de este trabajo, con las mismas herramientas (el método teleológico-conceptual), con el mismo trasfondo filosófico (aristotélico-tomista) y por los mismos teólogos y juristas (los salmantinos de la Segunda Escolástica). Así, el arraigo del concepto canónico del matrimonio no se lo debemos exclusivamente al hecho de que México es un país predominantemente católico,² sino que la estructura jurídica de una gran parte del Derecho actual –el de los contratos– permite que se siga pensando en los mismos términos. Lo único que se requiere para defender al matrimonio canónico es pensar en términos civiles: ¿cuál es la naturaleza del contrato, cuáles son las contraprestaciones que se

² Según el Censo 2010 realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el 89.3% de los encuestado se siguen identificando como católicos.

deben las partes, cuáles son las cláusulas que van en contra de la esencia del convenio, cuáles son los impedimentos que, lógicamente, se derivan de la definición...? Por esta razón, es fácil defender a esta postura sin necesidad –en principio– de apelar a un sustrato religioso.³

Rescatar los orígenes del matrimonio permite entender por qué es que, a pesar de los diversos problemas que hoy están relacionados con él, la discusión jurídica es capaz –como ocurrió en el seno de la Suprema Corte– de prescindir de todos ellos y enfocarse en una única pregunta: ¿cuál es la naturaleza de esta institución? Permite, también, entender la razón por la cual el proceso de *constitucionalización* ha sido uno de deconstrucción en el que se ha ido reconfigurando a la institución pieza por pieza, obligación por obligación, fin por fin. Hasta llegar a un nuevo concepto de matrimonio, *irreconocible* para sus creadores originales, en el que los factores primordiales que estructura a todas las relaciones son la libertad y la igualdad.

Lo que surge al final de este largo proceso es una figura legal que sí corresponde a su época: “Hoy, el matrimonio cada vez menos se percibe como un estado permanente al cual una incursiona, con la transformación propia que la permanencia implica. Más bien, se percibe como una elección que una toma y sigue tomando a lo largo del matrimonio.”⁴ El matrimonio como un proyecto de vida más, al cual puedo decidir acceder o no. El matrimonio como una reconstrucción constante de la persona y sus cambiantes necesidades y deseos. Como reflejo del *yo*, más que del *Nosotros* –como pareja,

³ La estructura final de este trabajo se la debo a la lectora de “What is Marriage?” de Sherif Girgis, Robert George y Ryan Anderson publicado en el *Harvard Journal of Law & Public Policy* en diciembre de 2010. Para estos autores, el debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo puede resolverse respondiendo una sola pregunta: ¿qué es el matrimonio? Su defensa pretende ser una que prescinde del sustrato religioso y apela, exclusivamente, a la razón y a la naturaleza. Creo que toda la tesis puede ser vista como una respuesta a estos autores.

⁴ West, Robin, *Marriage, Sexuality, and Gender*, Paradigm Publishers, EUA, 2007, p. 3. La traducción de West es mía.

como familia, como sociedad. El matrimonio como símbolo de mi amor, de mi vida, de mi elección.

El presente trabajo está estructurado de la siguiente forma: en el Capítulo I, la lectora encontrará el aparato teórico y el recuento histórico que servirá como plataforma para entender el resto de los capítulos (II-VI). En el Capítulo I se revisan los primeros órdenes jurídicos que regularon al matrimonio en México (la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 1857, la Ley del Matrimonio Civil de 1859 y el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870). Después, se rastrea el origen del concepto de matrimonio que recogen estos órdenes de la doctrina canónica. Se realiza un recuento de la genealogía común entre ésta y la doctrina de los contratos moderna y se expone la herramienta principal que se utilizó para construir ambas: el método teleológico-conceptual, sustentado en la filosofía aristotélico-tomista. De aquí, se expone el matrimonio de Santo Tomás: sus conceptos básicos, sus presupuestos fundamentales y la lógica con la que funciona. Por último, siguiendo a Gustavo Zagrebelsky, se contrastan las premisas básicas del constitucionalismo moderno con las del cristianismo. Con ello se pretende sentar las bases para entender por qué el constitucionalismo y el cristianismo llevan a visiones absolutamente opuestas del matrimonio y entender desde aquí las transformaciones –y justificaciones para las mismas– que se ven en los fallos analizados en los subsecuentes capítulos.

Los capítulos II-VI corresponden, cada uno de ellos, a una de las sentencias mencionadas anteriormente: en el Capítulo II se contrastan la Contradicción de Tesis 5/92 y la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005. En ambas, la posibilidad de tipificar la violación entre *cónyuges* era la pregunta a responder. En el Capítulo III se analiza la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su Acumulada 147/2007 en su relación con el matrimonio: ¿de qué forma, el derecho a ser padre o madre construido por la Corte en este fallo lo transforma?

En el Capítulo IV se revisa el Amparo Directo Civil 6/2008, cuya preocupación principal versaba sobre la transexualidad y sus correspondientes derechos. En el Capítulo V se repasa el Amparo Directo en Revisión 917/2009, que tuvo por objeto determinar la constitucionalidad del divorcio unilateral y sin causales. En el último Capítulo se desmenuza la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, en la que se decidió sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. En estos capítulos, la lectora siempre encontrará dos posturas: la que defiende el matrimonio canónico-civil (definido en el Capítulo I) y la que propone un matrimonio constitucional (que se va perfilando a lo largo de los Capítulos II-VI). Se hará énfasis en las preguntas que cada postura propone como las más relevantes, las herramientas que cada una utiliza para resolver los problemas y, finalmente, el concepto de matrimonio que terminan construyendo.

Para cerrar este apartado, valga nada más un último dato: la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005 fue decidida por unanimidad de la Primera Sala;⁵ el Amparo Directo Civil 6/2008, por unanimidad del Pleno;⁶ el Amparo Directo en Revisión 917/2009, por unanimidad de la Primera Sala;⁷ y la Acción de Inconstitucionalidad

⁵ Los cinco que componían la Primera Sala en ese entonces eran: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y Presidenta Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente).

⁶ Los once que conformaron el Pleno fueron: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Mariano Azuela Güitrón, Sergio A. Valls Hernández (Ponente), Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

⁷ En esta ocasión, fueron cuatro los que votaron a favor, –José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente) y el Presidente Sergio A. Valls Hernández– y uno el que estuvo ausente –José de Jesús Gudiño Pelayo–.

2/2010, por una mayoría contundente de 9 de 11 votos.⁸ En este sentido, no sólo se trata de una tendencia en el decidir de la Corte, sino de un cambio clara y reiteradamente respaldado por la mayoría.⁹ Por esta razón, creo que cualquier persona que pretenda estudiar al matrimonio hoy tendrá que incorporar estos fallos a su investigación.¹⁰

Empecemos.

⁸ Los nueve que votaron a favor fueron José Ramón Cossío Díaz, Margarita Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José de Jesús Gudiño Pelayo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Los dos que votaron en contra fueron Guillermo Ortiz Mayagoitia y Sergio Aguirre Anguiano.

⁹ Por cierto y para cumplir con el requisito de “metodología” que se supone debe estar en una tesis: los capítulos dedicados a las sentencias (I-V) son, en términos de Christian Curtis, una “investigación jurisprudencial” que pretende “describir y sistematizar” el trabajo de la Corte en relación al *matrimonio*. Mi criterio para elegir sentencias fue sencillo: ¿cuáles han impactado la “esencia” de esta institución o sus justificaciones básicas típicas? Creo que todas las que aquí elegí cumplen con ese requisito. Me topé con otras, sí, pero no las incluí porque tenían más que ver con la regulación de los bienes, los alimentos o los hijos que con los presupuestos del matrimonio. (Christian Curtis, “El juego de los juristas”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Christian Curtis (ed.), España, Trotta, 2006, pp. 127-135.)

¹⁰ O, en su caso, cualquier persona que pretenda litigar en esta materia, también debería tenerlos en cuenta.

El resultado de este debate importa profundamente para el bien común. Y todo depende de una pregunta: ¿qué es el matrimonio?

Sherif Girgis, Robert George, Ryan Anderson

CAPÍTULO I. LA CONCEPCIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO

Como se mencionó en la Introducción, la idea principal que se sostiene en este trabajo es que las pugnas contemporáneas en torno al matrimonio reflejan dos conceptos de esta institución que, a su vez, tienen como trasfondo dos tradiciones de pensamiento político-jurídico. Por un lado, está el matrimonio canónico-civil y por otro, el matrimonio constitucional. El primero se construyó con base en un método específico (el teleológico-conceptual) y fue regulado, primero por las disposiciones canónicas y después por los códigos civiles. El segundo ha surgido como resultado de una *deconstrucción* del primero a partir de un ejercicio jurídico específico: aquél que, partiendo de los derechos fundamentales, pretende *reconfigurar* los órdenes jurídicos inferiores a la Constitución para que se conformen a ella. La tensión entre los dos conceptos de matrimonio y las dos tradiciones de pensamiento político-jurídico se refleja en las sentencias que se revisan en los capítulos II-VI de este trabajo. A través de su análisis se puede rastrear el proceso de transformación del matrimonio que, para efectos de esta tesis, ha sido denominado como uno de *constitucionalización*.

Este capítulo tiene como propósito funcionar como soporte teórico e histórico para el resto del trabajo; en específico, pretende que, usando la historia, sea posible entender de dónde provienen los conceptos de matrimonio que, al menos en las resoluciones de la Corte que aquí se analizan, son invocados por las partes. Si se revisan los orígenes de la doctrina del matrimonio, en particular el método que se utilizó para construirlo, se entiende mejor tanto la postura que hoy en día defiende la concepción canónica-civilista como la racionalización que le sustenta. También, al acudir a la historia del matrimonio en específico, y del derecho civil en general, será más fácil entender el arraigo de esa postura y la razón por la cual, a más de dos siglos de

tradición constitucional, es hasta épocas recientes que el razonamiento constitucional cuestiona y transforma al matrimonio.

Por otro lado, creo que con el recuento histórico será más fácil comprender por qué el proceso de transformación del matrimonio ha sido uno de *deconstrucción*. Históricamente, el constitucionalismo no engendró un orden jurídico nuevo, ni completo, que regulara *todas* las áreas de la convivencia social (incluyendo a la familia). El constitucionalismo se montó sobre sistemas normativos ya existentes, mismos que ha ido revisando y *reconfigurando* poco a poco con base en los derechos fundamentales. En el caso del matrimonio jurídico en México, este fenómeno de constitucionalización paulatina es particularmente claro. Al sobreponer un sistema cuyos presupuestos axiológicos y epistemológicos son distintos a aquel en que se desarrolló una figura jurídica como el matrimonio, parece inevitable que la comprensión y configuración de éste cambie. Las reglas encargadas de la designación del soberano difieren de acuerdo al régimen, ya sea éste monárquico-teológico o una democracia. Una relación laboral en un régimen feudal es distinta a la que aparece en un régimen capitalista.¹¹ Lo mismo puede decirse de todas las ramas del derecho –penal, financiero, mercantil, fiscal, urbano–, incluyendo a la familiar: la regulación es diferente si su fundamento es identificado con el constitucionalismo o no.¹² Espero que con este capítulo quede

¹¹ En *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, por ejemplo, Pablo Larrañaga pretende, precisamente, reconceptualizar a la teoría de los contratos y al derecho procesal civil clásico desde el constitucionalismo democrático que tiene como uno de sus pilares al mercado. Véase, sobre todo, Larrañaga, Pablo, “Capítulo III. Regulación, poder político y economía”, *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa-ITAM, 2010, pp. 95-137.

¹² Piénsese en el derecho internacional y lo que significa para regímenes como el musulmán adoptar tratados internacionales que consagran derechos fundamentales: implica un rompimiento con la estructura propia y la adopción de un sistema diferente. Creo que, en muchos sentidos, esto ocurre con la herencia católico-feudal y el constitucionalismo-democrático-capitalista. Hay un problema de incompatibilidad

claro el motivo por el cual el matrimonio *debe* cambiar si tiene como trasfondo al constitucionalismo y no ya al cristianismo.

El presente capítulo está estructurado de la siguiente forma: En el primer apartado (I) se revisa el nacimiento del matrimonio jurídico en México. Ello a partir del análisis de dos órdenes normativos: la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 1857 y la Ley del Matrimonio Civil de 1859, que representan las primeras intervenciones estatales a esta institución. El propósito es evidenciar cómo el primer concepto de matrimonio que se reguló jurídicamente en el país provenía del catolicismo. En el segundo apartado (II) se revisa el proceso a través del cual se concibe al matrimonio canónico: qué autores, en qué momentos y a través de qué disposiciones se fue formando. También se acude a la historia del sustento filosófico de la doctrina de los contratos. El propósito es evidenciar cómo la doctrina del matrimonio y la doctrina de los contratos fueron concebidas al mismo tiempo, por los mismos autores y con las mismas herramientas metodológicas. En un tercer apartado (III) se repasa el método que utilizó Santo Tomás para construir al matrimonio y los salmantinos para construir la doctrina del derecho de los contratos: el teleológico-conceptual. Es una exposición del trasfondo filosófico –aristotélico-tomista– del método y su forma de operar. En el cuarto apartado (IV), se expone el matrimonio de Santo Tomás: sus conceptos básicos, sus presupuestos fundamentales y la lógica con la que funciona. El propósito es ver el matrimonio como *originalmente* fue concebido: en *su* propio contexto histórico y filosófico. A lo largo de esta sección, se

severa de postulados axiológicos que tienen como resultado diferentes formas de concebir a la política, a la economía, al derecho, a la religión... Pero, bueno, esta tesis no será el lugar para teorizar en torno a esto , pero sí creo que el tema del matrimonio, en específico, es un campo perfecto para reflexionar en torno al pluralismo y la laicidad. Véase Lafont, Cristina, “Justicia global en una sociedad mundial pluralista”, *Pluralismo*, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía, III Congreso Iberoamericano de Filosofía, 1-5 de julio de 2008.

harán referencias a las similitudes entre este matrimonio y el que se reguló, civilmente, en México en el siglo XIX. Este apartado es el que permitirá entender en dónde exactamente actúan las resoluciones que se analizan en los capítulos posteriores: ¿qué es lo que modifican del matrimonio y por qué razones? En el quinto apartado (V), siguiendo a Gustavo Zagrebelsky, se contrastan las premisas básicas del constitucionalismo moderno con las del cristianismo. Con ello se pretende sentar las bases para entender por qué el constitucionalismo y el cristianismo tienen visiones absolutamente opuestas del matrimonio y entender desde aquí las transformaciones –y justificaciones para las mismas– que se ven en los fallos analizados en los subsecuentes capítulos.

1. El nacimiento del matrimonio jurídico en México

Conocer el origen del matrimonio jurídico en México sirve para entender muchos de los problemas que han surgido en torno a su modificación; también permite comprender por qué dichos cambios han sido posibles.

La primera vez que el Estado mexicano reguló al matrimonio fue a través de la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857. En esta corta Ley –apenas contaba con 100 artículos– el Estado tomó control, como bien indica su nombre, del registro del estado civil de las personas: del nacimiento, la adopción y arrogación, el sacerdocio, la muerte y el matrimonio (artículo 12). El propósito de esta regulación era comenzar a llevar un registro oficial de la población, quitándole el monopolio a la Iglesia. Se trató de un golpe estratégico para la consolidación de un Estado laico, en el que la administración de la información de su población no era más que un acto de poder y control.¹³

¹³ Se me hace tan simbólico este acto, en muchos niveles. Pienso, por ejemplo, en la idea del derecho internacional de que, para que exista un Estado, es necesario,

Hasta entonces, el matrimonio –en términos de su constitución y disolución– había sido regulado, registrado y administrado por la Iglesia con anuencia del gobierno. A partir de esta Ley, si las personas querían que su pacto tuviera “efectos civiles”, debían acudir al Registro Civil, entidad creada por la misma ley, para que ello fuera posible. En palabras de la Ley (citada tal cual se publicó):

[Artículo] 65. Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del estado civil á registrar el contrato de matrimonio.

[Artículo] 72. El matrimonio que no esté registrado, no producirá efectos civiles.

[Artículo] 73. Son efectos civiles para el caso: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, los gananciales, la dote, las arras y demás acciones que competen á la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno.¹⁴

Para contraer matrimonio, era necesario acudir a la Iglesia. Para darle efectos civiles, había que acudir al Registro Civil. Me parece increíble: el matrimonio *jurídico* en México nace católico en el sentido más literal, ya que su creación y funcionamiento dependían del derecho canónico y no del derecho civil. Lo único que le competía al Estado eran sus *efectos*. Dato curioso: dieciséis días después de la promulgación de la Ley del Registro Civil, el 12 de febrero de 1857, se promulga la Constitución Política de la República que, por primera vez en la historia constitucional mexicana, *no* incluía una cláusula

además de que cuente con un territorio, que tenga población. Con la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, el endeble Estado Mexicano buscaba tener el mínimo control de la población que estaba en su territorio. Saber, al menos, quiénes eran, cuándo nacían, cuántos eran y cuándo morían.

¹⁴ Ley Orgánica del Registro del Estado Civil, *De las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, ordenada por los Licenciados Manuel Dublán y José María Lozano, Edición Oficial, Tomo VIII, México, 1877.

estableciendo a la religión católica como la única y oficial en México.¹⁵ Desde este momento se puede entrever el futuro del matrimonio jurídico en el país: nace católico, pero es ya parte de un régimen constitucional que *no* se asume católico. Estamos ante la génesis de un régimen jurídico que, poco a poco, buscará desprenderse de sus orígenes religiosos, conquistando espacios que solían corresponderle a la Iglesia, gradualmente arrinconándola al ámbito de lo privado. El matrimonio jurídico se convierte así en un acto de poder del nuevo Soberano.

No olvidemos que la regulación del matrimonio y del estado civil de las personas se sumó a diversos esfuerzos por parte de las autoridades estatales de restarle poder a la Iglesia. Entre éstos, se encontraban la supresión del fuero del clero, la prohibición del cobro del diezmo, la nacionalización de los bienes eclesiásticos y la secularización de los cementerios.¹⁶ Lo que tenemos, literalmente, es una nueva autoridad tratando de despojar y destrozar a su predecesora. En este sentido, el matrimonio jurídico se convirtió en un símbolo de esa pugna.

Dos años después de promulgar la Ley del Registro Civil, el Estado vuelve sobre el matrimonio, ahora con la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859. Ésta, a diferencia de su predecesora, pretendió regular ya no sólo el registro y los efectos civiles del matrimonio, sino todo lo relativo a él, desde su constitución hasta su disolución. En su Exposición de Motivos encontramos lo siguiente (citada tal cual se publicó):

¹⁵ Si quiere una revisión de las diversas disposiciones que se emitieron y que permitieron consolidar la “separación del Estado y la Iglesia” durante este periodo, véase Patiño Reyes, Alberto, *Libertad religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, UNAM-III, México, 2011, pp. 71-82.

¹⁶ *Ibidem*.

Independientes ya los asuntos civiles del Estado de los negocios eclesiásticos: retirada al clero la facultad que el soberano le concedió para que mediante su intervención en el matrimonio éste produjera sus efectos civiles, es obligación, y muy sagrada, de la sociedad que para todo debe bastarse á sí misma, determinar la solemnidad y condiciones con que aquel contrato tan importante y trascendental, haya de celebrarse y hacerse constar en lo sucesivo, para que produzca los mismos efectos civiles. Tal es el objeto de la [nueva Ley del Matrimonio Civil].

El matrimonio, en su calidad de sacramento, ha llegado á ser en los pueblos oprimidos por la reaccion, uno de los fuertes resortes que el clero ha desplegado para procurar la inobediencia á las leyes de la República. *Mediante pretextos punibles ha negado las bendiciones de la Iglesia á muchas personas, por el solo hecho de mostrarse fieles al juramento que prestaron á la Constitucion y á las leyes.* Sus exigencias han sido tan perentorias, que ya era preciso olvidar el deber, faltarse á sí mismos y hasta cometer el delito de infidelidad, retractando un juramento para hacerse digno de recibir la gracia sacramental del matrimonio, no obstante que la Iglesia aconseja el estado de pureza.

Con semejante doctrina, tan nueva como perniciosa, en el sentido católico, tan funesta como ruinoso para el bien de la sociedad, se ha profanado la virtud espiritual del matrimonio por los mismos que están destinados á procurarla: se ha impedido la union de los esposos por los mismos á quienes el soberano dió mision de testificarla, y se ha minado á la sociedad en su parte más esencial, que es la organizacion de las familias, por los mismos que tienen el estricto deber de predicar la moral y de procurar que los creyentes vivan en la santidad y en la justicia.

Estos hechos de grave escándalo, de perniciosos resultados, reclamaban una medida bastante enérgica y capaz de impedir en lo futuro su triste repeticion. Esta medida es la que contiene el decreto á que me referí al principio.¹⁷ (Cursivas mías.)

¹⁷ México, Circular del Ministerio de Justicia [que] remite la ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1857, disponible en: <http://bit.ly/IC9fU5>

Aquí vemos cómo, dos años después del primer golpe al matrimonio canónico, el Estado mexicano vuelve ya no sólo para *reconocer* el pactado en la Iglesia y darle efectos, sino para constituirse en *fuelle* del matrimonio mismo. Lo que me parece importante señalar del relato que se ofrece en la Exposición de Motivos es el conflicto ideológico en el que parecen encontrarse los mexicanos. Por una cuestión de poder, parece que la Iglesia les imposibilita ser católicos y guardar “el juramento que prestaron á la Constitución y á las leyes”. El Estado justifica su intervención, en parte, para salvar a sus nacionales de esta contradicción creando un matrimonio que permite que una sea católica y constitucionalista a la vez. ¿Cómo es que esto es posible? Porque se tiene un mismo concepto de matrimonio, lo único que varía son las fuentes de las cuales emana: la eclesiástica (porque ésta no desaparece) y la estatal.¹⁸ Por algo, después de todo, eran reemplazables. En este sentido, la diferencia substantiva entre esta ley y su predecesora es nula: ambas recogen el concepto católico del matrimonio. Las diferencias formales –la de 1857 sólo lo registraba y le daba efectos, la de 1859 lo constituía y disolvía– y la insistencia del Estado en regular este asunto eran indicativos ya del divorcio inevitable que se daría entre un matrimonio –el católico– y el otro –el jurídico–. Pero por ahora, eran equivalentes en su estructura y efectos.

La razón detrás de la recepción tan *directa* no sorprende. Poco se había cuestionado, en otras latitudes, la regulación de esta institución y no había razón para que en México se hiciera.¹⁹ ²⁰ Era, en realidad, la

¹⁸ Me gusta llamarlo un acto de *copy-paste*.

¹⁹ En el voto particular que presentó para la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, el Ministro Sergio Aguirre Anguiano escribió:

Es más, ni el más liberal de los liberales desconoció en momento alguno que el matrimonio es la unión exclusiva de dos personas de sexo distinto. Benito Juárez y su movimiento reformista plasmado en las Leyes de Reforma, ordenamientos que en opinión de los tratadistas sentaron las bases del constitucionalismo mexicano, siempre tuvo clara la idea de que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer.

única concepción disponible. A este respecto, narra Jorge Adame Goddard:

En el tiempo posterior a la Independencia, los gobiernos mexicanos no publicaron leyes que afectaran el matrimonio antes de la Ley del Registro Civil del 27 de enero de 1857 [...], porque se consideraba que el matrimonio era un acto sujeto al derecho canónico y a la potestad de la Iglesia. La doctrina jurídica mexicana tenía una concepción y explicación del matrimonio conformada principalmente con base en la legislación española y canónica, especialmente *Las siete partidas* y las disposiciones emanadas del Concilio de Trento, y en la doctrina canonística.²¹

Desde aquí es que sostengo: para entendernos es necesario revisar el desarrollo canónico del matrimonio.

Si el concepto de familia se reproduce, en parte, a través de símbolos, es interesante el uso de Benito Juárez que realiza Aguirre Anguiano: el liberal de liberales que, sin embargo, falló en concebir al matrimonio como un pacto entre personas del mismo sexo. Claramente, para Aguirre Anguiano no se trata de un *error*, sino de un acierto: esa *omisión* se debe a que el matrimonio es esencialmente la unión entre un hombre y una mujer. Claro, Juárez también falló en igualar a la segunda en relación al primero; en decretar la disolución del matrimonio, con la posibilidad de contraer uno nuevo; en borrar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y un largo etcétera. Juárez *separó* al Estado de la Iglesia, pero no expulsó al catolicismo del derecho. Pequeña distinción.

²⁰ En este sentido, la historia de esta figura es bastante similar a la de la igualdad de las mujeres en relación a los hombres. Aunque la igualdad, como principio y derecho existe desde hace más de un siglo, el que incluyera a las mujeres sigue siendo novedoso.

²¹ Adame Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM-III, 2004, p. 1.

2. La *concepción*²² del matrimonio canónico

En su libro dedicado a la evolución del matrimonio en occidente, John Witte Jr. identifica cinco modelos de matrimonio que, de una forma u otra, han estado presentes en los últimos siglos. Uno de ellos es el Católico sacramental. Como vimos, la doctrina jurídica mexicana del matrimonio estaba basada, primordialmente, en la canónica y en las disposiciones emanadas del Concilio de Trento. Sobre la historia previa al Concilio y la importancia de éste para la consolidación del modelo Católico sacramental, Witte escribe:

Del siglo doce en adelante, la doctrina del matrimonio de la Iglesia fue categorizada, sistematizada y refinada, notablemente con Hugo de San Víctor y su *De Sacramentis Christianae fidei* (1143), Pedro Lombardo y su *Libro de sentencias* (1150) y Santo Tomás de Aquino y su *Summa Theologica* (1265-1273) y los muchos comentarios posteriores a estas obras. Del siglo doce en adelante, el derecho canónico del matrimonio también fue sistematizado, primero en el *Decreto* de Graciano (1140), después en múltiples comentarios y leyes papales y conciliares nuevas. Estas nuevas enseñanzas teológicas y legales sobre el matrimonio fueron comunicadas no sólo a través de tractos teológicos y legales formales. También encontraron el camino a los sermones, catequismos y libros confesionales que eventualmente permitieron que estas enseñanzas se arraigaran en la vida de las personas.

[...]

La tradición romano-católica ofreció su propia concentración sistemática de las enseñanzas bíblicas, patristicas y medievales sobre el matrimonio en el trabajo del Concilio de Trento (1545-

²² Escogí *nacimiento* y *concepción* pensando en, valga la metáfora, una vida humana. Una cosa es la *concepción* y otra cosa es el *nacimiento*. Lo primero posibilita lo segundo, aunque mucho puede ocurrir en el camino. Por el tema que trato, además, hablar de *concepción* para referir al matrimonio católico es también un guiño a toda la pugna actual en torno al aborto.

1563). Este gran concilio trajo unidad y reforma a la Iglesia en la escala de grandes concilios ecuménicos del pasado. Y fijó el tono teológico y legal básico de la contribución católica a la tradición occidental del matrimonio que duró hasta las revisiones al derecho canónico de 1917 y 1983 y las transformaciones teológicas y estructurales del Concilio Vaticano II (1962-1965).²³

Tenemos así un modelo de matrimonio que se fue gestando a lo largo de un periodo –siglos– hasta culminar en el siglo XVI en una doctrina completa y exhaustiva que permanecería inalterada prácticamente hasta hoy. Ahora, antes de ahondar en el modelo específico que se instauró, me interesa trazar su relación con el derecho de los contratos, en general, por las razones que se exponen a continuación.

En el apartado anterior, establecimos que el matrimonio jurídico en México nació católico. El propósito de esa afirmación fue enfatizar cómo la institución que recibimos tiene un origen directo en la doctrina canónica. Lo que ahora quiero señalar es la genealogía que comparten la doctrina del matrimonio del derecho canónico y la doctrina del derecho de los contratos. Ambas fueron concebidas prácticamente al mismo tiempo, construidas con un mismo aparato metodológico, por un mismo grupo de teólogos y juristas. El matrimonio y los contratos, en general (compraventa, promesa, mutuo, etcétera) comparten una misma estructura doctrinaria. ¿Por qué importa esto? Porque la fuerza detrás del matrimonio canónico no estriba solamente en lo arraigado que está el catolicismo en la sociedad mexicana (tan arraigado que ni el “liberal de liberales” –Benito Juárez– cuestionó que fuera el correcto).²⁴ Una de las razones por las que es tan fácil defender este concepto particular de matrimonio es porque las herramientas para

²³ Witte, John Jr., *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, EUA, Westminster John Knox Press, 1997, p. 23 y 36-37. La traducción de Witte es mía.

²⁴ Véase el pie de página 19.

hacerlo son las mismas que se utilizan para articular muchos de los problemas del derecho civil. Ello ya que la forma en la que se piensa al matrimonio es la forma en la que se piensa a *cualquier contrato*. Si el derecho civil –sobre todo el derecho de los contratos– es, hasta la fecha, una de las materias más importantes –y exhaustivas– que se imparten en la mayoría de las facultades de Derecho del país, lo que tenemos son ejércitos de juristas equipados con las armas para defender una concepción particular del matrimonio.²⁵ Si a lo anterior se le suma el hecho de que el derecho de los contratos ha servido como fundamento para construir otros derechos –como el administrativo, que se reconoce como su espejo–²⁶ lo anterior es incluso más evidente: la mente jurídica contemporánea está preparada para pensar *de cierta forma* al matrimonio –en términos de naturalezas, cláusulas esenciales, fines, etcétera– más que otra.

En *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, James Gordley rastrea los orígenes filosóficos de la doctrina moderna de los contratos. A diferencia de otros estudiosos, sin embargo, no señala a la antigua Roma como el origen de esta doctrina. Para este autor, la construcción de la doctrina de los contratos se la debemos, más bien, a un grupo pequeño de teólogos y juristas españoles de los siglos XVI y XVII: los salmantinos. Francisco de Vitoria, Diego de Covarruvias, Domingo de Soto, Luis de Molina y Leonardo Lessius son algunos de sus representantes. Fueron ellos quienes:

[...] conscientemente trataron de sintetizar a los textos romanos con la teología moral de Santo Tomás de Aquino [...] [Los que] le dieron al derecho romano una organización doctrinal sistemática de la que previamente carecía. Los conceptos y

²⁵ Bien lo dijo Witte: “[...] una de las razones por las cuales el modelo sacramental católico del matrimonio tuvo una influencia que perduró por tanto tiempo en el mundo occidental fue porque era un modelo teológico y legal.” *Supra*, p. 30.

²⁶ La estructura del contrato administrativo se asume como espejo de la estructura de un contrato civil, sólo que desde la óptica de la Administración Pública.

doctrinas fundamentales del derecho privado con las que estamos familiarizados son una simplificación de la síntesis que ellos lograron.²⁷

La tesis de Gordley no es menor: la forma en la que *pensamos* – organizamos y explicamos– al derecho privado viene de la teología española de los siglos XVI-XVII. ¿Por qué ubicar aquí el origen de la doctrina de los contratos y no, como muchos, en Roma? Para Gordley, a pesar de que muchos de los conceptos que hoy en día operan en el derecho privado ya existían en Roma, su *sistematización* en una *doctrina general* que los explicara y diera sentido se la debemos a los salmantinos. Ciertamente: los romanos formularon varias de las soluciones a los problemas jurídicos que conocemos hoy en día, pero detrás de estas soluciones no existía una doctrina que les diera una explicación. Los romanos daban respuestas concretas a casos específicos, no formulaban doctrinas generales que pudieran ser aplicables a una multiplicidad de casos. Ahora, ¿cómo lograron esta sistematización del derecho romano? Utilizando las herramientas que Santo Tomás usó para (re)construir al matrimonio: el método teleológico-conceptual, mismo que se verá en el siguiente apartado.

¿Cómo es que esta doctrina llegó hasta nosotros? En palabras de Gordley:

En los siglos XVII y XVIII, las doctrinas de los salmantinos fueron recibidas y popularizadas por los miembros de la escuela de derecho natural del norte, como Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y Jean Barbeyrac. Es por el trabajo de estos autores o de los que ellos influyeron, como Jean Domat y Roberto Pothier, que las doctrinas de los salmantinos llegaron hasta el derecho civil y al *common law* modernos. [...] Casi dos terceras partes del Código Napoleónico y todas las disposiciones sobre los

²⁷ Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 3-4. La traducción de Gordley es mía.

contratos provenían de Pothier y Domat. Estas disposiciones fueron declaradas la “voluntad del legislador” y la mayoría de los esfuerzos de los juristas franceses del siglo XIX estuvieron dedicados a interpretarlas. Las doctrinas de los juristas del derecho civil [y del *common law*] del siglo XIX, con pocas modificaciones, perduraron hasta siglo XX y fueron diseminadas a través del mundo.²⁸

El derecho privado que conocemos hoy es producto de la doctrina desarrollada por los salmantinos. Aunque aquí habría que hacer una acotación, siguiendo a Alejandro Madrazo: “Es muy importante tener claro que inclusive con la notable continuidad que existe entre las doctrinas hoy en uso y las doctrinas de los teólogos y juristas salmantinos, la continuidad no es tal que se mantengan intactas.”²⁹ ¿Cuáles son algunas de esas diferencias? Narra Gordley:

Es [...] una historia sorprendente. Lo más sorprendente es que las doctrinas que, en forma modificada, ahora gobiernan la mayor parte del mundo están fundadas en ideas filosóficas que hace mucho cayeron de gracia. En efecto, en su forma original estas doctrinas dependían directamente de concepciones morales aristotélico-tomistas sobre las virtudes y concepciones metafísicas sobre la naturaleza o esencia de las cosas [...] En el siglo XVII, mientras estas ideas eran diseminadas en el norte de Europa, las ideas morales y metafísicas sobre las cuales estaban basadas fueron cuestionadas por Descartes, Hobbes, Locke y otros. Este ataque rompió, al final, la autoridad de Aristóteles. [...] Para mediados del siglo XVIII, la filosofía [aristotélico-tomista] había perdido su lugar en las escuelas y con las personas educadas por igual. Para el siglo XIX, era ininteligible.

Se hubiera esperado que las doctrinas jurídicas fundadas en esta filosofía caerían con ella o que serían reformuladas bajo la

²⁸ *Ibid.*, pp. 4-5.

²⁹ Madrazo, Alejandro, “El formalismo: desde el derecho privado”, *Fundamentos del Derecho Civil y Comercial*, Editorial Fontamara, México, 2011, *por publicarse*.

influencia de ideas filosóficas más modernas. Pero eso no pasó [...] A lo largo del siglo XVII y XVIII las doctrinas se quedaron prácticamente como las habían dejado los salmantinos. Juristas como Pufendorf y Barbeyrac atacaron la filosofía metafísica y moral de Aristóteles, adoptaron varios principios de las filosofías de sus días, pero le hicieron cambios menores a las doctrinas en sí mismas. Éstas divagaron, sin las ataduras a sus viejas raíces filosóficas y sin algún vínculo real con las creencias filosóficas profesadas por los juristas que ahora las diseminaban.

Estas doctrinas fueron reformuladas, finalmente, en el siglo XIX, pero con poca relación a la filosofía de Bentham, Kant o algún otro pensador popular. Juristas ingleses, americanos, franceses y alemanes eliminaron conceptos que tenían sentido en el contexto de la filosofía aristotélico-tomista pero que, en el siglo XIX, parecían incorrectos o ininteligibles. Entonces doblaron o estiraron los conceptos que mantuvieron para que hicieran el trabajo de los que habían rechazado.³⁰

La historia de los fundamentos filosóficos del derecho de los contratos es, como bien dice Gordley, fascinante. Tenemos un conjunto de disposiciones que *son* pero a la vez *no son* aristotélico-tomistas. Peor aún: que *no se reconocen* como tales, a pesar de que siguen operando de esa forma –ya que la estructura, la terminología y la metodología funcionan igual–. Gordley se propone evidenciar la *falta* –la ausencia de la filosofía aristotélico-tomista– para recuperarla y subsanar muchos de los problemas que aquejan al derecho acéfalo que es el de los contratos. Lo que yo quiero, en cambio, es evidenciar no la *falta*, sino lo que *sobra*: un aparato metodológico concebido bajo teorías filosóficas y al que se le otorgaron contenidos teológicos que, al menos en el constitucionalismo moderno, no parecen tener cabida. Obviamente, con independencia de las posturas divergentes sobre la solución que hay que adoptar, me interesa, junto con Gordley, visibilizar el aparato metodológico que, transformado, sigue operando

³⁰ Gordley, *op. cit.*, nota 27, pp. 3-7.

en el derecho privado, en general, y en el matrimonio, en particular, para entender cómo opera el pensamiento de un sector importante de la comunidad jurídica contemporánea. Creo que recuperando *esta* parte de la historia es posible entender por qué intuitivamente parece ser tan *fácil* defender la concepción tradicional del matrimonio, pero por qué también se trata de una aproximación que poco o nada tiene que ver con la concepción de derecho que se tiene hoy en día, dominado crecientemente por un constitucionalismo basado en derechos.

Resumiendo, el matrimonio jurídico instaurado en México en el siglo XIX proviene de un modelo que se consolidó en el siglo XVI: el católico sacramental (en términos de Witte). Éste, a su vez, fue construido doctrinalmente por autores como Santo Tomás de Aquino, quien –reformulando la obra de Aristóteles– se convirtió en la guía teórica de un grupo de teólogos y juristas que, en los siglos XVI, XVII y XVIII, tomaron las reglas del antiguo derecho romano, las reformularon y sistematizaron para darles una coherencia doctrinal de la que hasta entonces carecían. En este sentido, el matrimonio católico y los contratos de derecho privado, reinterpretados por los salmantinos, comparten la misma estructura, ya que ambos fueron construidos con una misma metodología: la teleológica-conceptual.

3. El método teleológico-conceptual

Como afirmé previamente, los salmantinos sintetizaron al derecho romano con la filosofía aristotélico-tomista. Lo que me importa exponer en este apartado es el método que tomaron de Santo Tomás, con el que éste había (re)construido al matrimonio, “[...] el único contrato que [Santo Tomás] trató a detalle”.³¹

Para explicar el método, Gordley comienza aludiendo al mundo en el que creía Santo Tomás. Se trata de “[...] un mundo creado por

³¹ *Ibid.*, p. 15. “Una puede ver este método en la discusión de Santo Tomás del matrimonio, que es el único contrato que trató a detalle”.

Dios y dotado de un orden. Más aún, era un mundo *cognoscible* para la mente humana a través de la razón, porque la razón humana había sido dada por Dios para compartir Su razón divina.”³² Se trata de un mundo compuesto por “sustancias”, que no son más que las cosas –sean árboles, el agua, una silla o una persona–. El trabajo de quien inquire sobre las sustancias consiste en conocer la *esencia* de las mismas (por oposición a sus accidentes). “[L]a *esencia* es la imagen mental que corresponde a la *substancia* –las características que hacen que algo sea lo que es y no otra cosa–. Dichas características se aprehenden al indagar sobre las *causas* de la cosa.”³³ Aquí es donde entra la teoría de las cuatro causas de Aristóteles.

La primera causa es la *final* o el “fin” de una cosa: la forma distintiva en la que cada cosa tiende a comportarse. No se trata de un propósito, nos dice Gordley, sino de lo que hace que esa cosa *se* comporte de acuerdo a su forma característica.³⁴ La segunda causa de acuerdo a esta teoría es la *formal*: las propiedades que hacen que una cosa sea de cierta naturaleza (esto es: que se comporte de cierta manera, conforme a su *naturaleza*) y no de otra. Si la cosa es capaz de perder esas propiedades y seguir siendo lo que es, eran accidentes; si pierde esas propiedades y deja de ser lo que es, estábamos ante su forma sustancial. La causa *material* –la tercera– es aquello que es parte de una cosa, pero que puede asumir una forma distinta. La última causa, la *eficiente*, es la que “hace que una cosa sea”, lo que le da

³² Madrazo, Alejandro, *Revelation and Creation: The Theological Foundations of Modern Legal Science in Mexico*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Yale, EUA, 2006, p. 86 Para una exposición de la teoría epistemológica y moral de Tomás de Aquino, véase especialmente pp. 86-98. La traducción de Madrazo es mía.

³³ Madrazo, *op. cit.*, nota 29.

³⁴ Este párrafo –con excepción de la cita de Madrazo– es una paráfrasis (casi copia) de Gordley, *op. cit.*, nota 27, p. 17.

origen, uniendo su materia con su forma sustancial.³⁵ Nos dice Gordley:

Para conocer una cosa, se debe conocer su forma sustancial. Ello se logra formando un concepto. Este concepto, que corresponde a la forma sustancial, es la “esencia” de la cosa. Cuando se entiende la esencia, puede ser capturada en una definición. La definición incluye el *genus* o clase general a la que la cosa pertenece, así como lo específico que la diferencia de las demás [...]. Conociendo la definición, se puede entender por qué la cosa tiene las partes y las características que tiene.³⁶

Tomás de Aquino utilizó el método aristotélico no sólo para entender a las *cosas*, sino a los actos de las personas, entre los cuales figuraba el casarse. “Parecía extraño, reconoció, decir que un acto, que es un accidente del ser humano, tenga una esencia y accidentes propios. Pero, dijo, la dificultad es sólo aparente.”³⁷ ¿Cómo procedía, entonces, Santo Tomás? “La esencia de un acto se definía por el fin para el cual era hecho [...] Aquí, [sin embargo], el fin corresponde al propósito consciente –el fin inmediato de la causa final próxima– de la persona que hace el acto o la cosa”³⁸ y no, digamos, a la “tendencia natural” del objeto.

Ahora, el fin del acto o la cosa debía de estar relacionado, para Santo Tomás, con el “fin último” de la persona. Esta relación, en actos como casarse –o regalar una propiedad– era más evidente.

[...] para Santo Tomás y los salmantinos, los contratos, como el matrimonio, se definen por el fin que es a su vez el fin inmediato de las partes y un medio para su fin último. Dado que

³⁵ Este párrafo también es una paráfrasis (casi copia) de Gordley, pp. 17-18.

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

³⁷ *Ibid.*, p. 20.

³⁸ *Ibid.*, pp. 21-23.

el contrato se define por el fin inmediato de las partes, la definición expresa lo mínimo que las partes deben conocer para pactar. También identifica un fin que será cumplido por otras obligaciones que se derivan del contrato aunque las partes no lo hayan tenido en mente.³⁹

Por esta razón Gordley denomina a este método el teleológico-conceptual: el razonamiento conceptual es aquél “por el cual una se mueve de una definición a sus consecuencias”⁴⁰ –de la definición del matrimonio se desprende todo lo que implica en términos de obligaciones y derechos–, el razonamiento teleológico es aquél “por el cual una se mueve de un fin deseado a una conclusión sobre los medios apropiados”⁴¹ –la definición del matrimonio implica una reflexión en torno al fin último del hombre y cómo alcanzarlo–.

Hasta ahora hemos visto cómo la forma en la que Santo Tomás y los salmantinos procedieron a pensar sobre los contratos tenía como trasfondo la teoría de las cuatro causas de Aristóteles. Un punto importante que es necesario señalar es que, sobre todo en los salmantinos, se terminó equiparando la causa final con la causa formal. No interesan aquí las razones detrás de esta confusión terminológica, sino una de sus consecuencias. Nos dice Alejandro Madrazo:

La forma en la que Santo Tomás y los teólogos salmantinos entendieron a las acciones humanas oscilaba entre dos tipos de cosas (las naturales y las hechas por el hombre). Esto produjo una equiparación entre fin, propósito y esencia de los conceptos legales. [Veamos] los métodos y las concepciones de los salmantinos. Por un lado, trataban a las acciones humanas como cosas hechas por el hombre, ya que identificaban el *fin* o *causa final* de la acción con el *propósito* del agente [...]. Por otro lado, sin embargo, el *fin* de una acción era equiparado a su esencia o

³⁹ *Ibid.*, pp. 21-23.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

causa formal [...]. La equiparación entre la *causa formal* y *final* –en Aristóteles– correspondía a las cosas naturales, no a las cosas hechas por el hombre. Al tratar a las acciones humanas como análogas a las cosas hechas por el hombre al equiparar la *causa final* y el *propósito* y análogas a las cosas naturales al equiparar la *causa final* y la *causa formal*, el método producía –requería– la equiparación de las tres (*propósito-fin/causa final-esencia/causa formal*) al lidiar con las acciones humanas. El resultado es que los actos humanos –[como casarse]– al ser traducidos a conceptos legales –[como el matrimonio]– se *esencializan* y *objetivizan*: adquieren las cualidades de cosas que ocurren naturalmente, son entidades objetivas, constantes y discretas que pueden ser aprehendidas conociendo su esencia. La diferencia entre sus fines y su esencia se borra y así el fin necesariamente queda fijo.⁴²

Recapitulemos. Lo que tenemos es un método que pretende entender y capturar la esencia de una cosa; en específico, de un acto –tal como el acto de casarse o realizar una compraventa–. Esta *esencia* es lo que hace que el acto sea lo que es, lo que lo distingue de todos los demás. La forma para aprehender la esencia de un acto es inquiriendo por sus cuatro causas; éstas permitirán identificar lo que lo hace único. Ahora, para definir un acto, una debe también entender su relación con el *fin último del hombre*;⁴³ en este sentido, los actos –como el casarse– están conectados con la moral y el ejercicio de las virtudes (como lo pueden ser la justicia o la liberalidad). Aquí es necesario recordar que, en Santo Tomás, “la ciencia del derecho natural consiste en inquirir sobre los fines y las naturalezas de los humanos a través de la *observación*, para determinar lo que es bueno y malo.”⁴⁴ La definición del acto debe

⁴² Madrazo, *op. cit.*, nota 32, pp. 80-81.

⁴³ Una disculpa por el lenguaje androcéntrico a lo largo de este capítulo.

⁴⁴ Continúa Madrazo: “En el mundo tomista, el derecho natural no es fijo. Santo Tomás reconocía la movilidad esencial de las circunstancias humanas, e incluso llega a reconocer que la naturaleza humana es, en sí misma, capaz de cambiar. Santo

reflejar su esencia. Dado que estamos frente a una estructura con la cual se construyen contratos –pactos o acuerdos entre personas–, la definición debe ser tal que permita derivar lo que se requiere para que ese contrato *sea* (la causa eficiente, que no es sino lo que se requiere para que el contrato sea válido) y lo que implica en términos de derechos y obligaciones (las cláusulas *esenciales* –aquellas que corresponden a la esencia del contrato– y las cláusulas *naturales* –aquellas se siguen, implícitamente, de las esenciales–). Para aterrizar esta metodología, veamos cómo opera(ba) en el matrimonio.

4. El método teleológico-conceptual y el matrimonio

En la *Suma Teológica*, Santo Tomás se dedica a (re)construir el matrimonio utilizando la filosofía aristotélica. Es en el *Suplemento* –en las Preguntas 41-68– en el que aborda *todo* lo relativo a esta institución: su estatus de sacramento, su definición, lo relativo al consentimiento, a los impedimentos, a las segundas nupcias, la poligamia (pluralidad de esposas), la bigamia, el divorcio y la (il)legitimidad de los hijos.

Me interesa rescatar el concepto de Santo Tomás porque en él encontraremos no sólo las reglas que rigen al matrimonio, sino una explicación para las mismas. En ésta, a su vez, puede verse la utilización del método teleológico-conceptual de manera evidente. Estamos frente a alguien que se *asume* aristotélico y que pretende reconceptualizar a los distintos actos bajo una visión particular del mundo. También, en Santo Tomás se encontrarán muchas justificaciones que hoy se han perdido, aún a pesar de que persisten las reglas que se derivaban de ellas (como la de la fidelidad). Lo que quiero es un concepto completo de matrimonio que pueda ilustrar de

Tomás dice que existe una ley eterna, pero según [Michel] Villey debemos entender esto en el sentido de que de la existencia de *una* ley eterna (haz el bien y evita el mal) no se deriva que todo el derecho está fijo.” Madrazo, *op. cit.*, nota 32, pp. 89-90.

dónde vienen muchos de los fantasmas que aún embrujan a las relaciones de hoy en día. Creo que en este autor lo podemos encontrar. Espero que la autora, al igual que yo, se pueda reflejada en las ideas de este pensador y encuentre el trasfondo de ellas.

Ahora, claramente, si utilizo este concepto es porque creo que es el que hemos heredado y que se puede ver reflejado –con sus pequeñas diferencias– en las regulaciones civiles del siglo diecinueve en México. Cuando las diferencias sean muy marcadas, lo señalaré. De lo contrario, lectora, puede asumir que este es el concepto –la explicación y operación– detrás del matrimonio en México.

A. Los fines del matrimonio

Empecemos identificando los fines del matrimonio. A este respecto, la respuesta que da Santo Tomás es triple: la procreación y la fidelidad – en tanto que el matrimonio es una institución de la naturaleza– y su estatus de sacramento –que le daba el carácter de indisoluble–. Se puede agregar una cuarta parte, que para este pensador es uno de los fines secundarios del matrimonio: la asistencia que se dan los consortes en las labores del hogar.

Recordemos que a él le interesa, siguiendo el método teleológico-conceptual, aprehender la esencia de lo que estudia. Desde aquí justifica: “Estos bienes que justifican al matrimonio *pertenecen a su naturaleza*, por lo que los requiere, no como causas externas de su rectitud, sino porque causan en él la rectitud que le pertenece por naturaleza”.⁴⁵

⁴⁵ Santo Tomás de Aquino, *The Summa Theologica*, Benzinger Bros. Edition, 1947, *Suplemento*, Pregunta 49 (*Of The Marriage Goods*), artículo 1 (*Whether certain goods are necessary in order to excuse marriage?*), disponible en: <http://bit.ly/m81Qah> La traducción de Santo Tomás es mía.

a. La procreación y educación de los hijos

La *procreación*, originalmente, tenía un sentido mucho más amplio al de hoy en día se le imputa (simplemente como el acto biológico de engendrar hijos). De hecho, Santo Tomás admite que el *fin* del matrimonio no es la procreación en un sentido meramente biológico. Ello porque, de ser así, no estaríamos frente a uno de sus fines, ya que la procreación biológica puede alcanzarse *sin* necesidad del matrimonio (recordemos que para que algo sea parte sustancial de una cosa, tiene que ser único, encontrarse sólo en ella). Sobre el alcance del significado de la procreación al interior del matrimonio, Santo Tomás escribió:

[El] fin principal del matrimonio [...] es el bienestar de los hijos. Ello ya que la naturaleza no sólo lleva a la procreación de los hijos, sino a su educación y desarrollo hasta que alcancen el estado perfecto del hombre como hombre, y ese es el estado de la virtud. Por esta razón es que dice el Filósofo [Aristóteles] que obtenemos tres cosas de nuestros padres: la “existencia”, el “cuidado” y la “educación”. Ahora, un hijo no puede ser criado y educado a menos que tenga padres específicos y definitivos, y esto no podría ser a menos de que existiera una unión entre el hombre y una mujer en específico y en esto consiste el matrimonio.⁴⁶

Ahora, ¿de qué forma está relacionada la procreación y educación de los hijos con el fin último del *hombre*?

Los hijos, considerados como un bien del matrimonio, van más allá de ser un bien de la naturaleza. La naturaleza mandata a los

⁴⁶ *Ibid.*, Pregunta 41 (*Of The Sacrament of Matrimony as Directed to An Office of Nature*), artículo 1 (*Whether it is of natural law?*), disponible en: <http://bit.ly/i1xl6s>
Lo relativo a la *procreación* como la educación de los hijos también lo menciona en la Pregunta 49 (*Of The Marriage Goods*), artículo 2 (*Whether those assigned are sufficient?*), disponible en: <http://bit.ly/mBYQiD>

hijos para salvaguardar el bien de la especie, mientras que los hijos, como un bien del sacramento del matrimonio, tienen que ver con su educación para servir a Dios.⁴⁷

Aquí tenemos la imagen del matrimonio como una sucursal de la Iglesia (o, a mi entender y para el futuro, del Estado-Nación): en cada pareja, en cada hogar, en cada familia se delega la tarea fundamental de criar buenos cristianos (o ciudadanos). En este sentido, no sólo se trata de propagar a la especie y que ésta no se extinga, sino que la especie que surja sea, en efecto, la *correcta*. Lo que tenemos es a la familia como transmisor no sólo de la vida, sino de una ideología: cada pareja –su color, su clase, su religión, su sexo (diríamos hoy en día)– tiene la labor fundamental de *reflejar y propagar* una forma de vida, una forma de pensamiento. En este caso: el catolicismo, único camino para conocer a Dios.

b. Formar una comunidad de vida

El segundo fin al que se refiere Santo Tomás es el relativo a la asistencia mutua que se prestan los cónyuges. El matrimonio no es sólo el espacio para tener y educar hijos, sino el lugar en el que las personas pueden encontrar un apoyo, construir un hogar y desarrollarse plenamente. Ahora, esta comunidad de vida tiene una salvedad. La ayuda y el apoyo mutuo está condicionado en razón del sexo de los participantes:

Así como la razón natural dicta que los hombres deben vivir juntos, ya que uno solo no es auto-suficiente para todo lo que implica la vida, razón por la cual se dice que el hombre tiende a la comunidad política, así también para los trabajos que son necesarios para la vida humana unos son para los hombres, otros

⁴⁷ *Ibid.*, Pregunta 49 (*Of The Marriage Goods*), artículo 5 (*Whether it can ever be excused from sin without them?*), disponible en: <http://bit.ly/inPszs>

para las mujeres. *Por eso la naturaleza dicta el matrimonio como una sociedad entre hombre y mujer.*⁴⁸

Claramente, existe una presunción particular del sexo y el género detrás de la asignación de roles de Santo Tomás. Cuando aborda lo relativo al *nombre* del matrimonio (si éste es adecuado o no), ello resulta incluso más claro:

En tres sentidos puede hablarse de “matrimonio”. Primero, por su esencia, que es la unión, y en referencia a esto se le llama la “unión conyugal”; segundo, por su causa, que es la boda y en referencia a esto se le llama la “unión nupcial”, de *nubo* (“cubrir en un velo”), porque en la ceremonia de la boda, a través de la cual el matrimonio se contrae, las cabezas de los casados están cubiertas por un velo; tercero, por su efecto, que son los hijos y en referencia a esto se llama “matrimonio”, como dice San Agustín, porque “el único propósito de la mujer en el matrimonio debe ser la maternidad”. El matrimonio también puede verse como “*matris munium*”, esto es, el deber de una madre, ya que el deber de criar a los hijos recae principalmente en las mujeres; o “*matrem muniens*”, porque le otorga a la mujer un protector y proveedor en la persona de su esposo; o “*matrem monens*”, porque le aconseja no dejar a su esposo y juntarse con otro hombre [...].⁴⁹

¿Qué tenemos aquí? Permítame conectar este punto con el anterior, querida lectora. El matrimonio es una institución que tiene como fin a la procreación y educación de los hijos. Toda su construcción, por lo tanto, está diseñada para posibilitar ambas: la procreación *biológica* y la *educación* de los hijos. Santo Tomás asume, en relación con lo

⁴⁸ *Ibid.*, Pregunta 41 (*Of The Sacrament of Matrimony as Directed to An Office of Nature*), artículo 1 (*Whether it is of natural law?*), disponible en: <http://bit.ly/i1xl6s>

⁴⁹ *Ibid.*, Pregunta 44 (*Of The Definition of Matrimony*), artículo 2 (*Whether it is fittingly named?*), disponible en: <http://bit.ly/j8DPFg>

último, que ésta debe asignarse primordialmente a la mujer; también asume que la protección (de la mujer) y la economía (del hogar) recaen sobre el hombre. Ello ya que la mujer “[...] fue hecha primordialmente para ser la ayudante del hombre en relación a los hijos, mientras que el hombre no fue hecho para este propósito.”⁵⁰ Desde aquí podemos ver la unión entre el sexo (hombre-mujer), el género (lo masculino y lo femenino) y los roles al interior del hogar (la madre-cuidadora; el padre-proveedor); también, la identidad entre el ser mujer, ser esposa y ser madre (son una y la misma cosa), mucho más recalcado, por cierto, que el ser hombre, ser esposo y ser padre. Tenemos también la distinción por espacios: la mujer/esposa/madre corresponde a lo doméstico; y el hombre/esposo/padre a lo público. Lo que tenemos es la estructura de un hogar cualquiera en el imaginario colectivo actual.⁵¹

⁵⁰ *Ibidem*. Por cierto, se le reclama a Santo Tomás que, si el nombre debe reflejar el bien de una cosa, ¿por qué no, entonces, el matrimonio es nombrado por su relación con el hombre –el padre– en lugar de por su relación con la mujer –la madre? Santo Tomás replica: “Aunque el padre tiene mayor jerarquía que la madre, la madre tiene más que ver con los hijos que con el padre.” No sólo existía, para Santo Tomás, una diferencia entre los sexos –y una distinción del trabajo por el sexo–, sino que existía una preeminencia de uno sobre la otra. Desde aquí puedo ver la contradicción tan propia de las mujeres y la maternidad: aunque se asume que la educación de los hijos es fundamental –vaya, hasta es fin de uno de los siete sacramentos de la Iglesia–, sigue sin ser lo más importante. *Ibidem*.

⁵¹ Ante la pregunta de si los cónyuges son iguales, Santo Tomás contesta: “La igualdad puede ser en cantidad o en proporción. Igualdad en la cantidad es la observada entre dos cantidades de la misma medida [...] Pero la igualdad en la proporción es la que se observa entre dos proporciones del mismo tipo. Desde aquí es que, en relación al primer tipo de igualdad, el esposo y la esposa no son iguales en el matrimonio; ni en relación al acto matrimonial, en el que la parte más noble corresponde al esposo, ni en relación a los asuntos del hogar, en los que la esposa es la gobernada y el esposo el gobernante. Pero en relación al segundo tipo de igualdad, ambos son iguales, ya que tanto en el acto matrimonial como en el manejo del hogar, el esposo le debe a la esposa en todo lo relativo a ser esposo, así también la esposa le debe al esposo en todo lo relativo a ser esposa. En este sentido es en el que el texto

Otro punto, bastante evidente, es la heterosexualidad del matrimonio. Desde aquí existe la presunción de que éste debe ser entre un hombre y una mujer, al menos por dos razones. La primera tiene que ver con la concepción de la sexualidad: si todas las posibilidades sexuales son pecaminosas, con excepción de la encaminada a la reproducción, se asume que la única pareja que puede ejercerla válidamente es la compuesta por un hombre y una mujer (más sobre esto en el siguiente apartado). Dado que la reproducción es lo único que redime a la sexualidad, la segunda resulta inevitable –y trágicamente– unida a la primera. Ello provoca que la única sexualidad legítima sea la heterosexual-reproductiva⁵² y que la única pareja legítima sea la compuesta por un hombre y una mujer.⁵³

Ahora, no sólo se requiere de un hombre y una mujer por la parte sexual y reproductiva, sino porque se asume que son *complementos* el uno de la otra para todo lo relativo a la vida. Y se asume que sólo el hombre biológico puede desempeñar el papel de El Hombre; al igual que sólo la mujer biológica puede desempeñar el papel de La Mujer. Sólo El Hombre puede proveer y proteger a la familia; sólo La Mujer puede cuidar y educar a los hijos.⁵⁴ Esto es: no sólo se asume que el

(Sent. iv, D, 32) dice que son iguales en el pago y la exigencia de la deuda.” Santo Tomás, *op. cit.*, nota 41, Pregunta 64 (*Of The Things Annexed to Marriage, and First of the Payment of the Marriage Debt*), artículo 5 (*Whether Husband and Wife are equal in the marriage act?*), disponible en: <http://bit.ly/lXhcJO>

⁵² Por cierto, uno de los mejores textos que he leído sobre la sexualidad –la legítima y la ilegítima, y las razones detrás de esta distinción– es el de Rubin, Gayle, “Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad”, *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, Vance, Carole (ed.), Revolución, Madrid, 1989, pp. 113-190.

⁵³ En el Capítulo IV de este trabajo se aborda lo relativo a la construcción del *sexo*: esto es, ¿cuáles son los criterios para decir que un hombre es un hombre y que una mujer es mujer?

⁵⁴ Robin West, por ejemplo, es una de las feministas de la diferencia cuya oposición al matrimonio entre personas del mismo sexo se debe a que borra –o, bueno, es una

sexo y el género son lo mismo, sino que son indisolubles de la (hetero)sexualidad: la mujer-femenina es complemento biológico-sexual-laboral del hombre; el hombre-masculino es complemento biológico-sexual-laboral de la mujer. Bajo esta perspectiva, no puede aceptarse un matrimonio compuesto por dos mujeres no sólo porque no pueden engendrar sexualmente, sino porque, en el fondo, cree que falta *algo*: el hombre y su masculinidad. Lo mismo operaría para una pareja compuestas por dos hombres... El elemento *femenino* sólo podría ser aportado por una mujer.

Si atendemos a la construcción de los dos primeros fines del matrimonio que he señalado –la procreación y educación de los hijos y formar una comunidad de vida– se verá que están irremediabilmente unidos. La pareja no existe sin los hijos; formar una comunidad de vida y ayudarse a cargar el peso de la vida no es más que *tener hijos y encargarse de su manutención*. Matrimonio, familia, pareja, parentalidad son sinónimos. Se implican los unos a los otros. Si hay hijos, *probablemente hay un matrimonio detrás*. Si hay un matrimonio, *probablemente hay hijos*. Es la lógica que incluso hoy puede verse reflejada en la sociedad: la pregunta que siempre le sigue al “¿están casados?” es “¿y cuándo los hijos?” La pregunta que siempre le sigue a “¿son tus hijos?” es “¿desde cuándo están casados?”

Aquí valga aclarar un punto: evidentemente, las consideraciones sobre los fines del matrimonio y cómo deben ser alcanzados están basadas, como dice Gordley, en “argumentos independientes”⁵⁵ que no están necesariamente conectados a su definición. Sí: la definición es

de los cambios que han contribuido a que se borren– las distinciones entre El Hombre y la Mujer; esto es, que impide que exista una asignación de roles por sexo-género al interior del matrimonio. Se lamenta esta autora: “Lo que significa ser un esposo, lo que significa ser una esposa y lo que significa estar casado ya depende de la negociación de los individuos involucrados. Esto no siempre fue así.” West, *op. cit.*, nota 2.

⁵⁵ Gordley, *op. cit.*, nota 27, p. 22.

producto de este razonamiento, pero si uno cambia el último, necesariamente tendría que cambiar la primera. Creo que resulta bastante obvio, una vez que se deconstruye el matrimonio tomista, que el concepto de sexo, género y sexualidad que está detrás de él son *previos* a él, independientes de él. ¿Qué pasaría si se modifican? ¿Cómo se debería de ver alterado necesariamente el matrimonio? Valga por ahora sólo la pregunta.

c. La fidelidad

Para Santo Tomás, como mencionamos, tanto la procreación y la educación de los hijos, como la fidelidad eran fines del matrimonio, en tanto institución de la *naturaleza*. En relación a esta última, Witte escribe:

Primero, el matrimonio es visto como una asociación natural que servía, en palabras de San Agustín, como “un deber para los sanos y como un remedio para los enfermos”. Ya en el paraíso, Dios le ordenó al hombre y a la mujer “creced y multiplicaos”. Dios los creó como seres sociales, naturalmente inclinados el uno a la otra, y los dotó con la capacidad física de unirse y producir hijos. Dios les ordenó que se ayudaran y cuidaran el uno a la otra y que les inculcaran a los hijos la virtud más alta y el amor a lo Divino. Estas cualidades y deberes continuaban incluso después de la caída al pecado. Pero después de La Caída, el matrimonio también se convirtió en un remedio para el pecador individual para aliviar su pasión lujuriosa, curar su incontinencia y sustituir la unión corpórea con la cónyuge por la pérdida de la unión espiritual con el Padre en el Paraíso. Más que permitir que los pecadores se quemaran con la lujuria, Dios creó la asociación del matrimonio para que las personas pudieran dirigir sus impulsos y deseos naturales hacia el servicio de la comunidad humana.⁵⁶

⁵⁶ Witte, *op. cit.*, nota 23, p. 24.

El fin de la *fidelidad* de la unión –por medio de la cual *un* hombre era asignado a *una* mujer– tenía como trasfondo una concepción particular de la sexualidad, como mencioné en el punto anterior. Para el catolicismo, la sexualidad era, esencialmente, pecaminosa. Por esta razón, la vida verdaderamente virtuosa era la célibe y contemplativa. El matrimonio surgió como una opción para los que no tenían el carácter –la fuerza– para llevar esa vida, pero que tampoco querían vivir en el pecado. En el matrimonio, la sexualidad se redime.⁵⁷ Afirmaba San Agustín:

El coito conyugal con el fin de la procreación no implica una falta; el coito que tiene como fin satisfacer la lujuria, si ocurre con el cónyuge, implica una falta perdonable por la fidelidad marital; pero el adulterio o la fornicación implican una falta moral. Por ello es que la abstención de todo coito es mejor incluso que el coito marital que tiene lugar por el fin de la procreación.⁵⁸

El matrimonio se convirtió en el único espacio legítimo para ejercer la sexualidad. Claro: para que el *perdón* operara, el “acto carnal” debía estar encaminado a la reproducción. Ello quiere decir que, si llevamos esta lógica a sus últimas consecuencias, cualquier acto sexual que *no* tenga como posibilidad la *procreación* –entiéndase: todo acto sexual que *no* incluya al pene insertándose en la vagina, sin algún anti-conceptivo de por medio– sigue siendo pecaminoso incluso al interior del matrimonio. Lo que tenemos, en esta concepción, es una jerarquía de la sexualidad: Lo más virtuoso es la vida célibe (la *asexualidad*). Para los débiles que, sin embargo, buscan una forma de redimirse está

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ San Agustín, “The Good of Marriage”, *Theology and Sexuality. Classic and Contemporary Readings*, Rogers, Eugene Jr. (ed.), Blackwell Publishing, EUA, 2007, p. 76. La traducción de San Agustín es mía.

el matrimonio, en el cual podrán ejercer su sexualidad siempre que ésta esté encaminada a la reproducción. Técnicamente, esto implica que está proscrita cualquier sexualidad no reproductiva (esta es una distinción que recogerá la Suprema Corte en el fallo que se analiza en el próximo capítulo de este trabajo). Por último, está la sexualidad fuera del matrimonio: la fornicación (*premarital*) y el adulterio (estando casada o con un casado), pecados ambos y penalizados severamente.

Sin la concepción particular que se tiene sobre la sexualidad, la fidelidad al interior del matrimonio carece de sentido. Por eso es un *fin* en sí mismo. Y por eso es que el débito carnal –el derecho que tiene un cónyuge sobre el cuerpo del otro en términos sexuales– no puede entenderse *exclusivamente* a través del fin de la procreación. El débito carnal, tanto en San Agustín como en Santo Tomás, está relacionado también con el deber de fidelidad. En palabras del primero:

No sólo las personas casadas se deben la fidelidad sexual por el bien de la procreación, que es la primera asociación de la raza humana en esta vida mortal, sino que también se deben una especie de servicio mutuo para apoyarse el uno al otro en sus debilidades, para que puedan evitar el coito ilícito. Como resultado, incluso si uno preferiría adoptar una posición de perpetua continencia, no puede hacerlo sin el permiso del otro. Ello ya que en este asunto *una esposa no tiene poder sobre su propio cuerpo, sino que lo tiene su esposo; y de la misma forma, un esposo no tiene poder sobre su propio cuerpo, sino que lo tiene su esposa* [1 Cor. 7:4].⁵⁹

El único fundamento, entonces, a la fidelidad es que la sexualidad es pecaminosa. Ahora, valga decir que la violación a este deber se consideraba tan grave, que para Santo Tomás daba lugar al divorcio –

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 75-76.

entendido como la suspensión de la obligación de cohabitar y todo lo que ello implica—. ⁶⁰

d. El sacramento

Por obvias razones, querida lectora, no pretendo ahondar mucho en el carácter de sacramento del matrimonio, aunque sí me interesa por la explicación que Witte da de él. Valga la cita extensa de este autor, para explicar la importancia de este aspecto del matrimonio.

Para empezar, ¿qué implica que el matrimonio haya sido elevado “[...] a la dignidad de un sacramento”⁶¹? Witte nos dice: “Como sacramento, el matrimonio era un símbolo visible de la unión invisible de Cristo con Su Iglesia. Tanto la unión física, como la espiritual de la pareja casada eran simbólicas”⁶² en tanto que reflejaban eso: la concordancia entre la Iglesia y Cristo. Ahora,

La concepción sacramental del matrimonio elevaba e integraba a las dimensiones naturales y contractuales del matrimonio. Por un lado, la calidad sacramental del matrimonio católico revestía a los actos naturales de éste de un simbolismo espiritual. Como mínimo, ayudaba a que se removiera el estigma del pecado en el coito sexual y elevaba a la procreación y educación de los hijos a un acto útil para la Iglesia. Por otro lado, la calidad sacramental del matrimonio católico elevaba al contrato del matrimonio a algo más que un mero intercambio entre dos partes. Como mínimo, convertía al matrimonio en un “contrato

⁶⁰ En el derecho canónico “el divorcio sólo implicaba la separación de la cama y la casa; la separación era ordenada por un tribunal eclesiástico una vez que se hubiera comprobado el adulterio, la deserción o la crueldad; el divorcio no podía solicitarse por voluntad de las partes; y, a pesar del divorcio, el lazo sacramental entre las partes permanecía intacto, por lo que ninguna podía volverse a casar.” Witte, *op. cit.*, nota 23, p. 65.

⁶¹ *Ibid.*, p. 26.

⁶² *Ibidem.*

de adhesión” que era indisoluble: los términos del contrato marital ya habían sido fijados por la naturaleza, y como símbolo de la unión de Cristo con su iglesia, el vínculo matrimonio era por fuerza indisoluble.⁶³

La imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial –esto es, de divorciarse en términos contemporáneos– provenía, en parte, de su calidad de sacramento. Por otro lado, es importante señalar que dentro de los siete sacramentos, “el Matrimonio” junto con “El Orden” (el sacerdocio) “[...] están ordenados a la salvación de los demás. Contribuyen ciertamente a la propia salvación, pero esto lo hacen mediante el servicio que prestan a los demás.”⁶⁴ Creo que es en el aspecto sacramental donde se puede ver *claramente* el carácter de La Familia como algo que va más allá de las personas que la constituyen y que tiene que ver con la sociedad, en general. Es a través de La Familia que se transmite la palabra de Dios; es a través de La Familia que el hombre y la mujer cumplen con su naturaleza; es a través de La Familia que la persona *llega a ser*. Es a través del matrimonio que las personas cumplen con sus propósitos en la vida y contribuyen a la sociedad, con lo que el orden queda restaurado.

B. El consentimiento en el matrimonio

Como vimos previamente, Santo Tomás seguía la teoría de las cuatro causas de Aristóteles en su tratamiento del matrimonio. Por esta razón, se preocupó no sólo por identificar la causa final de esta institución, sino también su *causa eficiente*: aquello que le daba origen. Para el

⁶³ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁴ Catecismo de la Iglesia Católica, Segunda Parte La Celebración del Misterio Cristiano, Segunda Sección: Los Siete Sacramentos de la Iglesia, Capítulo Tercero Los Sacramentos al Servicio de la Comunidad, artículo 1534, disponible en: <http://bit.ly/m4iQjM>

caso del matrimonio, esto no es más que el consentimiento de las partes. En palabras de Santo Tomás:

En todos los sacramentos existe una operación espiritual que se realiza a través de una operación material que la significa; así, en el Bautismo la limpia espiritual se efectúa por una limpia del cuerpo. Así, dado que en el matrimonio existe una unión espiritual, en tanto que el matrimonio es un sacramento, y una unión material, en tanto es una institución de la naturaleza y la vida civil, se sigue que la unión espiritual es el efecto del poder Divino por medio de la unión material. Viendo que el pacto en los contratos materiales se efectúa por mutuo consentimiento, se sigue que la unión en el matrimonio debe efectuarse de la misma forma. [...] Y dado que los contratos materiales no son exigibles a menos de que las partes hayan manifestado su voluntad expresamente en palabras, se sigue que el consentimiento que genera al matrimonio también debe ser expresado en palabras, por lo que la expresión de las palabras es al matrimonio lo que el baño es al Bautismo.⁶⁵

Tanto para Santo Tomás, como para los salmantinos, el tema era objeto de mucha reflexión. Si el consentimiento es lo que *hace* al matrimonio (lo genera, es su causa), ¿cuándo puede decirse que el mismo ha sido dado? La respuesta del párrafo anterior es que bastan las palabras.⁶⁶ Ahora, surgen más preguntas: ¿las palabras deben

⁶⁵ Santo Tomás, *op. cit.* 45, nota , Pregunta 45 (*Of the Marriage Consent Considered In Itself*), artículo 1 (*Whether consent is the efficient cause of matrimony?*) y artículo 2 (*Whether consent needs to be expressed in words?*), disponibles en: <http://bit.ly/jnAuzs>

⁶⁶ Witte confirma que al final del siglo XIII se aceptó que bastaba la mera expresión de las palabras de las partes para constituir al matrimonio y que no era necesario contar con la aprobación de la Iglesia. Witte, *op. cit.*, nota 23, p. 28. No fue sino hasta el Decreto de Tametsi de 1563 que se estableció que era necesario contraer matrimonio en una iglesia y con la presencia de varios testigos. Este tipo de medidas, según Witte, fueron una respuesta de la Iglesia a los “abusos” que se dieron a la

emitirse en público (en una boda, por ejemplo) o en privado? ¿Frente a una autoridad particular? ¿Y si las personas son incapaces de hablar, qué ocurre? En relación con este tema, por ejemplo, también se abordó lo relativo al coito: ¿es necesario para consumar un matrimonio? O, si se tienen relaciones sexuales, ¿se está consintiendo el matrimonio?⁶⁷ También aquí importaba el tema de los *vicios* en el consentimiento que, en última instancia, llevaban a una anulación del matrimonio (como veremos más adelante). ¿Puede consentirse bajo amenaza?⁶⁸ ¿Cuándo es válido el consentimiento? ¿Cuándo es libre?

La parte del consentimiento es fundamental porque es lo que, siguiendo a Witte, permite afirmar que el matrimonio tiene una perspectiva *contractual* –en donde las partes deciden voluntariamente pactar esta alianza y llevar una vida juntos–. Sin embargo, es necesario decir que la libertad de los cónyuges se reduce a este acto: aceptar o no la institución. Ese *sí* en la boda es, siguiendo esta lógica, un *sí* a todas las consecuencias que se derivan del matrimonio. Es un *sí* perpetuo: válido hasta que la muerte los separe. En el próximo punto veremos por qué.

C. La definición del matrimonio

Si seguimos el método teleológico-conceptual, ya tenemos los elementos para extraer una definición del matrimonio:

regulación previa –entre ellos, los “matrimonios clandestinos”–. *Ibid.*, p. 38. El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 –y hasta la fecha– recoge esta última concepción, en donde se requiere de la intervención de un funcionario para que sea válido el matrimonio, además de la presencia de testigos (Artículo 161. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige).

⁶⁷ *Ibid.*, Pregunta 46 (*Of The Consent To Which an Oath or Carnal Intercourse is Appended*), disponible en: <http://bit.ly/iSgNq7>

⁶⁸ *Ibid.*, Pregunta 47 (*Of Compulsory and Conditional Consent*), disponible en: <http://bit.ly/mm1r5j>

La alianza matrimonial [es aquella] por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, [que] fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.⁶⁹

En su versión “jurídica” (esto es, *sin* la parte sacramental), aquí está la definición del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, el tercer ordenamiento en regular esta institución en México:

Artículo 159. El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida.

Lo que tenemos entonces es que el matrimonio es una *unión* (alianza, sociedad) entre un solo hombre y una sola mujer, *encaminada* a la reproducción sexual de la especie (ya que Dios los dotó con la capacidad para unirse y engendrar; y es la única forma en la que el pecado –el coito– es redimido), la educación de los hijos (para que lleguen al estado de la virtud; o a conocer a Dios) y a ayudarse á llevar el peso de la vida (identificado por Santo Tomás como un fin secundario del matrimonio).

¿Qué implica, en esta lógica, esta definición? Que éstos son los *finés* del matrimonio; la *razón* para la cual se pacta. *Para eso se contrae matrimonio*. La libertad de pactarlo –la *voluntad*– es previa a éste; una vez que se dice “sí”, una queda sometida a su lógica, como vimos en el punto anterior. Por ese *sí* original, la intencionalidad se le imputa al resto del pacto. ¿Por qué? Porque a eso se consintió. A

⁶⁹ Código de Derecho Canónico, Libro IV De la función de Santificar la Iglesia, Parte I De los Sacramentos, Título VII del Matrimonio (Cann. 1055-1165), artículo 1055, § 1.

procrear, educar a los hijos y acompañar a su pareja á llevar el peso de la vida, hasta que la muerte los separe. ¿Puede una cambiar esta dinámica? Por supuesto que no. Porque entonces ya no estaríamos frente a un matrimonio, sino frente a algo distinto. De ahí la norma que se encuentra en la mayoría de las regulaciones civiles, como en el Código Civil de 1870:

Artículo 162. Cualquier condición contraria á los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta.

Un punto que me parece fundamental y que abordó Santo Tomás es el relativo al *objeto* del consentimiento. En la Pregunta 48 debe responder si es válido el matrimonio pactado por razones que *no* son las establecidas conforme a la naturaleza del matrimonio, pero que tampoco son *contrarias* a ella. Contesta:

La causa final del matrimonio tiene dos partes, una esencial y una accidental. La causa esencial del matrimonio es el fin al que está orientado por su misma naturaleza, y éste siempre es bueno, a saber, la educación de los hijos y evitar la fornicación. Pero la causa final accidental es la que las partes pretenden como resultado de un matrimonio. Y dado que lo que se pretende como resultado de un matrimonio depende del matrimonio, y dado que aquello que viene primero no es alterado por lo que viene después, sino al revés, el matrimonio no es bueno o malo por razón de aquélla causa, sino las partes para quienes esta causa es el fin esencial.

Si las parejas se casan por amor, por dinero, por aburrimiento o para corregir un mal (como haber tenido relaciones premaritales), es irrelevante para efectos del matrimonio, ya que *no altera su esencia*. El consentimiento que importa es en relación a la causa *esencial* del matrimonio, que implica aceptar las obligaciones que ahora veremos.

D. Las obligaciones del matrimonio

Mencionamos previamente que uno de los puntos del método teleológico-conceptual es que se forma una definición tal que de ella se pueden extraer las consecuencias normativas para las partes. Esto es: de ella se pueden desprender las “cláusulas” del contrato, aquello a lo que las partes están obligadas y, también, aquello a lo que tienen derecho. Veamos.

a. *El deber de fidelidad y el deber de procreación*

Se estableció previamente que el matrimonio es la unión de *un* solo hombre y *una* sola mujer con el fin de perpetuar, sexual –y culturalmente– a la especie. Una vez que una acepta el pacto, el hombre adquiere un derecho sobre el cuerpo de su mujer y –técnicamente– ella también adquiere un derecho sobre el cuerpo del hombre. Sea para no caer en la tentación o sea con el fin de procrear, uno tiene el *derecho* a exigir el cuerpo del otro y una tiene el *deber* de someterse. Éste es el débito carnal.

¿Qué implica esta obligación? Diversos puntos. En primer lugar, conlleva la obligación de someterse al deseo del otro.⁷⁰ Tanto Santo Tomás, como San Agustín discutieron un único supuesto en el que uno de los cónyuges decidía *no* cumplir con el débito carnal: cuando, guiado por su espiritualidad, decidiera practicar la abstinencia. En este punto, ambos autores responden que dicho cónyuge no puede dedicarse a la

⁷⁰ En la Pregunta 64 del Suplemento, Santo Tomás se dedicó a responder preguntas relativas a las cuestiones de “modo, tiempo y lugar” –por llamarlo en términos modernos– del débito carnal. Por ejemplo, le dedica más de una línea a cómo debe interpretar el hombre las “señales” de su mujer –muy tímida para exigirle directamente el débito–, si es válido que una mujer menstruante lo exija, y si es pecado o no exigirlo en época de fiestas. Santo Tomás, *op. cit.*, nota 45, Pregunta 64 (*Of The Things Annexed To Marriage, and First of The Payment of the Marriage Debt*), disponible en: <http://bit.ly/knMzlx>

vida virtuosa *sin contar con la aprobación del otro*.⁷¹ En otras palabras: una no puede rehusarse a tener sexo –incluso si tiene como fin alcanzar un estado moral superior– sin el consentimiento del otro (veremos la consecuencia de esta postura en el próximo Capítulo, en el que se analizará la violación entre cónyuges).

En segundo lugar, y por su conexión con el deber de procrear, el débito carnal implica, al menos, dos cosas: que el coito debe de estar encaminado a la reproducción (esto es, sólo puede ser sexo vaginal, ya que lo demás es pecado); y que no puede *impedirse* la reproducción, esto es, no pueden utilizarse métodos anti-conceptivos. Sobre esto último, San Agustín, afirmó que los cónyuges no podían evitar “la procreación, ya sea porque no desean tener hijos o porque actúan de forma maliciosa para prevenir que los hijos nazcan.”⁷² (Este punto se tratará en el Capítulo III del presente trabajo.)

La violación al deber de fidelidad configuraba el delito del adulterio. Aunque ambos cónyuges podían cometerlo, para Santo Tomás la violación por parte de la mujer era más grave si se consideraba cómo se dañaba el “bienestar de los hijos”.⁷³

Desde aquí, el Código Civil de 1870:

⁷¹ En Santo Tomás: “Una persona no puede hacer una promesa sin el consentimiento del otro. Así, dado que el esposo y la esposa están unidos y se deben el débito carnal, que es un obstáculo para la abstinencia, uno no puede prometer la abstinencia sin el consentimiento de la otra.” *Ibid.*, Pregunta 64 (*Of The Things Annexed To Marriage, and First of The Payment of the Marriage Debt*), artículo 6 (*Whether husband and wife can take a vow contrary to the marriage debt without their mutual consent?*), disponible en: <http://bit.ly/mc8NLF>

⁷² San Agustín, *op. cit.*, nota 58, p. 74.

⁷³ Santo Tomás, *op. cit.*, nota 45, Pregunta 62, artículo 4 (*Whether in a case of divorce husband and wife should be judged on part with each other?*), disponible en: <http://bit.ly/mEoBmQ>

Artículo 198. Los cónyuges están obligados á guardarse fidelidad, á contribuir cada uno por su parte á los objetos del matrimonio y á socorrerse mutuamente.

b. El deber de cohabitar

En unas definiciones resulta más evidente esta obligación que en otras, pero puede derivarse de cualquier forma. En muchos sentidos, el matrimonio es un hogar, un espacio, en el sentido más literal del término: aquél en el que se cumplen los fines propios de dicha institución –a saber: tener y educar a los hijos, en el que se forma una *comunidad de vida*. De ahí la obligación de vivir y *convivir* en el mismo espacio. Aquí sólo una anotación: esta obligación tendía a articularse de forma tal que parece ser sólo vinculante para la mujer. Ello se debe a que se asume que el hogar depende del hombre y ésta debe seguirlo en todo momento. De ahí normas como la siguiente, del Código Civil de 1870:

Artículo 199. La mujer debe vivir con su marido.

c. Las otras obligaciones

De nuevo: si el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer con el fin de tener y educar a los hijos y formar una comunidad de vida, ¿qué más implica en términos de obligaciones? Todo lo relativo al dinero (que posibilita la vida), el trabajo del hogar, la educación de los hijos y llevar los negocios familiares (al menos). En poco: todo lo que implica formar una familia; de ahí la obligación genérica de que los cónyuges deben “contribuir cada uno por su parte á los objetos del matrimonio”, como se establecía en el artículo 198 del Código Civil de 1870. En términos específicos –siguiendo la misma lógica tomista, tanto en términos del método, como en relación a la presunción de sexo-género–, este Código contenía disposiciones como las siguientes:

Artículo 200. El marido debe dar alimentos á la mujer, aunque esta no haya llevado bienes al matrimonio.

Artículo 201. El marido debe proteger á la mujer: esta debe obedecer á aquel, así en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes.

Artículo 205. El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio [...]

Artículo 206. El marido es el representante legítimo de su mujer [...]

Artículo 207. Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ó lucrativo; enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos especificados en ley.

Artículo 218. Los padres están obligados á dar alimentos á sus hijos [...]

Artículo 219. Los hijos están obligados á dar alimentos a sus padres [...]

E. Los impedimentos del matrimonio

Uno de los grandes temas en torno al matrimonio tenía –y tiene– que ver con los *impedimentos* para pactarlo. Sobre éstos, Santo Tomás escribió (respondiéndoles a los que sostenían que, por ser un sacramento, esta institución no podía tener impedimentos):

En el matrimonio, como en los otros sacramentos, hay ciertas cosas que son esenciales y otras que corresponden a su solemnidad. Y dado que incluso sin las cosas que corresponden a su solemnidad, sigue siendo un sacramento de verdad, como en el caso de los otros sacramentos, de ello se sigue que los impedimentos a las cosas relativas a su solemnidad no derogan la validez del matrimonio. Se dice que estos impedimentos dificultan el pacto del matrimonio, no lo disuelven una vez contraído; éstos son el veto de la Iglesia y las fiestas sagradas. [...]

Por otra parte, aquellos impedimentos que están relacionados con los esenciales del matrimonio hacen que éste sea inválido, por lo que no se dice que dificultad el contrato del matrimonio,

sino que lo disuelven una vez contraído; y están contenidos en los siguientes versos:

“Error, [...], promesa, parentesco, crimen, Devociones diferentes, fuerza, órdenes sagradas, Vínculo matrimonial, honestidad, afinidad, impotencia, Todo éstos prohíben el matrimonio y lo anulan aunque haya sido pactado”.⁷⁴

Una vez más, el método se puede ver de manera clara: existen elementos esenciales del matrimonio que, si no están presentes, invalidan el contrato que se realizó. La razón es clara: no se tiene un matrimonio, porque las personas que lo pactaron, no podían pactarlo – por su estatus, un defecto o la forma en la que lo realizaron–.

Claramente, en el modelo católico existían impedimentos que en el civil no tendrían por qué existir –como el relativo al sacerdocio o al bautizo (el requisito previo para pactar este contrato es, después de todo, ser *católico*)–. Pero la gran mayoría de los impedimentos, se encuentran en las legislaciones civiles decimonónicas y las actuales.

Para el caso de México, el Código Civil de 1870 recogía, por ejemplo, el impedimento de la falta de edad (artículo 163, fracción I). Si tomamos en serio el que el matrimonio es un contrato y que la *capacidad para contratar*, en órdenes como el nuestro, está relacionada con la edad (en parte), resulta evidente que para pactar el matrimonio una tiene que ser *capaz*. Para este Código Civil, la edad para las mujeres era de doce años, la de los hombres de catorce. Me resulta evidente que aquí la capacidad está más relacionada con la *reproductiva* que la mental –que tiende a requerirse para otro tipo de actos que generan obligaciones–.⁷⁵

⁷⁴ Santo Tomás, *op. cit.*, nota 45, Pregunta 50 (*Of The Impediments of Marriage in General*), Artículo 1 (*Whether it is fitting that impediments should be assigned to marriage?*), disponible en: <http://bit.ly/1NR1ZA>

⁷⁵ Por cierto, actualmente, los menores de edad, “siempre que hayan cumplido los dieciséis años”, pueden casarse en el Distrito Federal. Me encanta: se tiene matrimonio entre personas del mismo sexo, existe el divorcio unilateral y sin

Además de la edad, el Código Civil de 1870 recogía también el parentesco y la relación de afinidad (artículo 163, fracciones IV y V); el atentado en contra de alguno de los casados para desposar al libre (artículo 163, fracción VI); la fuerza o el miedo graves (aquí, afirmaba que el rapto era un impedimento en tanto la mujer no fuera restituida a un lugar seguro en el que pudiera –ahí sí– manifestar su voluntad libremente) (artículo 163, fracción VII); la locura constante é incurable de uno de los cónyuges (artículo 163, fracción VIII); el matrimonio previo (artículo 163, fracción IX); y la impotencia para la cópula, “anterior al matrimonio y legalmente comprobada” (artículo 280, fracción VII).

El Código Civil también recogía la distinción de Santo Tomás entre los impedimentos que convierten al matrimonio en ilícito, mas no lo anulan (el que fuera ilícito implicaba que los contrayentes se hacían acreedores de una multa o incluso de prisión, dependiendo de la gravedad) (artículo 312) y entre los que anulaban al matrimonio. Dentro de éstos, sin embargo, había impedimentos que podían ser “dispensados” por las partes, como el parentesco por consanguinidad ó afinidad (artículo 284). La lógica detrás de esto es fortalecer el vínculo matrimonial, hacer todo lo posible porque no se disuelva. De aquí, también, normas como la contenida en el artículo 296 que establece que una vez contraído el matrimonio, se *presume válido*.

causales, procede la adopción por parejas del mismo sexo, la violencia familiar está hiper-regulada... pero los niños y niñas de dieciséis años se pueden seguir casando en el Distrito Federal. La verdad, entre más lo pienso, más creo que la capacidad de contraer matrimonio debería entrar como hasta los treinta y cinco. O incluso después. Que voten a los dieciocho no me asusta tanto; que sean diputados a los veintiuno, tampoco; que puedan trabajar desde los catorce, un poco más, pero no tanto como que puedan contraer matrimonio tan jóvenes. Valga la ironía simplemente para cuestionar algo que sí me parece ha permanecido sin cuestionarse. Si el matrimonio ya no es para *reproducirse*, ¿para qué es y cómo debe alterar la edad de los contrayentes?

F. El matrimonio y la parentalidad

Evidentemente, si la procreación y educación de los hijos son fines esenciales del matrimonio, se presume una relación especial entre éste y la parentalidad. Más aún, si el matrimonio es el único ámbito legítimo para ejercer la sexualidad, misma que debe ser procreativa siempre, el matrimonio es el único espacio capaz de constituir lazos de parentesco. En otras palabras: sólo a través del matrimonio se constituye la parentalidad, al menos la legítima.

Una de las preocupaciones para Santo Tomás relativas al matrimonio era la legitimidad de los hijos. En relación a ello, escribió:

Los hijos son de cuatro condiciones. Unos son naturales y legítimos, a saber, aquellos que nacen en un matrimonio verdadero y legítimo; algunos son naturales e ilegítimos, como los que nacen de la fornicación [sexo pre-marital]; algunos son legítimos pero no naturales, como los hijos adoptados; otros no son ni legítimos, ni naturales, como los que nacen del adulterio o del incesto, ya que no sólo nacen en contra de la ley positiva, sino en contra de la ley natural.⁷⁶

Este punto es muy interesante porque, desde entonces, se planteaba la idea del daño posible que podrían sufrir los niños a partir de esta clasificación. La respuesta de Santo Tomás era:

Se dice que una persona tiene una pérdida en dos sentidos. Primero, porque resulta privado de lo que le es debido; en este sentido, un hijo ilegítimo no tiene ninguna pérdida. Segundo, porque no le es debido algo que le pudo haber sido debido de alguna otra forma; en este sentido, el hijo ilegítimo tiene una pérdida en dos sentidos. Primero, porque es excluido de actos legítimos [...] que requieren de cierta respectabilidad para ser

⁷⁶ *Ibid.*, Pregunta 68 (*Of Illegitimate Children*), artículo 1 (*Whether those born out of true marriage are illegitimate?*), disponible en: <http://bit.ly/jWdzSG>

realizados. Segundo, incurre en una pérdida porque no puede heredar de su padre.⁷⁷

Queda claro cómo en este tema también la forma en la que está construido el matrimonio obliga a que cuestiones como la de la legitimidad de los hijos queden supeditados a los fines de aquél. Lo importante es que se preserve la esencia de esta institución, con independencia de lo que ello pueda significar para las personas. La coherencia no puede romperse, ni siquiera cuando hay hijos de por medio: el matrimonio como la “única forma moral de fundar una familia” –como dirá la Ley del Matrimonio de 1857– determina incluso el destino de los hijos.⁷⁸ Para que el matrimonio sea realmente el único espacio legítimo para crear parentesco, es importante que los lazos familiares sólo se constituyan a través de él. De ahí, la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos.

G. El divorcio

Como vimos anteriormente, la indisolubilidad del matrimonio tenía que ver, en parte, su condición de sacramento. Sin embargo, Santo Tomás esgrimía otras razones para impedir la disolución del matrimonio, razones que se derivan del “derecho natural”:

Por la intención de la naturaleza, el matrimonio está dirigido a la crianza de los hijos, no sólo por un tiempo, sino a lo largo de sus vidas. Por lo que es de derecho natural el que los padres estén ahí para sus hijos, y que los hijos se conviertan en los herederos de los padres (2 Cor. 12:14). Por lo que, dado que los hijos representan el bien común entre esposo y esposa, el mandato del derecho natural requiere que los últimos vivan juntos por

⁷⁷ *Ibid.*, Pregunta 68 (*Of Illegitimate Children*), artículo 2 (*Whether children should suffer any loss through being illegitimate?*), disponible en: <http://bit.ly/iLHNsW>

⁷⁸ El Código Civil de 1870 recogió la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

siempre –por lo que la indisolubilidad del matrimonio es de derecho natural.⁷⁹

Esto me parece muy interesante, porque la prohibición del divorcio para este autor tiene que ver con la estabilidad de los hijos. De nuevo: las partes quedan sometidas a una lógica que poco o nada tiene que ver con lo que lleguen a querer en años posteriores –entre lo cual puede figurar ya *no* estar juntas–, sino con los fines a los que accedieron alguna vez. La justificación de Santo Tomás es la siguiente: “Las leyes del matrimonio consideran lo que es bueno para todos más que lo que puede ser conveniente para uno. Por lo que, aunque la indisolubilidad del matrimonio por el bien de los hijos le pese a alguna parte, es adecuado para el bienestar de los hijos.”⁸⁰ En el matrimonio, una ya no cuenta; lo que importa es La Familia.

Cabe mencionar también que, desde aquí, el divorcio era concebido como un castigo. Ciertamente, no procedía la disolución del vínculo matrimonial, pero por el tiempo en el que duraba la separación, muchos de los “derechos” que estaban relacionados con el matrimonio –desde el débito carnal hasta la patria potestad– quedaban suspendidos. Otro punto que es importante mencionar también es que, una de las grandes pugnas en torno al divorcio no ha sido sólo porque se entienda como la disolución del vínculo matrimonial, sino los casos en los cuales procede. Se permita el rompimiento del lazo matrimonial o no, lo interesante es que las famosas *causales* de divorcio siempre han contemplado sólo los *casos extremos*.

Por ejemplo, el Código Civil de 1870 recogía las siguientes causales: el adulterio de los cónyuges, la propuesta del hombre de prostituir a su mujer, la incitación al delito de un cónyuge al otro, el

⁷⁹ Santo Tomás, *op. cit.*, nota 41, Pregunta 67 (*Of The Bill of Divorce*), artículo 1 (*Whether the indissolubility of marriage is of natural law?*), disponible en: <http://bit.ly/jdFhse>

⁸⁰ *Ibidem*.

abandono sin causa justificada del hogar, la sevicia o una acusación falsa (artículo 240). Llama la atención aquí que la “demencia, la enfermedad contagiosa” o alguna “calamidad semejante” *no* autoriza el divorcio, sino sólo la suspensión de cohabitar (artículo 261). La lógica es similar a la que informa el tema de los impedimentos: se hace todo lo posible porque el matrimonio dure. Entonces, no son sino las situaciones violentísimas –imperdonables, irremediables, que hieren y lastiman profundamente– las que se permiten resquebrajen el orden.

H. En resumen: el matrimonio canónico-civil

He expuesto, a grandes rasgos, la doctrina del matrimonio canónico-civil. Canónico, por sus orígenes eclesiásticos. Civil, por su recepción en los diversos códigos y leyes civiles del país. Lo que tenemos es una institución construida a partir de un método específico: el teleológico-conceptual, y de una visión específica: la católica –y más particularmente, la aristotélico-tomista–. La definición del matrimonio pretende reflejar su *esencia*: una unión entre un solo hombre y una sola mujer con el fin de procrear y educar a los hijos, acompañarse en la vida y guardarse fidelidad. De esta definición y, como vimos, diversas otras consideraciones relativas al sexo, al género y a la sexualidad, se derivan las distintas obligaciones que las partes deberán cumplir para materializar, día con día, el pacto al que consintieron.

Me gustaría concluir este apartado citando a la famosa Epístola de Melchor Ocampo. Este fragmento apareció en la Ley del Matrimonio Civil de 1857. Su artículo 15 disponía que, en el día designado para el casamiento, las partes debían acudir al Registro Civil. Ahí, el oficial encargado de la ceremonia –acompañado por el alcalde del lugar y dos testigos más–, después de leerles diversos artículos les preguntaría “si es su voluntad unirse en matrimonio”. Ante la afirmativa de las partes, debía leerles lo siguiente:

[El matrimonio] es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del *individuo* que no puede bastarse á sí mismo para llegar á la perfeccion del *género* humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aun más de lo que es cada uno para sí.

Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará á la mujer, proteccion, alimento y direccion, tratándola siempre como á la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado.

Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegacion, la belleza, la compasion, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneracion que se debe á la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo. El uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión.

Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados deshonran al que las vierte, y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza.

Ambos deben prepararse con el estudio, amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. La doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres. La Sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le

hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la Sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse por sí mismos hacia el bien.

Creo que el documento es fiel a su ideología y sus orígenes y explicita de manera clara lo que era el matrimonio. Éste ha sido el concepto que se ha ido deconstruyendo en los últimos ciento cincuenta años.

Se me hace oportuno mencionar aquí, querida lectora, que las sentencias que se analizan en los capítulos posteriores de este trabajo no abarcan *todos* los cambios que han ocurrido al régimen del matrimonio.⁸¹ En particular, no tocan dos que me parecen fundamentales y que aparecen entre 1870 y 2005 (fecha de la primera sentencia que analizo). El primero de ellos es la igualdad entre el hombre y la mujer; el segundo es la equiparación entre los hijos legítimos e ilegítimos para efectos del matrimonio (el divorcio – entendido, ahora sí, como la disolución del vínculo matrimonial– lo abordo en el Capítulo V). Sé que, sobre todo el primero, es digno de un análisis en sí mismo, pero por desgracia, para efectos de este trabajo, me lo tuve que saltar. Los cambios a los que me referiré en las sentencias posteriores tienen que ver, primordialmente, con la concepción del sexo (Capítulo IV), la hetero/sexualidad (Capítulo VI), la sexualidad reproductiva (Capítulo II) y la procreación (Capítulo II y

⁸¹ El que revisa, minuciosamente, los cambios ocurridos en el régimen del matrimonio entre 1857 y 2000 es Jorge Adame Goddard, *op. cit.*, nota 21. Digamos que mi labor consiste en “continuar” su trabajo ya que yo cubro los cambios entre el 2005 y el 2010.

III) al interior del matrimonio. También así, con la idea de que las personas, una vez consintieron al contrato, quedan sometidas a su lógica, sin importar cómo la dinámica que se suscita entre ellas las afecte (Capítulo V).

5. El constitucionalismo *versus* el cristianismo

Hasta ahora, he expuesto el modelo católico-civilista del matrimonio, que refleja una tradición jurídica (política, física y metafísica) específica. Dado que el objeto de esta tesis consiste en analizar sentencias en las que puede verse una pugna entre dos modelos de matrimonio y dos tradiciones jurídicas distintas, me parece oportuno hacer una breve introducción al constitucionalismo que da sustento al *otro* modelo de matrimonio que aquí analizo.

En *El derecho dúctil*, Gustavo Zagrebelsky repasa, entre otras cosas, las distintas corrientes de pensamiento político que están detrás de las manifestaciones constitucionales. Para este autor, las mismas Constituciones –y no sólo los órdenes normativos inferiores– contienen derechos que provienen parcialmente del liberalismo, del cristianismo y del socialismo. Estas corrientes de pensamiento político “[...] no se distinguen únicamente por su diversidad de contenido y estructura jurídica [...], [sino que, en el fondo, a cada una de ellas] subyace una distinción realmente fundamental que está relacionada con el *ethos* de los derechos.”⁸²

En su libro, repasa las diferencias entre los derechos orientados a la libertad y los orientados a la justicia que, desde su concepción, corresponden al humanismo laico –que equipara, en parte, al liberalismo moderno– y al humanismo cristiano, respectivamente. En este apartado, quiero montarme directamente en el trabajo de este autor porque las diferencias que él señala para estos conjuntos de derechos

⁸² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 1995, p. 75.

son las que se verán reflejadas directamente en las sentencias que se analizan en los capítulos posteriores. Veamos las diferencias.

Los derechos de libertad, propios del humanismo laico, “[...] son hijos de la tradición anti-escolástica que se inició con la fractura operada por el espíritu del Renacimiento, [...]”⁸³ nos dice Zagrebelsky. Los derechos de justicia, propios del humanismo cristiano (específicamente católico), tienen su “[...] explicación, por el contrario, en la tradición antigua que la escolástica medieval sistematizó”.⁸⁴ Ya desde la genealogía podemos ver la divergencia: los primeros –los derechos de libertad– son producto de la modernidad que comienza en el Renacimiento y desembocará en el liberalismo; los segundos –los derechos de justicia– son producto de la escolástica de la cual el matrimonio y el derecho de los contratos son directos herederos.

¿Qué postula cada una de estas tradiciones? El humanismo cristiano, nos dice Zagrebelsky, “[...] asume que todo ser, y entre ellos el hombre, tiene en el universo su ‘lugar natural’, conforme al orden de la creación.” Lo que tenemos es, directamente, el mundo tomista revisado previamente, en el que:

no hay espacio para ninguna pretensión individual de autorrealización subjetiva y voluntariamente motivada, pues ello sería un acto de orgullo que destruiría el orden en que todo ser – el hombre incluido– está colocado. Todos tienen, por el contrario, un deber fundamental de respetar los “lugares” que la razón universal ha asignado a cada uno según su naturaleza.⁸⁵

El humanismo laico, por su parte, invierte la pregunta fundamental a responder: ya no es, nos dice este autor, “[¿]cuál es el puesto que se me ha asignado[?]”, sino “[¿]cuál es el lugar que pretendo asignarme en el

⁸³ *Ibid.*, p. 79.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 80-81.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 81.

universo[?]”.⁸⁶ Lo que tenemos es a la persona, creadora de *su* propio universo, en el que su conciencia –única y libre– determina lo que corresponde. Ahí donde Dios estaba sentado, le sucedió cada una de nosotras.

De estas dos corrientes se derivan formas muy distintas de concebir a los derechos y al Derecho. Para el humanismo cristiano, “[...] el derecho no es la pretensión de respeto a la voluntad individual que fija libremente sus contenidos [como lo es para el humanismo laico], sino la pretensión de poder actuar en el sentido debido según una razón, un orden o una ley universal”.⁸⁷ Lo que tenemos es la estructura del matrimonio canónico-civil: la voluntad de las partes sólo importa en la medida en la que, al consentir al matrimonio, aceptaron sus consecuencias normativas. Consecuencias que tienen como trasfondo lo que dicta la ley natural.

A lo anterior corresponde, según Zagrebelsky, la diferencia en las estructuras de los derechos. En la tradición humanista laica, éstos son *subjetivos*: sirven para la realización de intereses individuales, intereses que dependen de la valoración del titular. Los del humanismo cristiano, por su parte “[...] no sirven para liberar la voluntad del hombre [... sino] para reconducirla a su justa dimensión.”⁸⁸ Por ello, se trata de un derecho *objetivo*, más que subjetivo.

Otra diferencia radica en los límites a los derechos. En el humanismo laico, éstos –que no son sino los límites a la voluntad de las personas– pretenden ser mínimos y se plantean como “[...] extrínsecos [y con el] único objeto de prevenir la colisión destructiva de los propios derechos y de posibilitar su ejercicio a todos”.⁸⁹ Existe siempre una *presunción* a favor de la libertad; quien desea limitarla debe justificar la medida y no al revés. En el humanismo cristiano, por

⁸⁶ *Ibid.*, p. 80.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 81.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 85.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 87.

su parte, “[...] la voluntad individual es un permanente y latente peligro para el orden social. La llamada a un orden objetivo, verdadero y justo, a una ‘legalidad’ independiente de los sujetos, como límite intrínseco a la voluntad individual, constituye una necesidad inexcusable.”⁹⁰

Por último, me interesa señalar la diferencia en la función que cumplen los derechos en ambas tradiciones según Zagrebelsky. Nos dice que en el humanismo laico, en el que se asume que el mundo *no* tiene un orden y que son las mismas personas las que lo dotan de sentido, “[...] los derechos [...] asumen una función instauradora y renovadora del orden social.” En el fondo, los derechos bajo esta tradición son “[...] una manifestación de vigor y madurez de una sociedad, un signo de progreso hacia una meta representada por la autonomía humana [...]”⁹¹ En el humanismo cristiano, por su parte, que asume existe un orden en el mundo, las personas “[...] sólo tienen un gran deber: el de respetarlo y, eventualmente, restaurarlo cuando haya sido perturbado”.⁹² La única forma en la que se puede hablar de “derechos” aquí es si se les concibe como una “[...] pretensión para el restablecimiento del orden que ha sido corrompido”.⁹³ Dado que el desorden en este universo proviene de la voluntad, nos dice Zagrebelsky, en muchos sentidos los derechos del humanismo cristiano tienen como propósito luchar contra los derechos del humanismo laico. “La oposición a la concepción moderna no podría resultar más clara”.⁹⁴ ¿Qué tenemos, al final?

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 84.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem.* Por todas estas diferencias Zagrebelsky termina admitiendo que “incluso podría pensarse [...] que al hablar de derechos humanos no se esté hablando de la misma cosa [...] Por lo demás, la Iglesia católica, aunque haya adoptado el lenguaje de los derechos, nunca se ha abierto a los derechos de la tradición laica [...]” *Ibid.*, p. 81.

[Dos] tradiciones [que] ponen a los derechos en relación con dos valores que parecen inevitablemente vinculados a ellas, pero cuya coexistencia está lejos de ser pacífica: la libertad y la justicia. Cabe decirlo así: el humanismo laico habla de aquellos derechos con cuya violación se frustra la pretensión de libertad [de la persona]; el humanismo cristiano de aquellos otros con cuya violación se frustra su aspiración a la justicia. De la opresión a la libertad, a través de los derechos, en el primer caso; de la injusticia a la justicia, a través de los derechos, del segundo. Ambas concepciones pueden hablar en nombre de la dignidad de [la persona], pero mientras para la primera la naturaleza digna consiste en la libertad, para la segunda consiste en la justicia.

Si se les quisiera dar un valor absoluto, cada una de las dos posiciones podría excluir a la otra mediante una doble y opuesta reducción: de la justicia a la libertad o de la libertad a la justicia. La primera reducción (las sociedades justas son aquellas en las que rige la libertad) es la propia de las concepciones radicalmente individualistas; la segunda (las sociedades libres son aquellas en las que rige la justicia) es la propia de las concepciones holistas.⁹⁵

Todas las diferencias y tensiones que he señalado existen entre el humanismo laico y el humanismo cristiano, en términos de Zagrebelsky, pueden verse reflejadas en la historia del matrimonio. El tránsito del concepto canónico-civil al concepto constitucional, me parece, representa el triunfo de una visión –la del humanismo laico– sobre la otra –la del humanismo cristiano–. Espero que con los conceptos expuestos hasta ahora, sea ya posible entrar en materia y ver cómo las sentencias de la Corte pueden reflejar estas dos posturas y estos dos conceptos.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 76.

6. Recapitulación

Antes de proseguir, valga hacer una recapitulación de lo visto hasta ahora.

En el primer apartado de este capítulo, repasamos el nacimiento del matrimonio jurídico en México. Vimos cómo el Estado se inmiscuyó, por primera vez, en esta institución como parte de una estrategia generalizada para consolidarse y debilitar a su enemigo: la Iglesia. También vimos, sin embargo, cómo el *concepto* de matrimonio que reguló la autoridad estatal provenía directamente del derecho canónico. Así, en México el matrimonio nace como una contradicción: se asume y se sabe católico, pero es parte de un régimen —el constitucionalismo— que busca desprenderse de sus raíces religiosas.

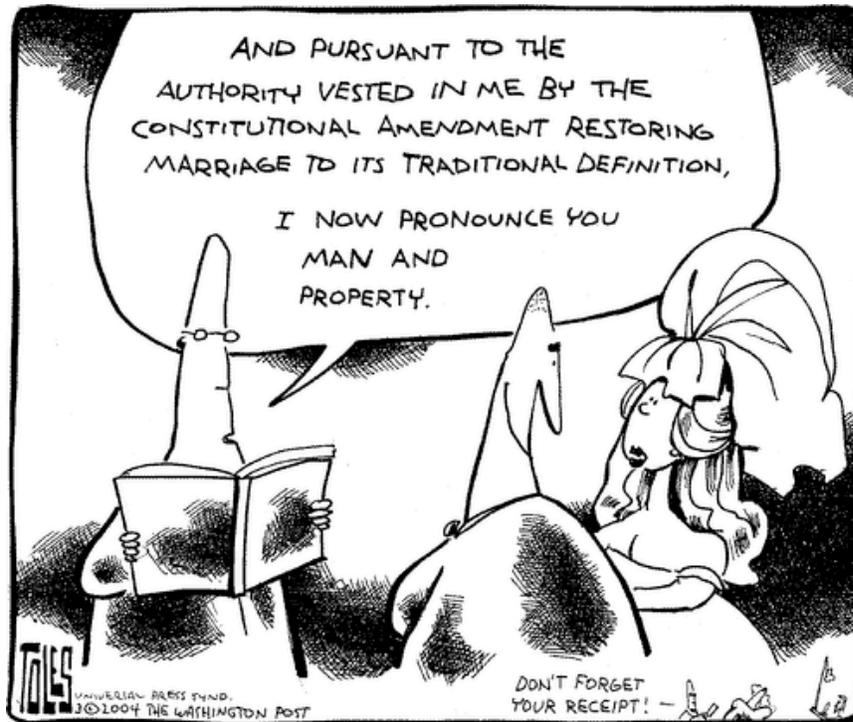
En el segundo apartado, revisamos la historia del concepto canónico del matrimonio y la entrecruzamos con la de la doctrina del derecho de los contratos. Vimos que la doctrina del matrimonio y la de los contratos fueron gestadas al mismo tiempo, por un mismo grupo de teólogos y juristas, con las mismas herramientas. Identificamos la más importante de éstas: el método teleológico-conceptual.

En el tercer apartado, conocimos la forma en la que funciona este método. Pretende ser una forma para aprehender la esencia de las cosas. En concreto: la esencia de actos como el casarse. Tanto Santo Tomás, como los salmantinos siguieron la teoría de las cuatro causas de Aristóteles para ello. Una vez identificados los fines de las cosas, lo que les da origen y su causa material, procedían a dar una definición. Ésta tenía que reflejar la esencia del acto y, a su vez, ser capaz de dejar claras las obligaciones para las partes.

En el cuarto apartado, vimos cómo Santo Tomás utilizó este método para abordar el matrimonio. Revisamos su concepto, pilar por pilar, fin por fin, obligación por obligación. Analizamos sus conceptos particulares de sexo, género y sexualidad. Al final, obtuvimos una definición de matrimonio: la unión entre un solo hombre y una mujer

con el fin de procrear y educar a los hijos y ayudarse a cargar el peso de la vida. Que el matrimonio implica diversas obligaciones, como las de procrear, la de la fidelidad, de cohabitar y de contribuir a las labores del hogar. Vimos también que este concepto es el que heredamos directamente en México (ya que puede encontrarse en los primeros ordenamientos que regularon al matrimonio en el siglo diecinueve).

Por último, siguiendo a Gustavo Zagrebelsky, se contrastaron las premisas básicas del constitucionalismo moderno con las del cristianismo. Pudimos distinguir cómo entienden al mundo de formas completamente distintas: el primero cree que la persona es artífice de su destino, el segundo, que Dios es el creador del Universo y es quien lo dota de sentido, a la persona sólo le corresponde cumplir con su papel en este mundo. El primero postula a la libertad de la persona como su valor fundamental, el segundo ve en la libertad de las personas una amenaza al orden. El primero ve en los derechos prerrogativas de la persona para poder hacer su voluntad, el segundo ve en los derechos esencialmente deberes que las personas deberán desempeñar para respetar el orden de las cosas. Estas distintas concepciones son las que pueden verse reflejadas en las sentencias que se analizarán en los siguientes capítulos.



“Y con base en la autoridad que me otorga la reforma constitucional que restauró el matrimonio a su definición tradicional, ahora los pronuncio ‘hombre y propiedad’...
¡Que no se le olvide su recibo!”

CAPÍTULO II.

QUE *NO* ES *NO*, *CARAY*...

En este capítulo se analizarán dos sentencias de la Primera Sala de la Corte: la Contradicción de Tesis 5/92 y la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005, resueltas en 1994 y 2005, respectivamente.⁹⁶ En ambas ocasiones, la pregunta consistía en dilucidar qué ocurre jurídicamente cuando un cónyuge le impone al otro una relación sexual. ¿Se configura el delito de violación? ¿Se configura una causal de divorcio? ¿No pasa nada?

Elegí estas dos sentencias porque me parecen perfectas para contrastar las dos formas de entender el matrimonio –la canónica-civil y la constitucional– y de resolver los problemas concretos que surgen con él –utilizando el método conceptual-teleológico o la interpretación constitucional de derechos y principios–. La diferencia entre este capítulo y los otros estriba en que el antes y el después le corresponden a la Corte; aquí se relata el cambio que la misma sufrió en su argumentación y conceptualización del matrimonio.

1. La Contradicción de Tesis 5/92

Este caso, resuelto el 28 de febrero de 1994, surgió a raíz de una contradicción de tesis entre dos Tribunales Colegiados del Sexto Circuito: el Primero y el Tercero. La disputa versaba sobre la posibilidad de configurar el delito de violación entre cónyuges, de acuerdo al Código de Defensa Social de Puebla. El Primer Tribunal

⁹⁶ La Contradicción de tesis 5/92 fue resuelta por la Primera Sala en mayo de 1994. La Solicitud de Modificación de Jurisprudencia, 9/2005-PS fue resuelta por la Primera Sala el 16 de noviembre de 2005. Las versiones consultadas son las que están disponibles en: <http://bit.ly/btL0A4> (Contradicción de Tesis) y <http://bit.ly/d0nxtK> (Solicitud de Modificación de Jurisprudencia).

Colegiado sostenía que si un cónyuge violaba al otro, lo que se configuraba era el delito de violación; ello porque el Código de Defensa Social de Puebla no distinguía entre “sujetos pasivos”,⁹⁷ ni establecía una excepción para los cónyuges, por lo que sostener que no existe el delito de violación al interior del matrimonio “implicaría

⁹⁷ El Tribunal comienza su argumentación haciendo alusión a tres tesis distintas de la Primera Sala, todas de 1980. En la primera, se establece que “la conducta supuestamente provocativa de la ofendida o su mala reputación, en modo alguno pueden desvirtuar la responsabilidad del delito de violación”; en la segunda, se establece que es inexacto que las declaraciones de las ofendidas, por el hecho de “dedicarse a la prostitución” carezcan de valor para efectos del delito de violación; y en la tercera, se determina que “el hecho de que las ofendidas sean galantes, no faculta al sujeto activo para obtener [sus] servicios por medio de la violencia”. Las tres tesis justifican su razonamiento en la libertad sexual, como bien jurídicamente tutelado por el delito de violación. Si el hecho de ser prostituta es irrelevante para efectos de la configuración del delito, razona el Tribunal, también lo es el ser cónyuge: lo importante es el “no”, con independencia del estatus de quién lo profiere. La “mujer puede estar desflorada o no estarlo, *ser casada o soltera*, de buena o mala fama y ello no importa: la libertad sexual es la misma para todas... Valga señalar que es increíble (al menos paradójico) que para sostener que la violación de una esposa es violación se haya recurrido a tesis que aluden –todas– a prostitutas. No sólo se confirma la (falsa) dicotomía entre “la virgen y la puta”, sobre la cual las feministas han trabajado incesantemente, sino que se pone de manifiesto cómo, por el matrimonio, *la virgen está aún peor que la puta*. Para más, véase Marta Lamas, “Trabajadoras sexuales: del estigma a la conciencia política”, *Estudios sociológicos*, 1996, XIV: 40 y “Las putas honestas, ayer y hoy”, *Miradas feministas sobre las mexicanas del siglo XX*, Marta Lamas (coord.), México, FCE, 2007, pp. 312-348.

Las tres tesis son: 1) Registro No. 234878, VIOLACIÓN, CONDUCTA IRRELEVANTE DE LA OFENDIDA PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE, Séptima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, 1980; 2) Registro No. 234876, VIOLACIÓN, CARÁCTER, CONDICIÓN O SEXO DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE, Séptima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, 1980; 3) Registro No. 234877, VIOLACIÓN, CARÁCTER DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE, Séptima Época, Primera Sala, Tesis Aislada, 1980.

hacer una distinción donde la ley no la señala”.⁹⁸ Además, para este Tribunal, sostener que no existe la violación entre cónyuges sería tanto como permitir que una persona se haga “justicia por sí misma”, lo que sería contrario al artículo 17 la Constitución.⁹⁹ El Tercer Tribunal, por su parte, sostenía que no se integraba el delito de violación, ya que no existía un ultraje sino el simple ejercicio de un derecho: el débito carnal que nace de la relación matrimonial. Si existe un vínculo conyugal, existe el derecho para disponer del cuerpo del otro, con o sin su voluntad. Para este Tribunal, en última instancia, si la parte

⁹⁸ Este argumento, que podría servirle a un juez “de legalidad”, no funciona para un juez constitucional. De ser el único argumento, bastaría con que la ley distinguiera para que ser derrotado. Y el problema sería *ese*: ¿qué pasaría con una ley que distinguiera y estableciera una excepción a la violación para los cónyuges? De hecho, en el razonamiento del Primer Tribunal Colegiado el problema anterior es evidente cuando utiliza como ejemplo al estupro, delito en el que, si el delincuente se casaba con la ofendida, ya no era perseguido. Para el Tribunal, el estupro es un caso en el que el legislador distingue o hace una excepción para los cónyuges, mientras que en la violación, no. De ahí que no proceda exceptuar al matrimonio de la última. Sin embargo, en ningún momento el Tribunal cuestiona si la regulación del estupro es constitucional o no.

⁹⁹ Este argumento demuestra una de las consecuencias del débito carnal. Según esta lógica, el problema no es la “justicia” –porque el derecho existe–, sino quién la está administrando: el cónyuge en lugar del juez. Lo problemático es el procedimiento y no lo que está detrás: obligar a una persona a tener sexo –o sostener cualquier acto sexual– cuando no quiere. La implicación de este argumento es que, técnicamente, uno podría acudir a un tribunal para que éste sea quien obligue al cónyuge a “copular”. *Ese* sería el ejercicio *debido* del derecho. Con todo, el Primer Tribunal Colegiado no llega hasta *ese* extremo, pero no porque no afirma que lo correcto es ir con un juez, sino porque para él la renuencia a “copular” es causal de divorcio, no da pie a exigir la conducta ante un juez. Así, uno debe acudir con el juez para disolver el vínculo matrimonial, no violentar a su cónyuge (administrarse justicia por sí mismo). El que sí ve que una de las consecuencias de conceptualizar el problema en términos del ejercicio de un derecho es la posibilidad de acudir a un juez para hacerlo valer, es el Segundo Tribunal Colegiado en la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005.

violentada se siente agraviada, lo que podría llegar a configurarse sería una causal de divorcio, no más.¹⁰⁰

La Primera Sala de la Corte plantea la contradicción de tesis en los siguientes términos: para un Tribunal, “sí puede darse la violación entre cónyuges, porque el ejercicio del derecho a copular no puede obtenerse mediante violencia”, mientras que para otro, no se configura el delito de violación. De ahí que le corresponda a la Corte determinar qué es, exactamente, lo que ocurre cuando un cónyuge utiliza la violencia para tener relaciones sexuales con el otro.

Para resolver la contradicción, la Sala afirma que lo primero que debe hacerse es “atender a los fines que tiene la institución del matrimonio”, sometiendo con ello el ejercicio de interpretación a la lógica de éste último y no al contenido de la Constitución.

La Corte, una vez que determina que la procreación es uno de los fines del matrimonio, concluye que:

es lógico deducir que los cónyuges deben prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiendo por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino; pues solamente tienen derecho a una relación sexual de esta naturaleza.

Partiendo de esta concepción, el problema para la Sala es primero y antes que nada el tipo de cópula que se intenta imponer y su eventual correspondencia con los fines del matrimonio. Si la cópula es la

¹⁰⁰ Ello ya que el Código *Civil* de Puebla señala como causal de divorcio la siguiente: “el que un cónyuge cometa contra la persona un hecho que sería punible de cometerlo una persona extraña si tal hecho tiene señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión”. Para el Tribunal, es *evidente* que la “violación entre cónyuges” encuadra en este supuesto: se trata de un acto que, de cometerse por alguien distinto al cónyuge sería penado con seis o más años de prisión. De ahí que la “violación entre cónyuges” no sea un delito, pero sí una causal de divorcio.

“normal”, no se integra el delito de violación, sino que se colma la conducta prevista en el artículo 226 del Código Penal del Distrito Federal: “al que para hacer efectivo un derecho, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año”.¹⁰¹ Ahora, dado que en Puebla no existe ese tipo penal, “sólo se podría sancionar por el ilícito que pudiera configurarse derivado de la violencia ejercida para copular” (como sería el delito de lesiones).

La Sala aclara que sí se puede colmar el delito de violación entre cónyuges en ciertos casos. Como habría de esperarse, uno de ellos es cuando se impone una cópula “anormal” de manera violenta. La lógica es evidente. En el matrimonio, uno tiene derecho al sexo reproductivo, no al sexo recreativo, ya que, a fin de cuentas, para eso es el matrimonio: para “procrear”. Lo que le importa a la Sala no es la intención de las partes, sino la posibilidad fisiológica de que se logre fertilizar al óvulo. Si la pareja procede al acto carnal por aburrición, por lujuria, porque desean tener hijos o porque es su forma de evitar caer en la tentación del adulterio, es irrelevante para esta concepción. Si lo hacen en la posición de misionero, “de perrito”, en la sala o en la recámara, tampoco importa. Lo único que hay que vigilar es que el sexo sea potencialmente procreativo y para ello, tiene que ser vaginal y sin anti-concepción (en cualquiera de sus múltiples manifestaciones).

¹⁰¹ El salto del Código de Defensa Social de Puebla al Código Penal del Distrito Federal me parece fantástico, en tanto evidencia la ausencia de un razonamiento constitucional de la Sala. Sujeta la interpretación de un código penal a la regulación de otro código penal y no de la Constitución. Ahora, con independencia de lo anterior, también sobresale cómo la Sala es capaz de leer en el artículo 226 una excepción a la violación. Para tratarse de derecho penal, parece ser bastante laxa con la interpretación que realiza de la norma. No que la lógica del derecho penal sea un argumento que interese avanzar, sino que sorprende cómo incluso cuando argumentos así pueden ser tan populares y recurridos por ella misma, aquí parecen no aplicar. El que sí ve la falla que implica este argumento para la “dogmática jurídico-penal” es el Segundo Tribunal Colegiado en la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005.

Por más que las parejas quieran, el sexo anal no resultará en un embarazo. El sexo oral, tampoco. Por esta razón, los actos sexuales no procreativos, cuando son impuestos con violencia, nunca podrán ser “aceptables” al interior del matrimonio. Por su parte, dado que el sexo vaginal heterosexual sí puede –si todo sale bien– resultar en un embarazo, es que no debe condenarse de la misma manera. Lo primero es violación –porque no se tiene derecho a ese tipo de acto sexual por virtud del matrimonio– y lo segundo, el ejercicio indebido de un derecho –indebido porque se ejerció con violencia, pero ejercicio de un derecho al fin y al cabo–.

Ahora, continúa la Sala, “aun tratándose de cópula normal”, existen otras excepciones en las que también se configura el delito de violación: si el “sujeto activo” está ebrio, drogado,¹⁰² padece una enfermedad venérea o el “síndrome de inmuno deficiencia adquirida”; cuando se pretenda cometer el acto en presencia de otras personas; cuando la mujer tenga un padecimiento “que le impida producirse en sus relaciones sexuales” (como la parálisis, para la cual la Sala establece que se configuraría el delito de “violación equiparada”); y, por último, estando decretada “la separación legal de los esposos”. La Sala aclara que las causales mencionadas tienen carácter “ejemplificativo, mas no limitativo”.

Por lo anterior, establece que ninguna de las dos tesis debe prevalecer: la primera porque establece que la cópula normal impuesta de forma violenta configura el delito de violación, cuando en realidad colma el delito de ejercicio indebido de un derecho; y la segunda porque hace caso omiso de la causal de “separación legal de los

¹⁰² Vale la pena citar la explicación para estas causales, pues ilustra el *profundo conocimiento científico* de los juzgadores: “... cesa la obligación de cohabitar, toda vez que la ebriedad o drogadicción inspiran un natural rechazo hacia la pareja que se encuentra en ese estado; además del peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en tales momentos, y no puede exigírsele a ninguna persona que acepte una relación en esas condiciones”.

esposos”¹⁰³ para configurar el delito de violación. En síntesis: existe violación cuando el sexo impuesto es recreativo o cuando encuadra en alguna excepción; existe ejercicio indebido de un derecho, cuando el coito impuesto es reproductivo y no encuadra en alguna excepción.

Son varios los puntos que llaman la atención del fallo. Empezando por su nula referencia a la Constitución o a algún tratado internacional. Este caso se resolvió en 1994. En ese entonces, al menos en la Constitución, ya existía el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, como aparecerá once años después.¹⁰⁴ La consecuencia de esta omisión es que el derecho a decidir libremente el tener hijos no existe cuando se es parte del matrimonio ya que la cópula normal, aquella que es potencialmente procreativa, puede ser impuesta. Es casi como si al entrar al matrimonio, una renunciara al derecho a decidir y se convirtiera en una fábrica de hijos, puesto que hay que cumplir el fin de esa “institución”.

¹⁰³ El Tercer Tribunal Colegiado tenía que decidir un caso en el que los cónyuges estaban separados. Para él, sin embargo, la separación no disolvía al vínculo por lo que el débito carnal persistía. Para la Sala, sin embargo, la separación de los cuerpos sí implicaba que el débito carnal, al menos, se suspendía.

¹⁰⁴ Para Jorge Adame Goddard, este derecho:

afectó dos principios fundamentales en torno al matrimonio. Al admitir la Constitución que toda “persona” puede decidir acerca de la procreación, sin ninguna referencia al matrimonio, admite implícitamente que el matrimonio no es, como decía la *Espístola* de Melchor Ocampo, “la única forma moral de fundar una familia”, puesto que cualquier “persona”, independientemente de que sea cónyuge o concubino, tiene derecho a decidir sobre la procreación. [Este derecho] también vulnera, sin decirlo, el principio de que la procreación es uno de los fines naturales del matrimonio y de que cualquier condición o pacto contra él sería nulo. Cuando se admite que los cónyuges deciden libremente acerca del número y espaciamiento de los hijos parece admitirse que pueden decidir no tener hijos [...]

Es necesario decir que la reforma al artículo 4 constitucional, Adame Goddard la incluye en el capítulo intitulado “El régimen postmoderno (1974-2000)” de su libro (*op. cit.*, nota 21, pp. 83-84).

Ahora, en sentido estricto, lo sorprendente no es sólo que no menciona el derecho a decidir el número de hijos, sino que no menciona ningún derecho fundamental, particularmente en lo que concierne a la integridad corporal y libertad sexual de las personas (o, si nos vemos muy creativas, el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres). En 1994, ya existía, además del derecho a decidir el número de hijos, el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer ante la ley. También, ya estaba ratificada la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.¹⁰⁵ La Sala contaba con varios instrumentos jurídicos con rango superior a las leyes estatales –como lo son la Constitución y los tratados internacionales– que le permitían llegar a otra solución para el caso.

Pero, no: el único “derecho” al que refirió la Sala es el del débito carnal, mismo que se deriva del matrimonio, regulado en los códigos civiles y no en la Constitución. Bastaba, para la Sala, conectar artículos (unos de una entidad federativa, otros de otra; unos pertenecientes a códigos penales, otros a códigos civiles) para explicar lo obvio: que el no significa sí al interior del matrimonio. Valga la cita del libro *King Kong Theory* de Virginie Despentes para enfatizar un último punto en relación a esto:

En nuestra cultura, el testimonio de una mujer acusando a un hombre de violación siempre ha sido cuestionado sistemáticamente, desde la Biblia y la historia de José en Egipto en adelante. Pero terminé aceptando que sí ocurre todo el tiempo. Es un acto generalizado que ocurre en todas las clases, todas las edades, todos los niveles de belleza e incluso todas las personalidades. ¿Cómo, entonces, podemos explicar el hecho de que rara vez escuchamos el otro lado de la historia? ¿“Violé a tal y tal, en este día, bajo estas circunstancias”? Porque los hombres

¹⁰⁵ La Convención Belém do Pará no fue ratificada sino hasta el 12 de noviembre de 1998.

siguen haciendo lo que las mujeres aprendieron a hacer hace siglos: llamarlo algo más, utilizar eufemismos, embellecerlo, pero por encima de todo, no usar esa palabra para describir lo que han hecho. Tal vez la “empujaron un poquito”, o “la cagaron un poquito”, tal vez ella estaba “demasiado borracha”, o tal vez era una ninfómana haciéndose la difícil. Si terminó sucediendo, es porque la mujer debió, en algún nivel, consentir. Qué importa si tuvieron que golpearla, amenazarla, si varios tipos la tuvieron que sujetar, qué importa que estaba llorando antes, durante y después. En la mayoría de los casos, los violadores llegan a un acuerdo con sus conciencias: que no hubo una violación, sólo una putita que no sabía lo que quería y a la que había que persuadir un poquito nada más. [...]

Para ser llamado un violador hay que ser un psicópata total que acaba en la cárcel, un violador en serie que corta los coños con botellas rotas, un pedófilo que ataca niñas chiquitas. Porque los hombres condenan la violación y detestan a los violadores. Lo que ellos hacen siempre es algo más.¹⁰⁶

Esta cita me parece fundamental porque ayuda a ver cómo lo que hace la Corte es eso: llamar a algo que es –violación– algo que no es –ejercicio indebido de un derecho–. Lo que tenemos es el respaldo estatal al encubrimiento de la violencia en contra de la mujer. ¿Por qué es tan fácil ver a la violencia como algo ajeno, a pesar de que las estadísticas¹⁰⁷ demuestran que ocurre todos los días, en todos los

¹⁰⁶ Despentès, Virginie, *King Kong Theory*, First Feminist Press Edition, EUA, 2006, pp. 33-34 (la traducción es mía).

¹⁰⁷ Según un estudio del perfil de los internos por el delito de violación en el Sistema Penitenciario de la Ciudad de México, al 2005, el 99.68% de los delitos sexuales eran cometidos por hombres, el resto por mujeres. El 63% de los delitos sexuales son de violación, en sus distintas modalidades (de los 2,229 delitos, sólo 8 fueron cometidos por mujeres). De una muestra de 400 de estos casos, en el 70.25% de ellos la víctima tenía una relación con el agresor; en el 23.5% se trató de un familiar directo, en el 16% un familiar indirecto, y en el 30.75% de un conocido. (Para más datos, véase Ruiz Ortega, Antonio, “Estudio comparativo del perfil de los internos

espacios –sobre todo en el hogar? Porque eso no es violencia. Es algo más. En este caso: es el ejercicio indebido de algo a lo que se tenía derecho a hacer. Si se quiere un ejemplo de violencia institucional, creo que la resolución de la Sala es uno de los grandes ejemplos para ello: ¡qué manera de validar la violencia conyugal!¹⁰⁸

por el delito de violación en el sistema penitenciario de la Ciudad de México”, disponible en: <http://bit.ly/kYwnLx>.) Según *UN Women*, una de cada tres mujeres en el mundo ha sido golpeada, violada o abusada en algún punto en su vida, por lo general, por alguien conocido. La mitad de las mujeres que son asesinadas, lo son por sus cónyuges o ex cónyuge o pareja. Y, en general, las mujeres están en mayor riesgo de sus conocidos, que de extraños (en la calle). Al que más hay que temerle es al marido. Con sentencias como ésta, la razón es obvia: son los que gozan de una mayor protección jurídica y social. Para más cifras, véase “Violencia contra las mujeres – Datos y cifras”, UN Women; y el documento del Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia Contra la Mujer del 2008. El primero está disponible en: <http://bit.ly/iiAuuO> El segundo está disponible en: <http://bit.ly/IUsFtE>

¹⁰⁸ Por cierto, una de las grandes diferencias que debe notarse entre la sentencia de 2005 –la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005– y la de 1994 – Contradicción de Tesis 5/92– está en los hechos que les dieron origen y el papel que juegan en las mismas sentencias. En 1994, las personas de carne y hueso prácticamente no aparecen, con excepción de cuando el Tercer Tribunal Colegiado justifica la “copulación violenta” del esposo a la esposa (“es comprensible que después de una prolongada vida en común aquél tuviera el deseo de copular con quien aún era su esposa”). El debate en la sentencia de 1994 fue abstracto, sin tomar en consideración los efectos que podría tener en la práctica o los hechos con los que estaban lidiando. En el 2005, en cambio, lo primero que se encuentra en la sentencia es la *tragedia* que inició todo el procedimiento penal y generó el cuestionamiento de la jurisprudencia de la Sala.¹⁰⁸ Las sentencias, en general, contienen los antecedentes y los argumentos de las partes; pero el cómo y qué tanto se incluyen los hechos depende de cada juez o tribunal. Así, en esta ocasión parece que se le quiere dar *voz* a la víctima y *visibilizar* la violencia contra las mujeres (así como las consecuencias de adoptar ciertos criterios). Aunque el tema de esta tesis no es *en sí* la violencia al interior del matrimonio o el hogar, me parece importante señalar que este tipo de detalles –el papel de los hechos en las sentencias que se publican– son dignos de un análisis posterior.

Por último, vale mencionar que ya existían diversas tesis de la misma Primera Sala en las que determinaba que el carácter del “sujeto pasivo” era irrelevante para efectos del delito de violación.¹⁰⁹ Más aún, tenía una tesis en la que establecía que el “ser casada o ser soltera” no importaba para configurar este delito. La Sala protegía, expresamente, a las esposas. Con la Contradicción de Tesis 5/92, sin embargo, realizó un matiz (por decir lo menos): sí, las esposas están protegidas de todos... menos de sus esposos. En otras palabras: las *putas* están más protegidas que las *esposas* de la violencia sexual.¹¹⁰

2. La Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005

El 16 de noviembre de 2005, once años después de la Contradicción de Tesis 5/92, la Primera Sala de la Corte volvió a enfrentarse al tema. Esta vez a partir de la solicitud del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito de modificar las conclusiones a las que llegó en 1994. En este sentido, la presente resolución es, literalmente, una revisión de la anterior.

Para el Segundo Tribunal Colegiado, era necesario que la Corte modificara su criterio por múltiples razones. Para empezar, argumentaba que, al considerar la historia de la tipificación del delito de “ejercicio indebido de un derecho”, podía verse que el “derecho” al que la regulación refería estaba “generalmente vinculado con la figura de la propiedad y los tradicionales atributos de ésta, que históricamente

¹⁰⁹ Véase la nota al pie 97.

¹¹⁰ Juego, obviamente, con la dicotomía entre la virgen y la puta. No creo, por un momento, que las prostitutas o trabajadoras sexuales sean inferiores o deban estar peor paradas jurídicamente que las esposas (o vírgenes o monjas o cualquier otro arquetipo de mujer que exista). Pero sí busco resaltar el efecto de una política en un contexto en el que se supone que se exalta a la esposa y se menosprecia a la prostituta.

se reconocían a favor del dueño de una casa”.¹¹¹ Así, utilizar esta figura para conceptualizar la violación entre cónyuges y “dada la peculiaridad de que una cópula normal sólo puede ser impuesta por el hombre a la mujer y no a la inversa”, resultaría que lo que se genera es “un derecho semejante al de la propiedad”, que tiene, como uno de sus atributos, “el supuesto derecho de abusar de lo propio”. Para este Tribunal, el fallo de la Sala equipara a la mujer a la propiedad y le otorga al hombre el derecho a abusar de ella.¹¹²

Por si lo anterior no fuera suficiente (¿qué teoría de los derechos fundamentales admitiría que una persona quede reducida a una cosa?), desde la “perspectiva de la dogmática jurídico penal” y “conforme a la teoría del delito”, continúa el Segundo Tribunal Colegiado, utilizar la figura del “ejercicio indebido de un derecho” es también criticable.

Cuando la conducta de un varón encuadra de manera exacta en la descripción típica de la violación, es porque se está en presencia de un injusto típico en el que se constata la afectación al bien jurídico protegido que [...] es la libertad sexual que incide en el precepto integral de libertad y que participa del carácter de derecho fundamental del ser humano, sin admitir distinción alguna y menos por razón de género.

Con base en lo anterior, resulta evidente para el Tribunal Colegiado que el delito que debe aplicarse es el de violación –que tutela la libertad sexual– y no el de ejercicio indebido de un derecho. Además, conforme al principio “la ley especial deroga a la ley general”, también debe aplicarse el delito de violación ya que lidia, de manera específica, con lo acontecido. Al final, el Segundo Tribunal Colegiado remata:

¹¹¹ Desde ahí, lo que se buscaba sancionar con este tipo es el comportamiento “de aquél que ejercita su propio derecho con el solo propósito de perjudicar a un tercero”.

¹¹² Esto, para el Tribunal, es inequitativo porque aunque se afirma que el débito carnal existe para ambos cónyuges, dada la “naturaleza” de la cópula, sólo existe en la realidad para uno: el hombre.

sostener que se trata del ejercicio (debido o indebido) de un derecho implicaría que el esposo puede (o, más bien, debe) acudir con un juez para obligarla a copular lo cual, obviamente, es insostenible.

Para concluir, aborda lo relativo al matrimonio:

Si bien se reconoce que actualmente bajo el enfoque contractualista del matrimonio, nuestra legislación y la doctrina consideran como uno de los fines del matrimonio la procreación, así como una de sus consecuencias el débito carnal y la mutua fidelidad entre los contrayentes, y que con ello, se acota su libertad sexual [...] de ello no se sigue que desaparezca su libertad de negarse en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia a la cópula con el cónyuge, al margen de que si tal negativa resulta injustificada pueda este último hacerla valer para obtener la disolución del matrimonio. Sostener lo contrario nos retrotraería a la concepción del matrimonio en la que a la mujer se le considera como un objeto, que el varón adquiere en propiedad, teniendo sobre ella un poder absoluto e ilimitado, y desconocer la naturaleza sublime y consensual que debe tener toda unión sexual entre marido y mujer. Esto es, la libertad de decidir no copular con persona alguna, no se pierde con el matrimonio con respecto al marido, pues éste no se excluye del total universo de varones, en relación con quienes la mujer puede siempre decidir no tener cópula. Y si bien, cuando este rechazo se trata del cónyuge, y puede significarse como una ofensa e incumplimiento de lo pactado, ello no trae otra consecuencia que el derecho del agraviado a pedir la disolución del vínculo matrimonial.

Para el Segundo Tribunal Colegiado, el matrimonio se tiene que someter a las libertades y derechos fundamentales y no al revés. Así, sin importar cómo esté construida la “institución”, debe respetarse –en este caso– la libertad “de no copular” y debe atenderse a las desigualdades (en los hechos y no sólo en las normas) para subsanarlas. Bien lo resume: “[el criterio de la Sala] difícilmente

podría ser congruente con las crecientes demandas de un mayor reconocimiento a las necesidades de justicia e igualdad, destacando [...] el inhibir toda clase de discriminación por razones de género”.¹¹³

La respuesta de la Primera Sala al planteamiento del Segundo Tribunal Colegiado es bastante corta y sencilla: el gran cambio entre su argumentación en esta ocasión y la de 1994 se centra en acotarse al Código de Defensa Social de Puebla, en lugar de recurrir al Código Penal del Distrito Federal. Después de revisar la legislación de Puebla –tanto la penal, como la civil– la Sala llega a la conclusión de que no existe una excepción a los cónyuges en el delito de violación.¹¹⁴ Esta postura se asemeja a la del Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito en la Contradicción de Tesis 5/92: ahí donde la ley no distingue, el juzgador no tiene por qué distinguir.

En algún momento de su resolución, sin embargo, la Sala recurre a la Constitución para justificar la ausencia de una excepción y, más importante aún, para interpretar la definición que concibe al matrimonio como un contrato civil por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie:

si [se] establece como uno de los fines primordiales del matrimonio la procreación de la especie, ello no puede interpretarse como que cualquiera de los cónyuges pueda obligar al otro a acceder al acto carnal so pretexto que el ayuntamiento tiene como finalidad cumplir con dicho fin, pues por encima del mismo, existe el derecho de la persona de pronunciarse con la

¹¹³ Para el 2005, la Convención de Belém do Pará ya estaba ratificada por México y en su artículo 2 establece que la violencia (física, sexual y psicológica) contra la mujer es la “que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal...” Con todo, ni el Tribunal Colegiado, ni la Sala la utilizaron como herramienta interpretativa.

¹¹⁴ La votación fue unánime. Los Ministros eran, en ese entonces: José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio Valls Hernández, Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas (de Presidenta y Ponente).

más estricta libertad, no sólo respecto a su libertad sexual y a la libre disposición de su cuerpo, sino también al hecho mismo de determinar el momento en que habrá de procurarse la perpetuación de la especie. Ello es un derecho fundamental consagrado en el párrafo segundo del artículo 4 de la Constitución.

Aquí hay un cambio sustantivo en la argumentación de la Sala: más allá de lo que determinen los códigos civiles y, más allá de la lógica que informa al matrimonio, existe un derecho fundamental del cual se derivan la libertad sexual, la libre disposición del cuerpo y, valga la obviedad, la libertad de determinar “en qué momento habrá de procurarse la perpetuación de la especie”. Con estos párrafos, la Sala le dio piso constitucional expreso a “la libertad de no copular” del Segundo Tribunal Colegiado y a la “libertad sexual” de éste y el Primer Tribunal Colegiado (de la Contradicción de Tesis 5/92). Claro, con este párrafo la Sala también derrocó constitucionalmente el débito carnal y delimitó, enormemente, la interpretación del fin procreativo del matrimonio.¹¹⁵

Tristemente, después de este ligero cambio en su interpretación constitucional, la Sala se vuelve a replugar y continúa analizando la

¹¹⁵ Son varios los puntos que *no* aborda, de manera explícita, la Sala. Por el tipo de problema que se le planteó, por ejemplo, no responde qué pasa con el sexo *no* reproductivo o con la reproducción *no* sexual al interior del matrimonio; sólo tiene en mente el *sexo para procrear* o la *reproducción a través del sexo* (al final, lo que construye es el derecho a decirle *no* al sexo *reproductivo* o no a la *reproducción sexual*). Por otra parte, y esta precisión se la debo a Alejandro Madrazo, tampoco señala si la reproducción *ha o no* de llevarse a cabo. La Primera Sala *asume* que sí se va a llevar a cabo; la decisión de los cónyuges sólo estriba en decidir *cuándo*. En un inicio pensé que el *negarse* a la reproducción por completo iba implícito en el derecho que aquí construye la Sala a decir que *no*; pero, conociendo la forma en la que se argumenta por preservar la “institución del matrimonio”, sí es importante que se explicita que una no sólo tiene derecho a decidir *cuándo* se reproduce, sino si sí se reproduce o no.

jurisprudencia a la luz de la legislación de Puebla sólo para concluir que cualquier otra regulación similar, puede interpretarse de esta forma. Esto implica que lo que ocurra bajo códigos que no son similares a los poblanos, no será juzgado bajo este criterio (o sea, dejó la posibilidad abierta para que en entidades que tuvieran un regulación similar a la que tenía el Distrito Federal, se siguiera resolviendo el problema desde el ejercicio indebido de un derecho y no desde la violación). Aún así, y quizá a su pesar, el giro en la interpretación constitucional está dado.¹¹⁶

¹¹⁶ Adame Goddard también repasa el impacto que tuvo la tipificación de la violación entre cónyuges en el matrimonio. Cito primero el párrafo, para después hacer mi comentario a él:

La tipificación de esta conducta como “violación” implica un cambio en la concepción de las obligaciones de los cónyuges. Anteriormente no se hablaba de violación entre cónyuges porque pesaba la idea de que los cónyuges, por mero efecto de la voluntad matrimonial, daban su consentimiento a actos necesarios para la procreación, es decir, a la relación conyugal y por lo tanto, estaban obligados a prestarla cuando el otro lo solicitara ([esto era...] el “débito conyugal”), por lo que nunca la relación entre cónyuges era sin el consentimiento virtual o tácito de ambos, dado en el mismo momento de contraer matrimonio. Ahora, al no tenerse claramente la procreación como un fin natural del matrimonio, no se puede entender que los cónyuges tengan algún derecho sobre el cuerpo del otro ni que la relación conyugal sea un deber y pueda hablarse de violación conyugal.

Adame Goddard, *op. cit.*, nota 21, pp. 88-89. Este párrafo me interesa porque señala cómo la lógica del matrimonio se modifica, *no por la Constitución*, sino por cambios al Código Penal. Pero evidencia cómo opera el método teleológico-conceptual: a partir del fin, se busca derivar los derechos y obligaciones. Cuando el *fin* de la institución cambia, los derechos y obligaciones cambian también. El propósito principal del presente trabajo es demostrar que los cambios al matrimonio tienen *piso constitucional* (que la tipificación de la violación entre cónyuges, la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, el divorcio unilateral y sin causales, la posibilidad de que personas transexuales se casen, etcétera tienen un fundamento constitucional sólido), pero también me interesa señalar precisamente esta forma de

3. Recapitulación

En este capítulo se analizaron dos sentencias, ambas de la Primera Sala de la Corte y ambas sobre el mismo tema: la violación al interior de un matrimonio. En la primera, decidida en 1994, la Corte determinó que si el sexo impuesto por un cónyuge al otro era potencialmente procreativo, el delito que se configuraba no era el de violación, sino el de ejercicio indebido de un derecho. Para la Corte, del fin procreativo del matrimonio se derivaba un derecho para los cónyuges: el derecho a disponer del cuerpo del otro. Lo único que podía reprochárseles era la violencia con la que lo ejercían –de ahí que sí se colmaba un tipo penal–, mas no su ejercicio en sí. El derecho a poseer al otro existía, como Santo Tomás bien lo determinó.

Este fallo es importante para el presente trabajo porque demuestra la utilización por parte de la Corte del método teleológico-conceptual para resolver el problema. La pregunta que se plantea es: ¿cuál es el fin del matrimonio? Atendiendo al fin de esta institución, deriva los derechos y obligaciones de las partes. A partir de lo que se tiene derecho o no de acuerdo a la lógica del matrimonio, es que se resuelve el problema. En ningún momento aparece la Constitución en su razonamiento –sus principios o derechos–, tampoco aparecen los tratados en materia de derechos fundamentales que pudieron haber servido para resolver el caso. El ejercicio es uno que atiende exclusivamente a la legislación secundaria (al Código Penal y al Código Civil) y a la teleología del matrimonio. Los efectos que esto tiene en la vida de las personas tampoco entra en juego. Si el razonamiento de la Corte permite que persista, en algún grado, la violencia o no, es irrelevante. Lo importante es preservar la coherencia del matrimonio, más que la integridad de las personas.

pensamiento y cómo se altera cuando empiezan a meterse o a quitarse elementos claves al régimen matrimonial.

Lo que puede observarse en el segundo fallo –decidido once años después–, sin embargo, es un cambio importante para efectos del régimen matrimonial: por primera vez, la Primera Sala de la Corte somete al matrimonio a la Constitución y no esta última a la institución civil. Como consecuencia de esta inversión de preeminencia de un orden jurídico sobre otro, y con base en el artículo 4, párrafo segundo, de la Constitución, la Corte explícitamente establece la existencia de los derechos fundamentales a la libertad sexual, la libre disposición del cuerpo y la libertad de decidir cuándo procrear, y con ellos acota el alcance del fin procreativo del matrimonio. La lógica se invierte: ya no es el matrimonio el que acota la libertad sexual, sino la libertad sexual la que acota el fin del matrimonio.

La Sala sostiene que aunque el matrimonio tiene como fin la reproducción, ello no significa que ésta puede ser impuesta: debe ser elegida. Y no, la elección no se agota al momento en el que se contrae matrimonio; ese “sí” no es suficiente para someter a la persona por siempre al fin reproductivo. Cada día, en cada momento, en cada encuentro sexual se tiene que aceptar la reproducción. Más importante aún: cada persona al interior de la relación tiene que desear la reproducción. Basta el “no” de una de los dos para que todo se detenga. La regla de San Agustín se invierte: antes, si no se contaba con la aprobación del cónyuge, una no podía abstenerse; ahora, si no se cuenta con la aprobación del cónyuge, uno no puede aprovecharse. El débito carnal queda destruido: *nadie tiene ya poder sobre el cuerpo del otro*.

En el fondo, lo que podemos ver es un cambio radical en la metodología jurídica utilizada por quienes imparten justicia. Una vez que se incorporan los derechos fundamentales al juego, el razonamiento teológico-conceptual queda interrumpido absolutamente: preguntar por el fin del matrimonio de nada sirve puesto que primero y antes que nada una se tiene que preguntar por los derechos. ¿Qué derechos están en juego en un caso? ¿Cuál es el contenido y alcance de

los mismos? Una vez determinado lo anterior, ya procede el análisis de la figura legal en concreto: ¿respeto, protege o garantiza esos derechos? ¿Los violenta? ¿En qué punto? ¿En qué forma?

Lo que se termina generando, en este caso, es una deconstrucción del matrimonio. A partir de un razonamiento constitucional, se comienza a desfigurar. En esta ocasión, la pieza que se sustrajo fue la de la reproducción-heterosexual. Si se quiere proceder al “acto carnal” con fines procreativos, es porque, en ese momento, en esa circunstancia se eligió.

Como vimos, aquí aparece por primera vez la interpretación del derecho a decidir como un derecho que se ejerce individualmente. Cabe la pregunta: si una, dentro del matrimonio, le puede decir que no al “coito” (reproductivo), ¿puede también decir que no al “ser madre”? Esto es lo que veremos a continuación.

*Aparentemente, tratándose del aborto, el sentido del humor no existe.
Razón por la cual no aparece aquí un cómic que explique,
de manera irónica, el quid del asunto.
Lo siento.*

CAPÍTULO III.

MADRE ES LA QUE QUIERE SERLO

En este capítulo se analizarán la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, resueltas por el Pleno de la Corte el 28 de agosto de 2008. En este caso, la Corte fue convocada a resolver sobre la constitucionalidad de diversas reformas a ordenamientos del Distrito Federal que tuvieron por objeto despenalizar la interrupción del embarazo en el primer trimestre y establecerlo como un servicio a ser prestado, gratuitamente, por las autoridades sanitarias. Se trata de una sentencia importante porque decide sobre una cuestión fundamental: el alcance del derecho a ser madre o padre en general, pero más importante aún, cuando se está en una relación, como el matrimonio.

La primera parte de este Capítulo está dedicada a repasar la relación entre el aborto y el matrimonio. Para ejemplificar el punto de partida, se hará referencia a la regulación que existía en el Distrito Federal antes de la reforma del año 2000 al Código Penal de esa entidad federativa (CPDF). Después, en un segundo apartado se explicarán de manera muy puntual las reformas a la Ley de Salud (LS) y al CPDF en el 2007 con las que se despenalizó al aborto antes de la doceava semana de gestación y se configuró a la interrupción legal del embarazo como un servicio a prestarse por el gobierno. En un tercer apartado, se expondrán los argumentos que esgrimió la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en contra de la reforma. Dado que esta tesis se centra en el matrimonio, sólo me enfocaré en el concepto de violación de la CNDH que alega que la reforma viola los artículos 1 y 4 de la Constitución; esto es, que viola el “derecho a la procreación” y a la igualdad de los hombres respecto de las mujeres, ya que éstos no participan en la decisión sobre la terminación del

embarazo. Finalmente, se analizará la respuesta que dio la Corte al problema.

1. La no reproducción y el matrimonio

En muchos sentidos, la historia de la posibilidad de decirle “no” a la procreación es similar a la de decirle “no” a la cópula: es reciente. Hasta hace muy poco, la reproducción era la norma. ¿Su ausencia? La gran, gran excepción.

Como vimos en el Capítulo I, la reproducción era considerada uno de los fines de la institución del matrimonio (junto con la crianza y la educación de los hijos y la asistencia mutua entre los cónyuges). De ello –siguiendo al método teleológico-conceptual– se derivaba que la reproducción a) siempre debía buscarse y b) nunca podía impedirse.

Desde aquí puede entenderse el que la “impotencia para la cópula” se considerara un impedimento para contraer matrimonio. Si se es incapaz de copular y, por lo tanto, de procrear, no se puede cumplir con el fin de esta institución. Desde aquí también se entendía la imposibilidad de que una pareja del mismo sexo pactara este acuerdo. Para entrar a esta institución, era necesario tener la capacidad de engendrar. Dada la época en la fue diseñada, no sorprende que esa capacidad se concibiera como exclusivamente (hetero)sexual: la inseminación artificial, la subrogación de úteros, la donación de esperma... eran impensables. La única forma de producir una persona era uniendo al pene con la vagina. Todas las otras formas eran inimaginables (hoy en día, supongo para esta postura, serían inaceptables).

Por otro lado, la procreación no sólo debía buscarse, sino que no podía impedirse. En este punto, San Agustín fue muy explícito, como vimos: para que una relación sea considerada un matrimonio, los cónyuges no pueden evitar “la procreación, ya sea porque no desean

tener hijos o porque actúan de forma maliciosa para prevenir que los hijos nazcan.”¹¹⁷

Este punto, en la historia del matrimonio en México, es muy interesante porque rara vez –si es que alguna– la legislación contemplaba la posibilidad de impedir la procreación. La única excepción era el caso del aborto, el único “no” que el sistema era capaz de concebir.¹¹⁸ Lo que teníamos era un sistema que *mandataba* la reproducción al interior del matrimonio; que consideraba a la impotencia para la cópula como un impedimento para pactar el matrimonio (bajo el pretexto de que si se es incapaz de copular se es incapaz de concebir); y que penalizaba el aborto. ¿Qué ocurría si, por ejemplo, la mujer ingería pastillas anti-conceptivas sin la aprobación del marido? ¿Si éste se hacía una vasectomía sin el consentimiento de aquélla? Claramente, si utilizamos el método teleológico-conceptual llegaríamos a la conclusión de que estos dos escenarios implican la violación al pacto matrimonial. Si se consintió a la procreación, los cónyuges no pueden retractarse. Lo que no queda claro, al menos no en el sistema jurídico mexicano, son las consecuencias normativas *reales* de estos escenarios. ¿Un cónyuge podría acudir a juicio para conseguir una sentencia que decrete que el otro ya no debe utilizar anti-conceptivos? ¿Si uno de los cónyuges se rehusa a procrear, se incurre en una *culpa* que activa el mecanismo del divorcio necesario? ¿Son

¹¹⁷ San Agustín, *op. cit.*, nota 58, p. 74.

¹¹⁸ No me sorprende que el factor tecnológico tenga mucho que ver con la regulación. Esto es: mucho de lo que ha ocurrido en la materia reproductiva en las últimas décadas es, en parte, posible por los avances tecnológicos. La pastilla anti-conceptiva, la pastilla del día siguiente, el condón de latex y muchos otros métodos anti-conceptivos son recientes. ¿Qué sentido tenía contemplar todas estas situaciones si eran *imposibles*? Sería tan ridículo como hablar de la inseminación artificial o la subrogación de úteros es un mundo en el que es tecnológicamente imposible. Ello no implica que el método teleológico-conceptual no sería capaz de darle solución a estos problemas (la respuesta evidentemente sería un gran *no* a todo), sino que la legislación no vio la necesidad de contemplarlos explícitamente.

acreedores de una sanción penal? ¿De una multa civil? Lo que tenemos, de nuevo, es el silencio *legislativo* en todo, con excepción del aborto, caso que vale la pena revisar.

En el Código Penal del Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el aborto estaba definido como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (artículo 329). En el artículo 332, se establecía lo siguiente:

ARTICULO 332.- Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

Si alguien quisiera encontrar una consecuencia de abortar cuando se está casada, el artículo 332 del Código Penal vigente todavía en 1999 en el Distrito Federal¹¹⁹ es un gran ejemplo de ello. Este artículo establece las penas que recaerán sobre la madre –no la mujer, sino la madre (por si a alguien le interesan los estereotipos de género)– en caso de abortar. Determina que si ella no tiene mala fama, logró ocultar su embarazo y éste no es fruto de una unión legítima –entiéndase: no es fruto de un matrimonio– la sentencia será entre seis meses y un año de prisión. Si falta alguna de estas circunstancias, la pena aumenta de uno a cinco años. Si tomamos la pena como un

¹¹⁹ Hoy en día, un artículo casi idéntico existe en los Códigos Penales de Campeche, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Tamaulipas, Zacatecas, Yucatán y en el Código Penal Federal. Esto es: *nueve de treinta y tres jurisdicciones* siguen reduciendo la pena a las mujeres que abortan productos que *no* son de un matrimonio.

estándar de qué tanto le importa algo al legislador, es claro que es menos grave abortar el producto de una unión ilegítima (una unión libre, una noche de copas, un noviazgo, etcétera) que abortar al producto de un matrimonio. Aquí es cuando la esposa y la madre son una y la misma cosa (ambas, por cierto, anulando a la mujer): si la mujer se embarazó de su esposo, más le vale que lleve el embarazo a término. La Familia –legítima– está de por medio.

2. La despenalización del aborto

La reforma que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó a la LS y CPDF en el 2007, en materia de aborto, no tiene paralelo en el país. Es, a la fecha, la única jurisdicción en la que la interrupción del embarazo en el primer trimestre no está penalizada. Por si eso fuera poco, el procedimiento para interrumpir el embarazo es un servicio prestado por el Estado: todas las mujeres, incluso las que cuentan con un seguro médico privado, tienen derecho a acceder a él en forma gratuita. Por último, las razones detrás de la decisión de las mujeres de interrumpir su embarazo son irrelevantes para efectos del ejercicio del derecho: si lo quieren hacer porque fue producto de una violación, porque no tendrán los medios para mantenerlo o porque simplemente no quieren ser madres, esas son sus razones y las de nadie más.

Después de la doceava semana, la interrupción del embarazo ya es aborto. Con todo, existen diversas causales de exclusión de responsabilidad para este delito (esto es: si concurren estas circunstancias, no se considera que se cometió un delito),¹²⁰ como las

¹²⁰ Es importante distinguir entre excluir de responsabilidad (esto es, considerar que la conducta *no* fue un delito) y que una conducta no sea punible (esto es, que aunque sí se considera que se cometió un delito, no se sanciona el acto). Valga recordar que esta distinción fue fundamental para el fallo de la Suprema Corte de 2002 en materia de aborto (la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000): en aquella ocasión, la Corte validó una reforma que adicionó una causal de no-punibilidad en el Distrito Federal

siguientes: cuando el embarazo es resultado de una violación o inseminación artificial para la cual no se consintió; cuando la salud de la mujer esté en riesgo en caso de que no se practique el aborto; cuando el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; y cuando el aborto es resultado de una conducta culposa de la mujer. En este sentido, el Distrito Federal sigue siendo una de las jurisdicciones más laxas en esta materia.¹²¹ Por último, valga señalar que tanto el CPDF, como la LS redefinieron al embarazo como “la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. Ello es importante porque la utilización de anti-concepción de emergencia no implica una interrupción del embarazo.

Es importante señalar que la reforma no previó ninguna excepción al delito de aborto para las cónyuges o concubinas. Cualquier mujer en el Distrito Federal puede acceder a la interrupción del embarazo, sin distinción. La decisión depende sólo de ella; ni la pareja, el marido, el Ministerio Público, ni los médicos tienen el derecho a intervenir en la misma.

3. Los argumentos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

Las reformas fueron impugnadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, a través de acciones de inconstitucionalidad independientes. Cada una esgrimió una multiplicidad de conceptos de violación en contra de la reforma; sin embargo, como se mencionó, para efectos de esta tesis sólo se pondrá atención a uno.

porque, aunque no sancionaba a la mujer, seguía enviando el mensaje de que lo que hizo estaba mal.

¹²¹ Véase Madrazo, Alejandro, “The evolution of Mexico City’s abortion laws: From public morality to women’s autonomy”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2009; Vela, Estefanía, “Current Abortion Regulation in Mexico”, CIDE, *Documento de trabajo*, núm. 50, diciembre 2010, p. 10.

La CNDH impugnó la reforma descrita porque violentaba el derecho a la igualdad y el “derecho a la procreación” de los hombres respecto de las mujeres en relación con la decisión de interrumpir el embarazo. Este concepto de violación depende del concepto del derecho a la procreación que la CNDH esgrime en las primeras páginas de su demanda.¹²²

Gran parte del argumento de la CNDH recae sobre su interpretación del derecho de toda persona a decidir el número y espaciamiento de los hijos (artículo 4, párrafo segundo de la Constitución). El trabajo que realiza sobre él es importante porque implica, básicamente, desarticular la posición que ve en esta norma constitucional un derecho de la mujer a decidir sobre su embarazo. Para la CNDH, ¿qué implica el “derecho a la procreación” consagrado en el artículo 4 de la Constitución?¹²³

Este derecho fundamental de procreación es libre, en cuanto que el Estado no puede ejercer coacción en su ejercicio; responsable porque si el progenitor se ve en la imposibilidad de dar los beneficios mínimos de subsistencia a su hijo debe *abstenerse de procrear* y es informado porque el estado debe proporcionar la mayor información para el ejercicio responsable de este derecho, en atención a la planeación familiar.

El derecho a la procreación es, ciertamente, un derecho individual sobre todo bajo la consideración que a nadie puede

¹²² Demanda de Acción de Inconstitucionalidad presentada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 24 de mayo de 2007, disponible en: <http://bit.ly/dhkf6n>

¹²³ Para un análisis mucho más completo de la interpretación del artículo 4, párrafo segundo que han realizado quienes se encuentran a favor del derecho a la vida desde la concepción y en contra de la interrupción legal del embarazo, véase Madrazo, Alejandro, “El derecho a decidir o el derecho a la procreación”, *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Marcelo Alegre, et al. (eds.), 1ª edición, Buenos Aires, Librería, 2010, pp. 161-180; disponible en: <http://bit.ly/hIqk8Y>

obligársele a procrear. Queda dentro del tanto, frente a esta libertad hay que subrayar la abstención del Estado, en cuanto que no puede obligar a los individuos a que ejerzan o no su derecho a la procreación.

Ahora bien, hay que reconocer que este derecho individual es de ejercicio conjunto o en pareja, pues uno sólo, por más que se quiera, no puede procrear. En los casos tradicionales, se requiere de la voluntad de dos personas, de la unión del ejercicio de su derecho de procreación.

Así, ejercido el derecho a la procreación, dentro del ámbito de libertad sexual de cada persona, éste debe considerarse siempre en sentido positivo, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse, lo que es contradictorio. Al ejercerse el derecho de procreación se está tomando la decisión de procrear y esta es una situación que debe privilegiarse constitucionalmente lo más posible. No se ejerce la libertad sexual —en su faceta de procreación— para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces puede llegarse al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona. Ejercido el derecho, entonces, las normas actúan como consecuencia de la procreación, estableciendo derechos y obligaciones, tanto para los progenitores como para el Estado.

Por lo anterior, sostener como derecho fundamental de las mujeres la autodeterminación sobre su cuerpo, a fin de justificar la interrupción del embarazo no es del todo correcto. Esta autodeterminación, de querer ubicársele correctamente, la encontramos antes del ejercicio del derecho a la procreación. Alguien puede disponer de su cuerpo antes de haber ejercido el derecho a la procreación, lo cual es aceptable, pues hay que reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquélla fácilmente disponer sobre su propia sexualidad e integridad, en cuanto que esta conducta es un acto que la ley no prohíbe.

Creo que el razonamiento de la CNDH es bastante claro. La libertad reproductiva se agota al realizar un acto que tiene como un *posible* resultado la procreación. Él refiere exclusivamente a la libertad sexual “en su faceta reproductiva”, por lo que se puede derivar que tiene en mente el sexo heterosexual vaginal. Entonces, la libertad reproductiva se agota en esta decisión: abstenerse de tener relaciones heterosexuales vaginales o tenerlas. Una vez que se tienen, se debe de aceptar el resultado.

Digamos que de la misma forma en la que, una vez pactado el matrimonio, las partes deben de asumir las consecuencias, sin poder alegar que no sabían cuáles eran porque la definición del matrimonio las implica, acá las partes deben asumir las posibles consecuencias de tener sexo heterosexual vaginal. La estructura de pensamiento es exactamente la misma. ¿Cuáles son esas obligaciones? Es evidente: *no* impedir la procreación. ¿Cuáles son los derechos? Poder exigir que *otros* no impidan la procreación.

Desde aquí: ¿quiénes son los titulares del “derecho a la procreación”? Las dos personas involucradas en el acto que puede tener como resultado una vida: el hombre y la mujer. Él no puede impedirle ser madre; ella no puede impedirle ser padre; el Estado no puede impedirle a ninguno de los dos ser progenitores. Desde aquí es que el derecho a la procreación no puede implicar el derecho de la mujer a abortar. Porque es un derecho para procrear, no para desprocrear, en la lógica de la CNDH.

Desde aquí, ya no sorprende su concepto de violación. Para reforzar su argumentación, cita diversos fragmentos de la exposición de motivos y los dictámenes de la reforma constitucional de 1974, en donde se hace referencia a la decisión de la pareja de tener hijos. Con ello, arguye que:

No es admisible que uno sólo de los progenitores, como se pretende con la reforma a los preceptos legales que impugnamos, decida sobre el producto de la concepción,

precisamente porque ha sido consecuencia del ejercicio conjunto de ambos integrantes de la pareja.

En tal situación se encuentran en conflicto dos derechos fundamentales. Por un lado el de mujer para decidir de manera libre y responsable la interrupción del embarazo y, por otro lado, el derecho del varón para decidir sobre su derecho a la procreación. El rango de estos derechos es similar. La madre decidiendo interrumpir el embarazo y el padre decidiendo que se le respete su derecho a la procreación. Procreación que fue realizada de manera conjunta.

Este conflicto de derechos fundamentales se resuelve haciendo la ponderación correspondiente. Si al momento de ejercerse ambos derechos las soluciones propuestas por cada uno de ellos son contradictorias, esto es, la mujer desea interrumpir el embarazo pero el hombre desea continuarlo, entonces deberá procurarse una decisión conjunta, porque precisamente ambos derechos contrapuestos son producto del ejercicio del derecho de procreación, que dijimos es un derecho individual pero de ejercicio conjunto. Así, para poder interrumpir el embarazo deberá contarse con el consentimiento del progenitor, pues él también intervino para dar lugar al producto de la concepción.

Dado que en la reforma impugnada no se contempló que fuese necesario el consentimiento del hombre para que la mujer pudiera interrumpir su embarazo, la reforma viola el derecho a la procreación del hombre y su derecho a la igualdad. Concluye la CNDH:

Esta desigualdad de trato se aprecia todavía más si consideramos el supuesto de que la mujer embarazada estuviera casada. Aquí, con mayor razón, se hace necesario el consentimiento del cónyuge, de otra manera habremos de concluir que se viola la garantía de igualdad jurídica prevista en los artículos 1 y 4 de la Constitución, ya que coloca al cónyuge varón en un plano de desigualdad en relación con su cónyuge mujer, al impedirle ejercer un derecho que ésta sí puede disfrutar, menoscabando la

esfera jurídica de uno en favor del otro, y sin que dicha distinción tenga base objetiva alguna.

El legislador debió haber previsto el mecanismo mediante el cual pudiera tomársele el parecer al cónyuge, concubinario o simple pareja. Al no haberlo hecho incurrió en inconstitucionalidad debiendo invalidarse con efectos generales la disposición legal emitida.

La CNDH en ningún momento ahonda en el por qué es peor el aborto al interior de un matrimonio que en otras relaciones. Pero me parece fascinante su distinción. Creo que sigue la lógica de quien penaliza al aborto con una mayor pena cuando el embarazo es producto de un matrimonio. Al final, no profundiza y se refiere genéricamente a todas las parejas, pero ¿qué si hubiera sido consecuente con su lógica? ¿Sería capaz de proponer que el derecho a decidir se restringiera para las mujeres casadas? ¿Dado que pactaron el matrimonio –que tiene como fin la procreación– las mujeres deben admitir un límite a su derecho a decidir (límite que “ellas mismas” se impusieron)? De nuevo, la CNDH se quedó corta. Pero no deja de llamar la atención su desliz tomista.

4. La sentencia de la Corte

La respuesta de la Corte es corta y sencilla, pero contundente. Valga una cita extensa:

En cuanto al problema planteado en primer lugar, relacionado con la igualdad entre hombre y mujer, resulta necesario realizar una serie de distinciones. La primera distinción importante es entre la libertad sexual y la libertad reproductiva [...] El argumento que señala que el derecho del artículo 4 se ejerce antes de la procreación, parece subsumir la primera en la segunda y por tanto ignora que la protección de los derechos básicos de las personas incluye dimensiones de la sexualidad que nada tienen que ver con las que están destinadas a proteger

un ámbito de decisión respecto a la cuestión de tener o no tener descendencia.

Del mismo modo, el argumento pasa por alto que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo. Una de las vías de establecimiento de la paternidad o de la maternidad es la adopción y el Código Civil del Distrito Federal —por señalar sólo las reglas vigentes en el ámbito normativo que las impugnaciones toman como referencia— permite la adopción tanto por parte de una pareja como por parte de una persona en lo individual.

Finalmente, el argumento acerca del derecho de las personas del sexo masculino a ser padres parece desconocer la diferencia entre lo que las personas pueden hacer y lo que tienen derecho a imponer a los demás, o al Estado, así como el hecho de que las normas analizadas están destinadas a establecer el criterio que debe primar en casos de desacuerdo. Como es natural, los casos en los que resultará relevante o necesario remitirse al contenido de normas jurídicas ahora bajo análisis son aquellos en los que hay desacuerdo entre la persona que puede verse involucrada en la continuación de un embarazo no deseado y otras personas: casos en los que lo determinado por la norma es quién puede vetar la decisión de quién.

La decisión del legislador local de establecer la regla según la cual la decisión final en estos casos recae en la persona del sexo femenino portadora de un embrión no deseado no es discriminatoria, ni por tanto irrazonable, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona [...].¹²⁴

¹²⁴ La sentencia continúa: “La afectación de la mujer y del hombre es distinta no solamente porque, como hemos señalado, hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer que lo experimenta, sino porque, aunque hay otras cargas que potencialmente podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta. [...] En efecto, la posibilidad futura de abrir un proceso judicial orientado a que cierta persona sea reconocida como padre de un menor, o contribuya económicamente al

Lo primero que la Corte le contesta a la CNDH es que existen más razones para tener relaciones sexuales que la procreación. Razones que están protegidas constitucionalmente. Es evidente que el artículo 4, párrafo segundo de la Constitución abarca tanto la libertad sexual, como la libertad reproductiva. De esta forma, la libertad para decir “no” esgrimida en la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005, aquí se convierte en la libertad para decir que sí cuantas veces se quiera y por las razones que se quiera. Existe un derecho a tener sexo, con independencia de la reproducción, y no sólo a negarse al mismo. Adiós a la concepción de que el único lugar legítimo para ejercer la sexualidad es el matrimonio, en el cual la primera se somete a la reproducción. La sexualidad es, oficialmente, *libre* y cuenta con un sustento constitucional.

En segundo lugar, la Corte afirma que el derecho a decidir –que aquí, qué curioso, refiere a él como el “derecho a ser padre o madre”– es de ejercicio individual. ¿Qué implica esto? Si atendemos a la analogía que utiliza la Corte –la de la adopción por parte de personas solteras–, queda claro que para ser padre o madre una *no* necesita estar casada. Desde aquí, queda claro que el matrimonio *no* es el único lugar para constituir una paternidad legítima. Ello, claramente, con

sostenimiento de sus necesidades es una demasiado incierta e imperfecta para anular la asimetría original que existe entre la posición de la madre y el padre potencial de un modo que justifique la invalidación de la regla general que le permita la toma de decisión a la madre potencial. [...] Finalmente, [el derecho a la procreación] presenta enormes dificultades a la hora de reconocer su ejercicio. En el momento inicial de decidir si un embarazo continúa o no, tiene también relevancia el que antes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial. Esto es relevante no sólo en el contexto de legislaciones que exigen consentimiento previo del participante masculino, sino también para las que exigen que sea consultado, aun sin concederle el poder de tomar la decisión final, y abona la conclusión de que los argumentos sobre la falta de razonabilidad de la medida adoptada por el legislador local son infundados.”

independencia de los derechos de los y las niñas. Además de lo anterior, creo que también implica que ante el desacuerdo en la pareja –sobre todo cuando ella no quiere y él sí–, la balanza se vuelca a favor del “no” más que del “sí”. La maternidad no puede ser impuesta, sino que tiene que elegirse siempre. Claramente, si este derecho opera para el caso de aborto –“El extremo”–, protege también a los demás escenarios de anti-concepción (vasectomías, condones, ligadura de trompas, pastillas anti-conceptivas, etcétera).

Lo anterior afecta al matrimonio de manera brutal porque la pareja que se siente agraviada no puede imponer su voluntad de ninguna manera. Si la esposa o el esposo no quiere tener hijos, no se le puede obligar porque es su decisión. ¿Qué queda para el matrimonio, desde esta perspectiva? Su disolución: si no nos gusta la decisión que toma nuestra pareja, sólo nos queda separarnos de ella (por eso el divorcio unilateral y sin causales es tan importante, como se verá en el Capítulo V de este trabajo). Para el caso del aborto opera exactamente lo mismo: si la mujer no quiere, no hay poder (jurídico) que pueda obligarla.

Por último, algo verdaderamente interesante del fallo es que, la Corte, al ejemplificar con la adopción, parece admitir que el “derecho a ser padre o madre” no se satisface, exclusivamente, a través de las vías biológicas. Esto es: la adopción –ficción jurídica que genera parentalidad, aún a pesar de que no exista un vínculo “de sangre” entre el padre o la madre y la hija– es una forma de satisfacer el derecho a ser padre o madre. Así, aunque no habla del “derecho a decidir el número de hijos”, tampoco lo acota, como lo hace la CNDH, al “derecho a la procreación”, con toda la carga ideológica que ello implica (procreación siendo sinónimo de sexo vaginal heterosexual). La parentalidad es individual y se satisface por múltiples vías, mismas que no son exclusivamente “biológico-sexuales”. Cada vez más, la parentalidad tiene también que ver con la voluntad y no ya con la

sangre: es madre la que quiere, *no necesariamente la que lo tiene*. Y la que no, no.

Ahora, al tratarse de un derecho constitucional –el de ser padre y ser madre– una de las consecuencias es que ni siquiera el matrimonio (en tanto regulación civil) resultaría blindado del mismo. La lógica es la misma que para el caso de la violación entre cónyuges: un derecho fundamental está por encima de un contrato civil. La constitucionalización del matrimonio, una vez más, resulta evidente.

5. Recapitulación

Antes de proseguir, valga una breve recapitulación. El caso aquí analizado es importante por las siguientes razones.

En esta resolución, la Corte establece que el ser padre o ser madre es un derecho constitucional.¹²⁵ Dada su jerarquía, se puede afirmar que se trata de un derecho que está por encima de cualquier contrato civil (u otra figura regulada en una legislación secundaria). En este sentido, se trata de un derecho que viene a impactar al matrimonio y reconfigurarlo, y no un derecho que se *deriva* del matrimonio. De la misma forma en la que antes el matrimonio acotaba la libertad sexual y ahora ésta lo acota, acá se puede afirmar lo mismo: la libertad reproductiva limita al matrimonio y no al revés. El formar parte de un matrimonio no implica que se pueda vulnerar la libertad reproductiva. Una vez más: la paternidad o maternidad siempre debe ser elegida y no impuesta.

El derecho a ser padre o madre es, además, *individual*. En este sentido, aunque la reproducción biológica requiera del esfuerzo de, al

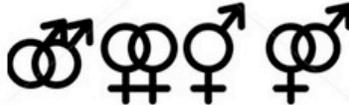
¹²⁵ Aunque nunca menciona el artículo 4, párrafo segundo de la Constitución, dado el concepto de violación de la CNDH, la respuesta de la Corte me parece ser una interpretación de dicha norma constitucional.

menos,¹²⁶ dos personas, la *decisión* sobre la reproducción (ser padre/madre o no y cómo) recae siempre en una sola. En este mundo, además, pesa más la negativa –no quiero ser madre– que la afirmativa de uno solo.

Por último, el derecho a ser padre o madre no sólo implica la reproducción biológica (esto es, poder acceder a ella o poder impedirla con la utilización de anti-conceptivos), sino también *otras formas* de reproducción, como la adopción. En este sentido, la reproducción está más ligada a la *parentalidad* (a la relación última que se establece con un hijo o hija, con independencia de la forma en la que se constituyó) que al acto (sexual) fisiológico de engendrar. En otras palabras: lo que importa es la parentalidad resultante, no cómo se llegó a ella.¹²⁷ Con ello, la preeminencia de la reproducción (hetero)sexual (al interior del matrimonio) resulta devastada: es una opción más, entre otras protegidas constitucionalmente.

¹²⁶ De nuevo, dada la tecnología, hoy la reproducción biológica puede implicar la participación de al menos tres personas: el que aporta el esperma, la que aporta el óvulo y la que aporta el útero. Y, claro, que al final ninguno de ellos sean el padre o la madre del producto.

¹²⁷ Esto, digamos, es conforme a la *tendencia* (ya instalada) de eliminar todas las distinciones entre los hijos: aquellos nacidos adentro y fuera del matrimonio y aquellos producto de una concepción biológica y aquellos producto de un papeleo jurídico (la adopción). Para el derecho, la hija es la hija con independencia de cómo se concibió.

<p>Gender is...</p>  <p>a spectrum</p>  <p>a range of expression</p>  <p>how you relate to yourself</p> <div style="border: 1px solid white; padding: 5px; text-align: center; margin: 5px 0;"> <p>HELLO my name is</p> <p><i>Me!</i></p> </div> <p>a personal identity</p>	<p>Gender is not..</p>  <p>just male or female</p>  <p>defined by body parts</p>  <p>sexual orientation</p>  <p>determined by chromosomes</p>
--	--

El género es un espectro; no es sólo masculino o femenino.
 El género es un rango de expresiones; no está definido por partes corporales.
 El género es cómo te relacionas contigo mismo; no es una orientación sexual.
 El género es una identidad personal; no está determinado por las cromosomas.

CAPÍTULO IV. NIÑO, NIÑA, NIÑOAE, ¡QUÉ MÁS DA!

El 6 de enero de 2009, el Pleno de la Corte decidió un caso relacionado con la reasignación de sexo y los derechos que la tutelan: el Amparo Directo Civil 6/2008. La pregunta a resolver, en específico, tenía que ver con la posibilidad de que el cambio de sexo en el acta de nacimiento permaneciera privado.

En principio, la vinculación de esta resolución con el tema de esta tesis podría parecer endeble: después de todo, ¿qué tiene que ver la reasignación de sexo y su reflejo en el acta de nacimiento con el matrimonio? Superficialmente, la relación entre matrimonio y el derecho a la identidad sexual puede parecer, en efecto, insignificante. Sin embargo, de manera un tanto inesperada, esta sentencia genera elementos que conducen a reconceptualizar al matrimonio en dos sentidos. Por un lado, cuestiona el significado unívoco del hombre y de la mujer que lo conforman y, por otro, reconfigura, directamente, el propio sentido del matrimonio. En vez de considerarlo como una institución de interés público, lo concibe como un posible plan de vida de las personas.

La primera parte de este Capítulo está dedicada a repasar el sexo de las personas al interior del matrimonio: cómo ha sido concebido hasta ahora y la lógica detrás de ello. En la segunda parte se expondrán los antecedentes del caso. Por último, se incluirán los argumentos que la Corte esgrimió para decidirlo.

1. El sexo de las personas y el matrimonio

No requiere de un gran esfuerzo percatarse de la importancia que tiene el sexo de las personas en la vida en sociedad. Desde que nacemos, uno de los primeros actos que se realizan, a la par de nombrarnos y

constituir nuestros lazos familiares, es asignarnos un sexo. Somos niños o somos niñas. Este simple acto tendrá, para nuestras sociedades, una multiplicidad de consecuencias impresionantes. El ser *hombres* o ser *mujeres* –que, al nacer, sólo puede significar una cosa: tener *cuerpo* de hombre o de mujer– definirá, en gran medida, cómo debemos comportarnos y con quién debemos relacionarnos (entre otras cosas). Partiendo del trabajo de los feminismos: el *sexo* determina el *género* que determina la *orientación* sexual. Esto es: si se tiene cuerpo de hombre se asume que deberá ser masculino (y todo lo que ello implica) y deberá desear a las mujeres; para éstas, ocurre lo mismo, sólo que inverso. El sistema binario que rige las relaciones entre las mujeres y los hombres comienza en el cuerpo. En épocas recientes, lo que ha venido a cuestionarse es, precisamente, el significado unívoco del sexo: ¿qué es lo que hace que el hombre sea hombre y la mujer sea mujer, en tanto realidades corpóreas?¹²⁸

El cuestionamiento ha venido desde al menos dos frentes. Por un lado, están los llamados *intersexuales*, personas que *fisiológicamente*

¹²⁸ Sé que existen una multiplicidad de precisiones que deben realizarse. Una de ellas, obviamente, es que no sólo el sexo (el cuerpo), sino el *género* (las actitudes, rasgos, roles, características asignadas a los cuerpos) ha resultado objeto de controversia. El género surge como un concepto que pretende dar cuenta de la construcción *cultural* de las diferencias más importantes entre los hombres y las mujeres (esto es: la construcción cultural de la diferencia sexual). La pregunta importante para esta línea era: ¿por qué la pertenencia a un sexo u otro debe definir los rasgos, las actitudes y los roles que se deben asumir? La famosa afirmación de Simone de Beauvoir –“La mujer no nace, sino se hace”– pertenece a este grupo de estudios. La diferencia entre éstos y a los que me referiré aquí es que los primeros no cuestionan –al menos no siempre– los criterios que asignan la pertenencia a uno u otro sexo o cómo es que el sexo (eso que se asume ser biológico) está, también, construido socialmente. Sobre el concepto de género, véase Scott, Joan, “El género: una categoría útil para el análisis histórico”, *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Nash y Amelang (eds.), Alfons el Magnanim, Valencia, 1990.

no encajan con uno u otro sexo (según cierto tipo de criterios médicos). Los hermafroditas son un ejemplo. Estas realidades obligan a cuestionar los criterios de asignación pero, también, la misma existencia de un sistema binario de sexos: ¿por qué solo dos y no tres (o más)? Por otro lado, están los llamados *transexuales*, personas que, aunque fisiológicamente encajan en uno u otro sexo (de nuevo: de acuerdo a cierto grupo de criterios médicos), no sienten que pertenezcan a él. Por lo mismo, buscan adecuar su realidad física a su sentir (cambio que implica, por lo general, una reasignación no sólo del cuerpo a través de intervenciones hormonales y quirúrgicas, sino de nombre, de sexo legal, de roles sociales y de actitudes). Aquí, una vez más, los criterios que determinan la pertenencia a uno u otro sexo vuelven a cuestionarse: ¿hombre es el que nace u hombre es el que se hace? ¿Por qué?¹²⁹

¿Cuál es la relación de todo esto con el matrimonio? Quizá resulte obvia: como vimos, el matrimonio ha sido concebido como la unión entre un *hombre* y una *mujer*. En este sentido, presupone la existencia de estas dos unidades; asume que existen y que sabemos cuáles son.

Lo interesante del matrimonio, al menos en su historia legislativa mexicana, es que en ningún momento se ha explicitado qué implica que un hombre sea hombre o que una mujer sea mujer. Dada la construcción del orden civil, ha dependido del Registro Civil para ello; para pactar el matrimonio, la pareja debe llegar ya con su acta de nacimiento e identificación oficial en la que su sexo ha sido

¹²⁹ De nuevo, estoy simplificando el debate. Si están interesadas en leer un poco más sobre estos temas, sugiero Laqueur, Thomas, *Making Sex. Body and Gender From the Greeks to Freud*, Harvard University Press, EUA, 1990; Saldivia, Laura, “Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad”, *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Marcelo Alegre, et al. (eds.), 1ª edición, Buenos Aires, Librería, 2010, disponible en: <http://bit.ly/k7b46A>; Preciado, Beatriz, *Testo Yonqui*, Espasa-Calpe, España, 2008.

establecido. ¿Cuenta el Registro Civil con un criterio *explícito* para determinar cuándo una bebé corresponde a uno u otro sexo? No.

Permítame, lectora, sin embargo, avanzar una hipótesis. El matrimonio, tal y como fue concebido, sí presupone una concepción específica de los sexos. Utilizando el método teleológico-conceptual creo que es posible desprenderlo. Ahora, en esta materia existe un precedente de derecho comparado que me parece oportuno citar, ya que ilustra de manera perfecta lo que quiero demostrar.

Como mencioné anteriormente, en décadas recientes el significado de “hombre” y “mujer” ha sido cuestionado. Una de las áreas en la que ello ha ocurrido es, directamente, en la jurídica. Cada vez más existen diversas sentencias judiciales en las que se disputa la construcción del *sexo*, así como los derechos que se relacionan con él. Uno de los casos más interesantes –y de los primeros (fue decidido en 1971)– es el de *Corbett v. Corbett*, de Inglaterra, en el que se disputó precisamente la relación entre el sexo y el matrimonio.¹³⁰

Este juicio surgió a partir de una petición de anular, de forma absoluta, un matrimonio: aquél entre Arthur Corbett y April Ashley. Se argumentó que el matrimonio nunca había sido válido porque Ashley había nacido y había sido registrada como niño, por lo que debía ser tratada –para efectos del matrimonio y en su vida– como tal. La reasignación de sexo –conocida, de hecho, por Corbett– no era suficiente, se argumentó, para convertir a un hombre en una mujer. De ahí que el matrimonio –*realmente* entre dos hombres– fuera nulo.

Aquí las palabras del Juez Ormrod, el encargado de escribir la sentencia definitiva para el caso:

El propósito fundamental del derecho es la regulación de las relaciones entre personas, y entre las personas y el Estado y la comunidad. Para los propósitos limitados de este caso, las relaciones jurídicas se pueden clasificar en aquellas para las

¹³⁰ La sentencia está disponible aquí: <http://bit.ly/jy0Jab>

cuales el sexo de las personas involucradas es irrelevante, relevante o un determinante esencial de la naturaleza de la relación.

El sexo es claramente un determinante esencial de la relación llamada matrimonio, porque es y siempre ha sido reconocida como la unión del hombre y la mujer. Es la institución sobre la cual la familia está construida, y en la cual la capacidad para el coito heterosexual natural es un elemento esencial. Tiene, por supuesto, muchas otras características, de las cuales la compañía y el apoyo mutuo es una importante, pero las características que la distinguen de todas las otras relaciones es que sólo puede darse entre dos personas del sexo opuesto.

Dado que el matrimonio es esencialmente una relación entre hombre y mujer, la validez del matrimonio en este caso depende, a mi juicio, en si [Ashley] es o no una mujer.

La pregunta, entonces, *es la de qué significa la palabra “mujer” en el contexto del matrimonio, ya que no me preocupa determinar el “sexo legal” de [Ashley]. Al considerar el carácter esencialmente heterosexual de la relación llamada matrimonio, el criterio debe, a mi juicio, ser biológico, ya que el grado más extremo de transexualismo en un hombre o el desequilibrio hormonal más severo que puede existir en una persona con cromosomas masculinos, gónadas masculinas y genitales masculinos no puede reproducir a una persona que es naturalmente capaz de cumplir el papel esencial de una mujer en el matrimonio.*

Mi conclusión, por lo tanto, es que [Ashley] no es una mujer para efectos del matrimonio, sino un hombre biológico y lo ha sido desde el nacimiento. Por lo que su matrimonio es inválido.

He tenido que lidiar con la idea de que, dado que [Ashley] es tratada por la sociedad como mujer para muchos temas, es ilógico negarle el tratamiento de mujer para efectos del matrimonio. Lo ilógico sólo surgiría, sin embargo, si el matrimonio fuera sustantivamente similar en carácter al seguro social u otras instituciones sociales, pero las diferencias son obviamente fundamentales. Los que sostienen la idea contraria, en efecto, confunden sexo con género. El matrimonio es una

relación que depende del sexo y no del género. [Cursivas y traducción propia.]

La construcción del Juez Ormrod tiene sentido. Si unos de los fines del matrimonio es la procreación y ésta –como ya vimos en el capítulo anterior– se entiende como hetero/sexual, lo que se necesita es una persona que posea un aparato reproductivo capaz de producir espermatozoides y otra capaz de producir un óvulo y llevarlo a término cuando sea fecundado (esto es, capaz de embarazarse).¹³¹ Los sexos se definen a partir de su potencia reproductiva: el hombre es el que embaraza, la mujer, la embarazada.

2. Los antecedentes procesales

El 13 de enero de 2004 se publicaron diversas reformas al Código Civil del Distrito Federal que tenían por objeto “modernizar y simplificar el marco normativo del Registro Civil”.¹³² Entre los

¹³¹ Al interior del matrimonio católico, los infértiles pueden casarse –no los impotentes para la cópula, sino los infértiles–. Llama mucho la atención porque, *realmente*, no tiene sentido: ¿si el fin del matrimonio es la reproducción (hetero)sexual, cómo es posible que se acepte a una pareja que *no* puede, fisiológicamente, tener hijos? Este tipo de distinciones son las que me llevan a pensar que lo que está en el fondo es más un control de la sexualidad –porque al final, sí se quiere que “copulen”– que de la reproducción. Pero, ¿quién soy yo para interpretar al derecho canónico? Para una justificación de “¿Por qué los infértiles sí [pueden acceder al matrimonio y las parejas del mismo sexo no]?”, véase George, Girgis y Anderson, *op. cit.*, nota 3, pp. 265-269. Para la regulación católica de la infertilidad al interior del matrimonio, véase Código de Derecho Canónico, Libro IV De la Función de Santificar La Iglesia, Parte I De los Sacramentos, Título VII Del Matrimonio (Cann. 1055-1165), Capítulo III De los Impedimentos Dirimentes en Particular, artículo 1083, § 2 y § 3, disponible en: <http://bit.ly/iUHeAq>

¹³² Exposición de motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal

artículos modificados, se encontraba el 135, que preveía los supuestos para la rectificación del acta de nacimiento. La nueva fracción II establecía que era posible rectificar el acta “por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otro dato esencial que afecte el estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona.”¹³³

Con base en esta norma, la quejosa del Amparo Directo Civil 6/2008 acudió al Registro Civil para que modificaran su nombre de pila y su sexo, para cambiarlos de hombre a mujer. Solicitó, además, que la modificación no se viera reflejada en sus documentos. Para ello, pidió que no sólo *no* se publicara constancia alguna del cambio, sino que se le expidiera una nueva acta de nacimiento. El juez del Registro Civil negó ambas peticiones. El juez de primera instancia, por su parte, le concedió el cambio de sexo, pero no así la expedición de una nueva acta de nacimiento. En su lugar, ordenó que el cambio quedara anotado al margen del acta de nacimiento vigente. El juez de segunda instancia ratificó esta decisión. En contra de esta resolución, la quejosa buscó el amparo, mismo que fue atraído por el Pleno de la Corte.

Es necesario agregar que, desde su demanda en la primera instancia, la quejosa solicitó que, en caso de proceder la rectificación del acta, se determinaran los alcances de la misma para efectos de sus derechos civiles. Uno en particular: el matrimonio. Valga, en este punto, señalar una cosa: la quejosa se identificaba como una *mujer heterosexual*. De ahí su pregunta: ¿procedía su matrimonio con otro hombre o no? Los jueces se limitaron a afirmar que la modificación en su acta de nacimiento tenía como alcance únicamente el “ajustar el nombre y el sexo de la parte actora a la auténtica realidad jurídica y

presentada por el Jefe de Gobierno (Andrés Manuel López Obrador) el 2 de diciembre de 2003, disponible en: <http://bit.ly/ihlpDf>

¹³³ Aunque la reforma “oficial” en la que se incorporó la figura de la “reasignación para la concordancia sexo-genérica” fue la del 10 de octubre de 2008, la del 2004 permitió ya el cambio de sexo, como se verá en el presente caso.

social en que se desenvuelve, sin que ello implicara cambio de filiación de la misma.” No ahondaron en las razones para dicha respuesta.

3. La respuesta de la Corte

Para entender la importancia de esta sentencia para la construcción constitucional del matrimonio, es preciso detallar cómo construye su argumentación la Corte a partir de ciertos derechos fundamentales. La sentencia comienza anunciando los derechos que utilizará: el de la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, la intimidad, la vida privada, la propia imagen, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Incluye, en las sentencias, todas las normas en las cuales dichos derechos están basados; unas provienen de la Constitución y otras de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles. Desde aquí, ya vemos un giro interesantísimo en la interpretación de la Corte: empieza por exponer su marco normativo, mismo que está compuesto de normas *constitucionales* y de los *tratados internacionales*. Tenemos, propiamente, a una Corte que se asume como Tribunal Constitucional en el sentido más literal del término. Una vez citado el marco normativo, procede a explicarlo.¹³⁴

¹³⁴ Los artículos que cita la Corte son el 1 y 4 constitucional; 1, 2, 3, 6, 7, 12, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1, 2, 3, 5, 11, 18, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2, 3, 6, 16, 17, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 2, 4, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Casi al final del apartado que le dedica a los derechos en juego, aclara: “En este orden de ideas, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian, en forma expresa, en la Constitución mexicana, sí están implícitos en las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el

Como base de su interpretación, la Corte erige a la dignidad humana. Ésta, nos dice, es la piedra angular del ordenamiento jurídico: es lo que permite que el ser humano sea considerado como “humano, como persona, como ser de eminente dignidad”. Sin éste, los demás derechos no tendrían sentido: ¿para qué hablar de la libertad, la imagen, la salud y un largo etcétera si no reconocemos que, primero y antes que nada, estamos ante una persona? Dada la importancia de la dignidad humana, es que algunos autores –nos dice la Corte– derivan de ella los derechos de la personalidad –un sector dentro del más amplio de los derechos humanos– “en el cual se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.” Ahora, a estos derechos –de la personalidad– la Corte agrega otros, todavía más específicos que permitirán abordar la problemática concreta que tiene que resolver. Permítame, lectora, reconstruir la interpretación de la Corte, a partir de un orden diverso al que sigue, pues considero que es necesario para entender mejor las consecuencias de su argumentación.

Lo más importante para entender el razonamiento de la Corte es el derecho a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. Más que su alusión a la dignidad humana, más que su referencia a derechos vinculados con la igualdad, con la no discriminación y con la salud, es fundamental entender el papel preeminente que tiene la identidad personal y el libre desarrollo de la misma:

Dentro de los derechos personalísimos, se comprende necesariamente el derecho a la identidad personal, es decir, la persona con sus propios caracteres, físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad. Así, la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas

primero de los preceptos de nuestra Constitución, pues, sólo a través de su pleno respeto, podría realmente hablarse de un ser humano en toda su dignidad.”

características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que la hace ser “uno mismo” y no “otro” y se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona y, de ahí, identificarla.

El derecho a la identidad personal, relevante para la problemática que nos ocupa, se define como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros. Es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad. Por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, [derecho que implica que] el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes.

[El] libre desarrollo de la personalidad [es, según] el Diccionario de la Real Academia Española, [...] la singularización, el distintivo de la persona. Por ende, el libre desarrollo de la personalidad es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo. Como ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público.

Las citas anteriores reproducen lo que me parece es la base y el núcleo de la argumentación de la Corte. Existe un derecho a ser quién una es, que es el derecho a la identidad personal. Y un derecho a desarrollarse libremente, que implica la posibilidad de irse construyendo, decisión con decisión para ser quien una es. Estos son los derechos, los valores, los estándares a partir de los cuales hay que medir todo lo demás.

Desde aquí cabe la pregunta: ¿qué hace a la persona ser quien es? ¿Qué es lo que le importa? ¿Cuáles son los ámbitos sobre los cuales decide? ¿Qué construye la vida de las personas? Acotándose al caso concreto, la Corte responde:

[Del derecho a la identidad personal] se implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad.¹³⁵

¹³⁵ Si John Stuart Mill hubiera escrito *hoy* que, sobre su *cuerpo* y su *espíritu*, el individuo es soberano, creo que se estaría refiriendo precisamente a esto. Si se tuviera que identificar un origen judicial a los derechos sexuales y reproductivos en México, éste sería el caso. La identidad sexual de la persona está conformada por su *cuerpo*, su *apariencia*, su *deseo* y su *práctica* sexuales: en este párrafo la Corte le da sustento a la homosexualidad, heterosexualidad, bisexualidad, transexualidad, intersexualidad, transgénero, feminidad, masculinidad y un largo –larguísimo– etcétera... Ahora sí: unoae puede ser todoae lo que quiera ser.

Con este párrafo, la Corte vuelca la balanza a favor de las minorías sexuales para que éstas gocen también de la presunción de la libertad: una puede ser lo que quiera ser, en tanto no se demuestre un daño a terceros. Si la orientación sexual es una faceta de la personalidad, le corresponde a los detractores demostrar que la homosexualidad es una distorsión de la misma y no su sana expresión. Si la transexualidad es un deseo de individualización y realización personal, le corresponde a los opositores demostrar que se trata de una enfermedad. Con este párrafo, la Corte básicamente resuelve todos los problemas contemporáneos relativos a la sexualidad. Más aún si le sumamos lo siguiente:

Así pues, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, *la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo*; de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, *son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida* y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.

En este párrafo, la Corte le da un giro al matrimonio y a la parentalidad: son posibles proyectos de vida que la persona puede o no querer.¹³⁶ La decisión de optar por ellos o no, depende de ella. Lo que interesa, digamos, es el concepto fluido que propone la Corte. Su

¹³⁶ Este párrafo sirve de fundamento para muchas de las modificaciones al matrimonio, entre ellas, la que permite la unión entre personas del mismo sexo (como se verá para la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010). También funciona para una conceptualización del derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos desde la libertad, más que desde la privacidad, la igualdad, la salud o la dignidad humana (por nombrar algunos de los derechos desde donde se ha intentado justificar el aborto).

ejercicio parte de la persona y de lo que es importante para ésta, en el contexto social actual. Desde aquí, pregunta: ¿qué es lo relevante en la vida de las personas? Responde: las relaciones afectivas, la parentalidad, el trabajo, el cuerpo, el matrimonio... Si eso es lo importante, el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad se extiende para abarcarlo. Valga señalar que, para la Corte, la pregunta no es: ¿qué debe hacer la persona, según la ley natural? Más bien, lo que debemos responder es: ¿qué quiere hacer la persona? ¿Cuál es su voluntad? Lo que tenemos es un constitucionalismo puro.

Desde aquí resulta que lo importante no es la decisión que se tome –casarse o no casarse, tener hijos o no tener hijos, ser bombero o abogada–, sino poder *tomar la decisión* en primer lugar. En esta sentencia, la Corte concibe al matrimonio como uno de los posibles proyectos de vida que las personas podrán querer, por lo cual, con independencia de lo que decidan al final, deben poder tener acceso a él.¹³⁷ Una sólo puede decidir, valga la gran obviedad, sobre lo que se posee. Para aceptar o rechazar algo, debo poder tenerlo en primer lugar. Desde aquí es que, a menos de que exista una muy buena razón para negarlo, todas las personas, para poder desarrollarse, tienen que tener acceso a eso que es importante en la vida. Por ahora, eso incluye al matrimonio.

Ahora, en relación a la pregunta específica de la quejosa –¿puede una persona transexual casarse con otra del sexo opuesto?–, la Corte elude, un poco, la cuestión. En el tiempo en el que se resolvió el caso, la Asamblea Legislativa emitió diversas reformas al Código Civil con las que reguló, “exhaustivamente”, lo relativo a la reasignación de sexo. Entre los cambios, incluyó la posibilidad de que las personas que hayan tenido una reasignación de sexo pudieran casarse (siempre que

¹³⁷ Para la Corte, como espero haya quedado claro por la cita, “la libertad de contraer matrimonio o no [...] es] parte de la manera en la que el individuo desea proyectar su vida”.

la pareja estuviera al tanto del cambio). La Corte, digamos, “da por resuelto el problema”. Es en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 donde deriva las consecuencias de esto: si los transexuales –que después de la cirugía quedan incapacitados para reproducirse sexualmente– pueden contraer matrimonio, puede afirmarse que la vinculación entre el matrimonio y la procreación queda debilitada (por no decir: destruida).

4. Recapitulación

Recapitulando, ¿por qué es importante esta sentencia para efectos del matrimonio? Para empezar, por el tratamiento que realiza del matrimonio como un proyecto de vida individual, más que una política pública de control de la sexualidad o de la familia (por mencionar sólo dos posibles concepciones). Un posible proyecto de vida al cual todos debemos tener acceso, con base en el libre desarrollo de la personalidad. Puede decirse que, con esto, impide que el matrimonio se use para fines que no tengan que ver con el desarrollo particular, personal, íntimo de las personas: el poder recae sobre éstas y no sobre el Estado.

Si a lo anterior, se le suma el derecho a la identidad sexual, a través del cual se legitiman todas las minorías sexuales, en esta misma sentencia se selló el resultado de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. El derecho a la identidad sexual más el derecho a casarse, ambos como derivados del libre desarrollo de la personalidad, tienen como resultado que los transexuales o los homosexuales puedan casarse. Y si los transexuales y los homosexuales pueden casarse, el vínculo entre la procreación y el matrimonio se debilita, y se fortalece su vertiente afectiva y de proyecto personal.



**"That's right sweetheart;
dreams and goals are
Satan's way of distracting
you from making dinner."**

**"Así es, corazón. Los sueños y las metas son la forma en
la que Satanás te distrae de hacer la cena."**

CAPÍTULO V. YA NO TE QUIEREN. ¡ACÉPTALO!

El 3 de octubre de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una reforma al CCDF que permitió el divorcio unilateral y sin causales. Esto es, pasó de ser una regulación en la que el divorcio era por mutuo acuerdo (con o sin hijos) o comprobando la culpa de uno de los cónyuges, a otra en la que basta la petición de una sola parte, sin importar sus razones para buscar la disolución, para que proceda el divorcio.

Recreando la historia detrás del Amparo Directo en Revisión 917/2009,¹³⁸ fue con base en esta reforma que un cónyuge (el hombre de la relación) buscó disolver su matrimonio. La ruptura procedió, en efecto, conforme a los nuevos artículos del Código. La mujer divorciada (en adelante, la quejosa) impugnó la sentencia en la que se decretó el divorcio, vía un amparo directo. El Tribunal Colegiado que resolvió el caso, negó dicho amparo. La quejosa impugnó esta

¹³⁸ El Amparo Directo en Revisión 917/2009 fue resuelto el 23 de septiembre de 2009 por la Primera Sala (la votación fue unánime). El 17 de febrero de 2010, resolvió otro diverso –el Amparo en Revisión 2446/2009– que versaba sobre el mismo tema –la inconstitucionalidad del divorcio unilateral y sin causales; y fue resuelto en el mismo sentido, sosteniéndose la constitucionalidad de las reformas por una votación unánime. El 4 de agosto de 2010 se resolvió incluso otro –el Amparo en Revisión 1013/2010– que también versaba sobre esta reforma (aunque los agravios se plantearon en otros términos). Se eligió el primero de los tres amparos para analizar aquí, sin embargo, porque de los tres, es el que incluye la discusión que interesa para efectos de esta tesis: la disputa por el concepto de matrimonio y familia y la interpretación del artículo 4, párrafo primero de la Constitución (que mandata la protección legal de la familia). Los otros dos fallos no contradicen el sentido (o los argumentos) del que aquí se analiza.

resolución y la Primera Sala de la Suprema Corte la revisó. Este órgano jurisdiccional también le negó el amparo.

Este caso es interesante sobre todo porque se pretende atacar una reforma no (sólo) con base en argumentos constitucionales, sino directamente civilistas (como se verá). Al igual que en las sentencias previas, se sostiene la reforma con base en el primer tipo de argumentos y no con los segundos. Ahora, la novedad de esta resolución está en que la Primera Sala comienza a construir una interpretación del artículo 4, primer párrafo de la Constitución, mismo que establece que “la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. Por primera vez, el artículo constitucional que directamente instruye la protección legal de la familia entra en juego.

El presente capítulo está estructurado de la siguiente manera: en un primer apartado, se revisará brevemente la reforma al CCDF que permitió el divorcio unilateral y sin causales. En un segundo apartado, se expondrán y analizarán los argumentos que la quejosa esgrimió en contra de la reforma en el amparo directo que interpuso. Se hará énfasis en el argumento que sostiene que el cambio legislativo viola el artículo 4, párrafo primero de la Constitución. Después, en un tercer apartado, se analizarán las respuestas del Tribunal Colegiado a los agravios de la quejosa. Por último, se expondrán los argumentos que la última utilizó en el recurso de revisión que interpuso en contra del Tribunal, así como la contestación de la Primera Sala a los mismos.

1. Los cambios en el régimen de divorcio

La reforma que se realizó al CCDF el 3 de octubre de 2008 es la más importante en lo que toca al tema del divorcio. Quizá la única otra igual de relevante es la que permitió, en 1914, la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud para contraer uno nuevo.

Hasta el 2008, el divorcio procedía por una de dos razones: o por acuerdo mutuo (ninguno de los dos cónyuges quería permanecer en el

matrimonio) o porque uno de los dos cónyuges era culpable de alguna “falta” que atentaba en contra del matrimonio. Incluso antes de 1914, cuando el divorcio *no* implicaba la disolución del vínculo matrimonial, esto era así: para que la convivencia cotidiana y bajo el mismo techo cesara, era necesario que ambos cónyuges lo desearan o que uno cometiera alguna falta.

Por lo general, las causales del divorcio necesario (como es llamado), tenían que ver con el incumplimiento de los deberes o fines matrimoniales: la fidelidad, la reproducción, la cohabitación, la educación de los hijos o la ayuda “á llevar el peso de la vida”. Así, por ejemplo, el adulterio (culminara o no con un hijo) era causal de divorcio. También, la “impotencia sexual irreversible”; la corrupción o prostitución de un cónyuge o los hijos, la violencia, o los “vicios” (el juego y las apuestas, el alcoholismo, la drogadicción); la separación de cuerpos o la ausencia; y el padecimiento de un trastorno mental incurable.¹³⁹

Obviamente, para que procediera el divorcio necesario, el cónyuge que solicitaba la disolución del matrimonio tenía que comprobar la culpa del otro. En caso de ser declarado culpable, el cónyuge perdía, por lo general, todo lo acordado o prometido. En otras palabras: era castigado, no sólo con la pérdida de su matrimonio (y, por lo general, también de la patria potestad), sino incluso con penas económicas. Ahora, el problema era cuando que no se lograba comprobar la culpa del cónyuge, el divorcio no procedía. En estos casos, uno estaba condenado a continuar con el matrimonio, en tanto el otro no quisiera terminarlo.

En ello radica la innovación de la reforma del 2008 al CCDF: no importan ya las razones detrás del divorcio, ni si existe un acuerdo o no para su procedencia. Lo importante es que un solo cónyuge ya no

¹³⁹ Las causales, obviamente, pueden variar de un Código a otro, y de una época a otra, pero, por lo general, la racionalidad de éstas es la misma: dependiendo de su incidencia en los fines o deberes del matrimonio.

quiera continuar con la unión para que ésta sea disuelta. A continuación, el nuevo artículo 266:

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo.¹⁴⁰

Otro punto importante de la reforma es que separó la disolución del matrimonio de la determinación del arreglo relativo a los bienes y a los hijos. El artículo 267 establece que, cuando exista una solicitud unilateral de terminación del matrimonio, se debe incluir un convenio con una propuesta para regular lo relativo a los hijos, los bienes y el domicilio conyugal (entre otras cosas). El artículo 287 establece que, si los cónyuges están de acuerdo con el convenio (y éste no se opone a alguna disposición legal), el juez decretará el divorcio. De no ser así, “el juez decretará el divorcio mediante sentencia, dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer en la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.”

Es por la anterior disposición, así como la rapidez del procedimiento, que la reforma ha sido conocida, popularmente, como la del “divorcio express”: en menos de lo que una se imagina, ya está divorciada. No que ello implique que todo lo demás esté resuelto, pero ese ya es otro *incidente* (valga el juego de palabras).

¹⁴⁰ A la fecha, existe el divorcio administrativo (que se da cuando ambos son mayores de edad, están de acuerdo en divorciarse y no hay hijos) y el *otro*, que puede ser por mutuo acuerdo o unilateral.

2. Los argumentos de la quejosa

En contra de la sentencia de divorcio que procedió conforme a los artículos de la reforma, la quejosa interpuso un amparo directo. En su demanda, señaló los siguientes agravios.¹⁴¹

La quejosa sostuvo que la reforma contraviene “la teoría de las obligaciones”. El divorcio unilateral y sin causales “es contrario a toda lógica jurídica”, debido a que el matrimonio es un “acto bilateral que sólo puede terminar, ya sea por la muerte de alguna de las partes, por acuerdo de las voluntades que lo originaron” o por “la concurrencia de alguna causa grave que dé lugar” a la misma.

En esta misma línea, agregó: la reforma también atenta “contra la voluntad de las partes”, “elemento esencial del matrimonio”, porque ésta “no es tomada en cuenta para decidir si éste seguirá existiendo o si se disolverá”. Claramente, ella le da más peso a la voluntad que está en contra, que a la voluntad que está a favor de la disolución.¹⁴² Podría decirse que este argumento es el anterior, pero más específico: en

¹⁴¹ A diferencia de otros casos, en esta sentencia los argumentos de la quejosa (en contra de la sentencia del juez de primera instancia y en contra de la sentencia del Tribunal Colegiado) y del Tribunal Colegiado se presentan *resumidos* en su totalidad. No hay una sola cita a lo largo de la sentencia (raro, pero cierto). En este sentido, me estoy basando en el resumen de la Corte y no en los argumentos directos de las partes.

¹⁴² Creo que uno de los puntos que más dejan en claro casos como éste o como el del aborto es que es *falso* que la voluntad sea “de las dos partes”; esto es, sobre sale mucho más cómo uno solo es capaz de trancar una decisión, que el hecho de que los dos estaban de acuerdo. Si el legislador decide que, para que algo proceda, es necesario el acuerdo de *ambas* partes, básicamente está permitiendo que, si uno no está de acuerdo, todo se detiene. Entonces, el peso *siempre* –siempre– recaerá en una parte. Cuando ambos están de acuerdo, todo sale; pero aquí rara vez se necesita al derecho: las partes proceden a divorciarse o a abortar sin mayor problemas. El problema está en el desacuerdo: ¿a qué voluntad se privilegiará? ¿A la que quiere abortar o al que no? (¿Al que quiere abortar o a la que no?) ¿A la que se quiere divorciar o al que no? (¿Al que se quiere divorciar o al que no?)

general, la reforma viola la “teoría de las obligaciones”; en particular, viola una pieza esencial del matrimonio: “la voluntad”.

El punto en común en ambas líneas argumentativas es que se discute desde un lugar no-constitucional, sino civil. Con independencia de la Constitución, parece sostener la quejosa, existe un orden que es esencialmente de cierta forma y no otra: la teoría de las obligaciones y el matrimonio, en específico, tienen una forma y no otra. Su alteración es inaceptable. ¿Por qué? No explica la quejosa, pues asume que todos saben.

En el siguiente argumento, la quejosa ya entra, propiamente, a la materia constitucional: alegando que la reforma violenta el artículo 4, párrafo primero de la Constitución, porque atenta “contra la familia, ya que permite el divorcio sin causales, toda vez que la legislación anterior [...] garantizaba el matrimonio, pues para que procediera su disolución, era necesario el acuerdo entre ambas partes o bien una causal grave que justificara la terminación de esa institución esencial que es base de la sociedad”. Aquí, queda claro que la quejosa utiliza al artículo 4 de la Constitución no como un derecho fundamental de una persona, sino como una garantía institucional.¹⁴³ Lo que está protegido

¹⁴³ Las garantías institucionales son a las instituciones (partidos políticos, universidades, empresas y, en *algunos* sistemas jurídicos, el matrimonio) lo que los derechos fundamentales son a las personas. Por ejemplo, la *autonomía* es una garantía institucional de las universidades: si se viola la primera, se daña a la segunda. En nuestro sistema jurídico, el concepto ha sido utilizado poco. La Corte ha recurrido a él en casos en los que los partidos políticos, los tribunales contenciosos administrativos estatales, los órganos constitucionales autónomos y las universidades estaban involucrados (Acción de Inconstitucionalidad 85/2009, Controversia Constitucional 93/2007, Acción de Inconstitucionalidad 69/2008, Amparo en Revisión 1195/92, respectivamente). Para la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (caso del matrimonio entre personas del mismo sexo), el Ministro Cossío pretendió analizar el caso desde esta óptica: para él, el artículo 4 constitucional, párrafo 1 contiene o refiere a una garantía institucional. Así, la pregunta para él no era qué derecho fundamental actualizaba la reforma legal que permitió el matrimonio entre

es La Familia, no las personas y sus derechos “familiares” (por llamarlos de cierta forma). Jurídicamente, las consecuencias de adoptar una u otra postura son distintas, como veremos.

Existe otro agravio que vale la pena mencionar. La quejosa argumentó que la reforma viola los artículos 14 y 16 de la Constitución (“garantías de audiencia y debido proceso legal”), “porque la parte demandada no tiene derecho a defenderse ni a ser oída y vencida en juicio, puesto que no se le otorga un término prudente para ofrecer pruebas, ya que es suficiente la simple solicitud de una de las partes para decretar la disolución del vínculo matrimonial.”

Aquí es interesante porque la quejosa lucha contra la disolución del matrimonio, no en contra de la regulación del incidente en el que se decide sobre los bienes y los hijos. El problema esencial es que, si la pareja de uno se quiere divorciar, no hay nada que uno pueda hacer al respecto. La quejosa quiere ser “oída y vencida en juicio”, la pregunta es: ¿en relación a qué? ¿Que cumplió con sus obligaciones maritales? ¿Y? Dado que ya no hay faltas, ¿qué exactamente se tiene que comprobar en juicio? Y, ¿a quién, exactamente, hay que convencer? ¿A un juez o a la pareja? (O, ¿al juez para que obligue a la pareja?) En muchos sentidos, es la lógica del caso de violación entre cónyuges de 1994, pero sin la “violencia física”: es imponer algo (el coito, una relación completa) so pretexto de que existe algo más importante, que está por encima de las simples voluntades, que es la familia.

personas del mismo sexo, sino si con la misma se vulneraba la garantía institucional de la familia. Esto es: ¿la reforma violenta el *núcleo esencial* de la familia? La lógica detrás de la argumentación del Ministro Cossío es la misma, a mi entender, de la que utiliza la quejosa: existe un *algo* llamado “familia” (así como existe la “universidad”, el “partido político”, el “municipio”) que tiene una *esencia*, un *núcleo*, un *algo que la hace ser lo que es*. Esa esencia está “garantizada”, protegida, pues: ninguna medida – legislativa, por lo general– debe desfigurarla. Para Cossío, la esencia de la familia *no* era que se constituyera exclusivamente a través de un matrimonio heterosexual (de ahí que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era inconstitucional).

3. La respuesta del Tribunal Colegiado

La demanda fue conocida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Las siguientes fueron sus respuestas a los agravios de la quejosa.

En relación al primer agravio, relativo a la violación de la teoría de las obligaciones, el Tribunal “desestimó por insuficiente el concepto de violación”, porque la quejosa omitió establecer cuáles eran las garantías individuales violentadas con la reforma. En relación al segundo agravio, relativo a la violación del artículo 4, párrafo primero de la Constitución, el Tribunal determinó que el mismo era infundado. Para él, la reforma no pugna con el artículo 4 constitucional, sino que “reconoce derechos naturales como la libertad, la salud y la integridad, ya que todos [...] pueden optar por divorciarse y hacer valer su derecho para lograr un ambiente adecuado para su bienestar”. El divorcio, recapitula el Tribunal, siempre ha sido considerado como una solución para las relaciones disfuncionales, de maltrato o de violencia. De ahí que, al permitirlo, se actualicen los derechos no sólo de la libertad, sino de la salud y la integridad.

Sin duda, sostiene el Tribunal, se debe de atender a la integración familiar. Sin embargo, el Estado debe atender también a la realidad de los gobernados. Así, si la convivencia resulta ya imposible (por cualquier razón), se debe de dar una solución a ello. Eso es el divorcio.

Lo mismo ocurre en el caso del divorcio unilateral y sin causales. Es la solución legislativa al problema del régimen previo, en el que existían:

verdaderos obstáculos para que los gobernados obtuvieran la separación legal que en ocasiones ya vivían o bien, el cese efectivo de la convivencia conyugal, en virtud de que en ocasiones no podían acreditarse [las causales de divorcio necesario], lo que implicaba condenar a mantener vigente el vínculo matrimonial contra la voluntad de los contrayentes [...]

Además de que el procedimiento era largo, agotador, costoso y devastador e incluso se llegó a utilizar a los hijos para los fines pretendidos y éstos se encontraban en medio de un proceso poco afortunado, donde la lucha por obtener la disolución del vínculo matrimonial y tratar de acreditar que uno de los contendientes era el cónyuge culpable, dañaba más a los hijos que el divorcio en sí mismo.

Además de lo anterior, estima el Tribunal, “el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge”. Por último: “es inadmisibles que el Estado se empeñe en mantener vigente el matrimonio de quienes solicitan el divorcio al considerar que su situación particular se torna irreconciliable”.

4. Los argumentos de la Primera Sala

Para efectos de este apartado, se expondrán los agravios que esgrimió la quejosa en contra del Sexto Tribunal Colegiado, seguidos por la respuesta que les da la Primera Sala de la Corte. Se analizará solamente el agravio en el que se alega una violación al artículo 4 constitucional y no los otros, por la conexión que tienen con el tema de esta tesis.

A. La protección de la familia

Una vez más, la quejosa argumenta que se violentó el artículo 4, párrafo primero de la Constitución, “que consagra el derecho que tiene la familia para que a través de las leyes que se emitan se proteja su organización y desarrollo”. Ello porque, más que propiciar el bienestar de los miembros de la familia, “atenta en contra de la supervivencia de esa institución” al permitir que por una sola voluntad se disuelva el vínculo, sin que el otro cónyuge pueda oponerse. Con la reforma, arguye, no se facilitan “canales de entendimiento”, sino la ruptura de

los lazos familiares. La Primera Sala sostiene que su agravio es infundado por las siguientes razones.

La protección a la que refiere el artículo 4 constitucional, sostiene la Sala, implica que

las leyes y reglamentos que se emitan [deben organizar, proteger y cuidar] a la familia como célula básica que es de la sociedad mexicana. [Implica que] tiene[n] a su cargo el deber de establecer las mejores condiciones para el pleno desarrollo de [los] miembros [de la familia], pues ésta es y debe seguir siendo el núcleo o mejor lugar para el crecimiento y formación de los individuos.

Sin duda, con el párrafo anterior la Primera Sala le sigue otorgando un valor social importantísimo a la familia: es y debe seguir siendo el “núcleo” de los individuos, el lugar en el que crecen y se forman.¹⁴⁴ Ahora, lo interesante de la transcripción es, más bien, lo que realmente merece la protección estatal: el pleno desarrollo de los miembros de la familia y no de La Familia, en sí misma. Si a lo anterior se suma el hecho de que, para la Sala, “además del matrimonio, [la familia] ha tenido diversas formas de surgir, como son el concubinato, [las] sociedades de convivencias, las uniones libres, etcétera”, resulta que la obligación de proteger a la familia, implica la obligación de garantizar el desarrollo de los miembros de todos los diversos tipos de familias.¹⁴⁵

¹⁴⁴ ¿Qué significa que la familia sea “el lugar en el que crecen y se forman los individuos”? Es difícil de saberlo. Como vimos, para Santo Tomás, el matrimonio – única forma legítima de fundar una familia– era el lugar en el que se *educaban* a los hijos y en el que las personas (sobre todo los cónyuges) perfeccionaban su carácter (a través de la convivencia). ¿Tendrá el mismo propósito hoy la familia (que ya no se reduce al matrimonio)? Por la retórica de la Corte (y de la sociedad), parece que sí.

¹⁴⁵ El pluralismo que demostrará en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 estaba presente aquí. En forma incipiente, pero presente al fin.

En este contexto, la Sala prosigue a analizar la figura del divorcio y su relación al matrimonio. Sin duda, sostiene, el matrimonio “en principio garantiza la estabilidad de la unión conyugal”. Sin embargo, “el logro de esa estabilidad no implica que los consortes, per se, tengan que permanecer unidos [a pesar de] que sea imposible su convivencia”. Ante esa imposibilidad, “se originó la figura del divorcio, la que tuvo por objeto proporcionar una solución menos dañina a la que imperaba con relaciones disfuncionales de maltrato o de violencia familiar.” Desde esta perspectiva, el divorcio es una forma de proteger a la familia, ya que evita que prosiga una convivencia imposible, dañina o, simplemente, indeseada.

En relación con la reforma que modifica el régimen de divorcio, para introducir el unilateral y sin causales, la Primera Sala comienza haciendo alusión a los problemas que generaba la regulación anterior.

[Con el] divorcio contencioso [...] se olvidan las vicisitudes por las que tuvieron que transitar los cónyuges para poder arribar a su separación personal. [Lo] único que les estaba permitido era un proceso controvertido en el que había que probar injurias, adulterio, infidelidades, indiferencia, abandono y un sinnúmero de estrategias para conseguir un culpable de la ruptura del matrimonio y nunca la causal podía *ser el desamor*.

Esta enunciación de causas no comprendía las motivaciones profundas de la ruptura conyugal, sino sólo las consecuencias visibles de aquella [...] Lo que se lograba no era un proceso en el que se respetaran las individualidades y la voluntad de los cónyuges, sino una controversia entre ellos, en donde la necesidad de probar causales llevó a desestimar demandas de divorcio, incluso tratándose de matrimonios que de facto estaban rotos.

[Así], contrario a lo que alega la recurrente, lejos de que la sociedad se perjudique [con la reforma], la misma se beneficia, pues se evitan desgastes entre los contendientes como resultado del aspecto contencioso que implicaba acreditar la causa invocada como origen del divorcio; puesto que, esa carga

probatoria generaba desajustes emocionales e incluso, a veces, violencia entre los cónyuges. [Así], a través de un acto declarativo, no constitutivo de derechos, [el Estado] facilita el trámite de la disolución del vínculo matrimonial, con lo cual coadyuva a evitar enfrentamientos innecesarios entre los integrantes de la familia y primordialmente sobre los menores, que indefectiblemente son parte del conflicto.

Este párrafo es impresionante porque, una vez más, se humaniza al derecho. No podemos olvidar las consecuencias que este tipo de regulaciones tienen en las personas. No podemos olvidar que el débito carnal lleva a la violación de las mujeres; que el divorcio necesario, a peleas brutales entre los cónyuges... ¿Todo para qué? Lo que importa es lo que pasa en la realidad, cómo se terminan afectando las subjetividades. Por eso la Sala estima que la reforma es constitucional, porque protege a la familia, corrigiendo un sistema de divorcio que propiciaba la violencia y el egoísmo, por uno que permite una disolución fácil y pronta en el que la salud de los miembros queda salvaguardada. Importa la tranquilidad personal, más que la conservación institucional. Recapitulando:

es evidente que [...] las reformas mencionadas observan el derecho consagrado en el artículo 4 de la Constitución, pues se respeta la libertad de los cónyuges al expresar su voluntad de no continuar casados lo que logra un ambiente adecuado para su bienestar emocional que trae como consecuencia, el que se mantenga la armonía entre los integrantes del núcleo familiar.

Ahora, la interpretación de la Sala es interesante porque, implícita en ella, está la concepción de que el derecho familiar es, para efectos prácticos, una política pública:¹⁴⁶ una acción estatal, sujeta a cambios,

¹⁴⁶ Creo que si una estudia la historia del matrimonio, se dará cuenta que a pesar de la idea de que se trata de una institución fija –perfecta, completa, inmodificable–, nadie

dependiendo de cómo impacte a la realidad, cómo evolucionen los valores, cómo se modifiquen las circunstancias. Al aludir a las desventajas de un régimen en específico como justificación de un cambio, la Sala está permitiendo que se analice, una y otra vez, si una regulación es o no la mejor para garantizar el desarrollo de las personas, con base en sus realidades y derechos.

Es importante explicitar lo anterior porque es esta concepción del derecho familiar la que permite que el mismo evolucione. Por lo mismo, es esta concepción la que está directamente peleada con cualquiera que sostiene que existe una esencia, inmodificable, eterna, perfecta de las “instituciones”: si el diseño de esa institución resulta dañino o incompatible con la realidad actual (por no decir con los valores imperantes), puede cambiarse. En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la Corte dirá: debe cambiarse.

Por otra parte, creo que el conceptualizar al divorcio como una forma de actualizar la obligación de garantizar el desarrollo de los miembros de la familia, implica que la regulación siempre debe estar a disposición de las personas, para proteger o subsanar sus vínculos familiares, más que estar ahí para moldear o fomentar cierto tipo de vínculos familiares o conservar ciertas instituciones. La consecuencia es esa: el derecho se pone en un segundo plano en la conformación de

ha podido escapar la preocupación por los efectos que tiene en la realidad. El caso del divorcio es el más extremo e ilustrativo de ello. Desde Lutero hasta Venustiano Carranza, la preocupación por remediar la violencia familiar, la sevicia, o *cualquier otro caso similar* ha estado como trasfondo de la justificación del divorcio. Claro, hoy en día llegamos al caso del *desamor* –ya no tiene que ser tan trágico– o, en términos hollywoodenses, a las “diferencias irreconciliables”. Consecuencias de la posmodernidad. Para la preocupación de Lutero por el divorcio y las reformas que realizó a esta figura, véase Witte, *op. cit.*, nota 23, pp. 56, 65-70; para el caso del Venustiano Carranza, véase el Decreto de ley, publicado el 29 de diciembre de 1914, que reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal, decretadas el 25 de diciembre de 1873 (la exposición de motivos es una verdadera joya).

la familia, juega un papel que se limita a reconocer lo que es importante para las personas, más que imponérselos. Los protagonistas en la conformación familiar son las personas, al derecho sólo le corresponde reconocer esa realidad y asegurarse que se respeten ciertos principios (como el de la violencia familiar) mínimos, que tienen más que ver con la convivencia cotidiana que con un asunto familiar en el sentido clásico.

El otro punto que resulta importante de la interpretación de la Sala es que conceptualiza al artículo 4, párrafo primero como un derecho que tiene cada miembro familiar para que las leyes garanticen su desarrollo personal. Aunque en esta sentencia no se profundiza sobre las consecuencias de este enfoque (de hecho, en ninguna de las que hasta ahora se han analizado), podría ser importante explorarlo. Pienso en el impacto que podría tener, por ejemplo, para las feministas: ya no sólo cuentan con el artículo 1 y el artículo 4, párrafo primero (enunciado primero), como garantías de igualdad, sino que la norma que se dedica a la familia –considerada, por muchas, como el lugar desde el cual se origina gran parte de la discriminación y sumisión– puede resultar un aliado para garantizar el desarrollo de las mujeres.

B. El libre desarrollo de la personalidad

A las razones expuestas anteriormente para sostener la constitucionalidad de la reforma, se suman las que tienen que ver con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ahora, me parece importante señalar que existe una diferencia que es necesaria explicar entre el mejor desarrollo de los miembros de una familia y el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los miembros de una familia.

El primero –el mejor desarrollo de los miembros de una familia– implica la obligación estatal de estar monitoreando, constantemente, el impacto que tiene una regulación en la vida de los gobernados. Para el caso de la familia, en general, y del divorcio en específico, implica que

el legislador debe plantearse preguntas como las siguientes: ¿qué pasa con los juicios? ¿qué pasa con los arreglos familiares? ¿cómo se afecta la vida de las personas? ¿genera violencia o antagonismo? ¿genera costos (económicos) excesivos en sus vidas? ¿qué pasa con los menores? Puede decirse que la obligación de garantizar el mejor desarrollo de los miembros familiares es lo que podría fundamentar todas las reformas a disposiciones que rigen la violencia intrafamiliar (en los Códigos Civiles, Códigos Penales, Leyes de Salud, etcétera): se busca diseñar esquemas que permitan o al menos no impidan el mejor desarrollo de las personas.¹⁴⁷ Desde aquí puede entenderse por qué la presente reforma al régimen de divorcio fue entendida como una que garantiza el mejor desarrollo de las personas, así entendido: busca que no sufran violencia, desgaste emocional, chantajes y un largo etcétera.

El libre desarrollo de la personalidad, por su parte, tiene que ver con la elección de las personas: con proteger su voluntad, su decisión de hacer lo que quieran, por las razones que quieran. Este derecho es el que sostiene afirmaciones como la siguiente:

A través [del divorcio unilateral y sin causales] se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado.^{148 149}

¹⁴⁷ No creo que el *mejor desarrollo* de los miembros de la familia tenga que ver con un impulso paternalista o perfeccionista (al menos no como ha sido articulado por la Corte hasta ahorita), sino que tiene que ver con garantizar las condiciones para que las personas puedan desarrollar su vida: impedir violencia, tratar de garantizar estabilidad, tratar de ser equitativos en los arreglos familiares, etcétera.

¹⁴⁸ La Sala, creo, no distingue tan nítidamente. Justo después del párrafo que sirve como cita para este pie de página, la Sala escribe: “Así el ejercicio de su derecho para demandar el divorcio no se hace depender de la demostración de causal alguna, con lo cual se busca la armonía en la relaciones familiares, pues no habrá un desgaste

Una cosa es que una regulación fomente situaciones de violencia, de desgaste emocional, de chantaje, de excesivos gastos económicos (sin ningún tipo de resultado beneficioso) –o busque impedir todas estas situaciones–, y otra cosa es una regulación que permita que las partes –individualmente– hagan lo que quieran. Creo que esta es la diferencia entre ambos derechos y por qué hay que distinguir entre las razones que da la Corte para validar las reformas al CCDF.

Ahora, a diferencia del Amparo Directo Civil 6/2008, aquí la Sala no intentó fundamentar el libre desarrollo de la personalidad (en ningún momento señala de dónde sale este concepto), ni trató de profundizar en él. Aparece, sin más, en la resolución para servir como base de la importancia que juega la voluntad en el divorcio unilateral y sin causales. Si se retoma la interpretación que sí se ofreció en el Amparo Directo Civil 6/2008, sin embargo, resulta bastante interesante la aplicación de este concepto para el caso del divorcio: lo importante es permitir que el individuo sea. Si hoy quiere permanecer casado, que así sea; si hoy quiere divorciarse porque siente que este matrimonio ya

entre las partes para tratar de probar la causa que originó el divorcio, lo que en la actualidad genera desajuste emocional e incluso violencia entre los cónyuges.” Ahora, debo admitir que esta sentencia no es de las mejores en términos de redacción, ni siquiera en términos de construcción jurídica (el Amparo Directo Civil 6/2008 o la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 son mucho más limpias, precisas y profundas). Pero creo que, una revisión de la misma lleva a sostener la distinción que aquí expongo.

¹⁴⁹ En el Amparo en Revisión 2446/2009, la Primera Sala lo deja aún más claro: “El matrimonio es una institución del derecho civil que tiene como base la autonomía de la voluntad de las personas, lo cual implica una decisión libre de ambas para continuar o no unidas a ese vínculo; y por tanto, no se priva de defensa alguna al cónyuge que esté en desacuerdo, con la solicitud unilateral de divorcio, pues si no existe la voluntad del otro consorte para continuar con el matrimonio, el divorcio debe autorizarse, puesto que esa decisión les compete solamente a ellos, razón por la cual no puede ser motivo de controversia.”

no le es suficiente, que así sea también. Eso, para efectos de la disolución del vínculo matrimonial, ya no le importa al Estado. La labor de éste debe limitarse a respetar la voluntad de las personas.

4. Recapitulación

Antes de proseguir, valga una breve recapitulación. El caso aquí analizado es importante por las siguientes razones. Para empezar, es la primera ocasión en la que la Corte interpreta el artículo 4, párrafo primero de la Constitución, que dispone que la ley protegerá el desarrollo y la organización de la familia. De la interpretación que ofrece la Corte, se puede derivar lo siguiente.

Para empezar: cualquier regulación que tenga por objeto modificar los arreglos familiares tiene que buscar el bienestar (en términos de “mejor desarrollo”) de cada miembro de la familia en lo individual y no de La Familia, como un ente en sí mismo; así, el objeto de protección de la regulación cambia: lo importante son las personas, no La Familia. Con ello, se garantiza que nadie –absolutamente nadie– tenga que someterse a una dinámica que lo lastima o vulnera, so pretexto de tutelar algo que va más allá de ella o él.

Como segundo punto: a partir de esta sentencia, cualquier regulación que tenga por objeto modificar los arreglos familiares tiene que respetar el libre desarrollo de la personalidad. Esto es: no sólo tiene que garantizar que cada uno de los miembros esté protegido de algún daño o pueda desarrollarse sanamente, sino que tiene que asegurar que la elección personal de cada uno de los miembros de la familia pueda realizarse, sea cual sea ésta, por las razones que sean.

Al tratarse de un caso de divorcio, queda claro que la Corte separa al matrimonio de la parentalidad: una cosa son los cónyuges – quienes pueden casarse cuando quieran o divorciarse cuando quieran, por las razones que quieran– y otra son las hijas. Por más que se tengan hijas en común, un matrimonio no tiene por qué permanecer si los cónyuges no lo quieren. Con este fallo, la Corte destruye cualquier

iniciativa que pretenda someter a los cónyuges a una dinámica familiar con la excusa de proteger a los menores. Me parece importante separarlo del primer punto porque, aunque la lógica es la misma, podrían defenderse por vías distintas. Una cosa es, por ejemplo, que el divorcio (unilateral y sin causales) vulnere a la familia, protegida en el artículo 4, párrafo 1 constitucional; y otra es que el divorcio (unilateral y sin causales) vulnere el principio del interés superior del menor, consagrado en el artículo 4, párrafos sexto y séptimo (que sería la lógica de Santo Tomás reconfigurada en el lenguaje contemporáneo). La Corte destruye ambas interpretaciones.

Por último, al validar las reformas al CCDF que permitieron el divorcio unilateral y sin causales, la Corte refuerza la idea de que el matrimonio, cada vez más, sea una simple cuestión de amor y voluntad y no una figura que tutele un bien que va más allá de las partes y su plan de vida. Ciertamente, la retórica de que las disposiciones familiares son “de interés público” persiste, pero al menos el matrimonio –unión de dos partes– que poco ya tiene que ver con la parentalidad, es una cuestión personal: si ya no nos aman, hay que aceptarlo. Y si nos aman, ¡qué mejor! ¡Hay que disfrutarlo!



CAPÍTULO VI.

LAS FAMILIAS *TUTTI FRUTTI*

En este capítulo se analizará la última sentencia que compone la serie que integra esta tesis: la relativa al matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo, que es la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.¹⁵⁰ Quizá después del recorrido que ya se ha hecho, no sorprenda su sentido, ni su argumentación. Por una mayoría calificada de 9-2, la Corte de Justicia de la Nación declaró constitucionales al matrimonio y la adopción por parte de estas parejas, con base en la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo.

Lo significativo de esta sentencia no estriba solamente en su sentido, ni tampoco en su argumentación, sino en la confrontación directa con la postura que sostiene que el matrimonio es esencialmente una institución heterosexual y procreativa. La Corte no sólo sostiene lo contrario –esto es, que se trata de una regulación disponible para el legislador– sino que recorre la historia para ver exactamente cómo ha evolucionado. Normativamente, el matrimonio y la regulación de la familia debe cambiar; e históricamente, así ha sido, nos dice la Corte. El esencialismo detrás del matrimonio queda destruido con esta sentencia. Veamos de qué forma.

¹⁵⁰ La Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 fue resuelta por el Pleno el 16 de agosto de 2010. Para un recuento de todo este proceso, detallado y desmenuzado por sesión, visite <http://manualdelacorte.com/matrimoniodf/>. El Manual de la Corte fue un proyecto de seguimiento judicial que iniciamos tres estudiantes de derecho del ITAM (Daniela Hernández Chong Cuy, Esteban Illades y yo) y uno de arquitectura de la Universidad Iberoamericana (Rodrigo Escandón), con el propósito de traducir las discusiones y resoluciones de la Corte a un lenguaje accesible para todos. El primero y único caso hasta la fecha que se analizó fue la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

El capítulo está estructurado de la siguiente forma: en un primer apartado se revisarán, brevemente, las reformas que realizó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al Código Civil de dicha entidad federativa que permitieron el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. En un segundo apartado, se analizarán los argumentos que el Procurador General de la República esgrimió en contra de la reforma. En un tercer apartado, se expondrá, de manera pormenorizada, la respuesta que le dio la Corte al Procurador.¹⁵¹

1. La reforma al Código Civil del Distrito Federal

La reforma al Código Civil del Distrito Federal, aprobada el 21 de diciembre 2010 y publicada ocho días después, tuvo dos puntos principales: la modificación de la definición del matrimonio y el cambio en la regulación del concubinato. El matrimonio pasó de ser “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida [...] con la posibilidad de procrear” a “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida”. Esto es: pasó de ser entre una pareja del sexo opuesto, teniendo como posibilidad la

¹⁵¹ No incluiré los argumentos que la Asamblea Legislativa y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal esgrimieron para defender la reforma. Sé que hasta ahora he incluido la mayoría de las posturas que forman parte de un caso, pero en esta ocasión haré una excepción. Mi justificación es sencilla: la Corte retomó muchos de los argumentos que se presentaron por estas instancias. En este sentido, sería repetitivo incluir todas las posturas. Además, dado que esta tesis, en principio, pretende dar cuenta de un cambio, lo verdaderamente interesante es la postura del Procurador *vis-à-vis* la de la Corte. Ello no significa, sin embargo, que la lectora interesada en el tema del matrimonio y la adopción gay no deba revisar esos documentos. Tanto la Asamblea Legislativa como el Jefe de Gobierno incluyen argumentos novedosos, la primera referida a la homofobia y a la libertad de expresión, el segundo en relación al concepto sociológico de la familia que bien valen la pena revisar. El primero está disponible en: <http://bit.ly/aQfXha>. El segundo está disponible en: <http://bit.ly/atKolC>

procreación,¹⁵² a una pareja del mismo sexo y ya. El concubinato no se modificó en su núcleo –sigue siendo el sustituto de facto del matrimonio–, sino sólo en lo relativo a quienes pueden constituirlo: antes, era entre “la concubina y el concubinario”, ahora es entre “las concubinas y los concubinos” que “han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años” (artículo 291 Bis).

Ahora, una de las muchas consecuencias que tuvo la reforma de los artículos 146 y 291 Bis es que al leerse junto con el 391 se permitió la adopción por parte de estos matrimonios y concubinatos. En este sentido, se potenciaron en mayor medida las posibilidades familiares. Ya no sólo pueden existir los matrimonios gay, sino los matrimonios gay con hijos de ambos. O, claro, el concubinato gay, con hijos de ambas. Imagínese lectora, las múltiples opciones.

Así, si la familia es, como establece el artículo 138 Quintus del CCDF, aquella que surge por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato, resulta que en el Distrito Federal terminó por crear a una nueva modalidad, en cada tipo de familia: la homosexual. Con ello el Distrito Federal se convirtió en la entidad federativa con más posibilidades familiares jurídicas para todas las parejas: la sociedad de convivencia (ésta persiste, hasta la fecha), el concubinato o el matrimonio, todos con la adopción plena a su disposición.¹⁵³

¹⁵² En el Distrito Federal, a diferencia del resto de las entidades federativas, la procreación dejó de ser un fin del matrimonio en el 2000. Pasó a ser una “posibilidad”. En sentido estricto, el golpe al matrimonio se hizo entonces, pero, bueno: política y mediáticamente, el cambio que importó fue el del matrimonio entre personas del mismo sexo. Supongo que en la mente de muchas personas, una cosa es que la procreación ya no sea el fin del matrimonio y otra es que el matrimonio pueda pactarse entre personas del mismo sexo. Aquí es cuando una se da cuenta que el problema sí tiene que ver con la homofobia y no sólo con la idoneidad de una institución.

¹⁵³ Uno de los puntos que sostuvieron tanto la ALDF como el JGDF, junto con el Ministro Cossío (en la sesión del 1 de julio de 2010) es que la posibilidad para

2. Los conceptos de violación del Procurador

El 29 de enero de 2010, el Procurador General de la República interpuso la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 en contra de la reforma al CCDF. En específico, impugnó dos artículos: el 146 –que define al matrimonio– y el 391 –que refiere a la adopción por parejas casadas o en concubinato– en su relación con el 146.¹⁵⁴ Esgrimió cinco conceptos de violación, en total, de los cuales sólo se incluirán tres, por considerar que son los más relevantes para efectos de esta tesis.¹⁵⁵

adoptar ya existía para la sociedad de convivencia (dado que ésta se equipara al concubinato; y el concubinato es uno de los supuestos de adopción en pareja).

¹⁵⁴ De esto se deriva que no impugnó, claramente, ni el 291 Bis, que establece el concubinato (y que fue reformado), y el 390, que establece la adopción para solteros (y los requisitos de la adopción, en general). Al no impugnar el 291 Bis, básicamente, aceptó 1. el concubinato de parejas del mismo sexo y 2. la adopción por parte de estas parejas (el 391 fue impugnado *en su relación con el 146...* aunque en su demanda, al referir a la adopción por concubinatos *parece* que no). Al no impugnar el 390, el Procurador parecía no reprochar la adopción por *personas* gay, en lo individual, sino sólo por parejas. Esta “omisión” jugó en el litigio en contra del Procurador (al menos en el debate): incluso si el 391 se declaraba inconstitucional en su relación con el 146, la adopción para parejas o personas *gay* seguía siendo posible, por lo que su argumento era “inoperante”.

¹⁵⁵ El primer concepto de violación que *no* se incluye aquí tiene que ver con el matrimonio y el sistema federal: el Procurador argumentó que la reforma básicamente desfiguraba el sistema federal al imponer a los otros estados la obligación de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, figura *no* reconocida por la mayoría de ellos, e incluso prohibida por algunos (como Yucatán). La Corte declaró infundado su agravio y aclaró que el matrimonio y la adopción son válidos en toda la República. El segundo concepto de violación que *no* se incluye tiene que ver con la “supremacía constitucional”: al violentar el concepto de familia presente en la Constitución y los tratados internacionales (según el Procurador), se viola la supremacía constitucional (133 constitucional). A riesgo de que no haya entendido bien la sentencia de la Corte, este último agravio ni siquiera fue respondido de manera directa (aunque supongo que sí de manera *indirecta*: si todos

a) El concepto de familia y de matrimonio del Procurador

Los tres conceptos de violación del Procurador funcionan con la misma premisa: el concepto que tiene de la familia, en general, y del matrimonio, en particular. Por ello, antes de exponer los conceptos de violación específicos, se analizará qué significa, para el Procurador, la familia y el matrimonio a la luz de la Constitución.

Para empezar, la base de la argumentación del Procurador está en la reforma al 4 constitucional del 31 de diciembre de 1974. En aquel año, dicho artículo cambió radicalmente: se incluyó la igualdad jurídica del hombre y la mujer ante la ley, el derecho de toda persona a decidir el número y espaciamiento de sus hijos y se mandató la protección legal a la organización y el desarrollo de la familia. En el Dictamen de la Cámara de Origen (Diputados), del 12 de noviembre de 1974, puede leerse lo siguiente:

La evolución histórica de la familia nos muestra un proceso de disminución en el número de sus componentes. La familia tradicional, formada por una vasta parentela, abatida por una alta tasa de mortalidad, se transforma paulatinamente al generarse niveles superiores de desenvolvimiento científico y tecnológico. Al cambiar las condiciones demográficas, el decrecimiento de la mortalidad y la natalidad se reflejan en la integración de la familia. Surge así la familia nuclear, característica de las comunidades modernas.

[...]

En los países en vías de desarrollo como México, subsisten en algunos sectores sociales las familias extensas; en tanto que en los más beneficiados, la entidad familiar, cada vez en mayor medida, se compone por *el padre, la madre y pocos hijos*. Este modelo es el ideal de nuestra sociedad futura. La reforma propuesta, instituye la protección legal a organización y

los otros agravios eran infundados, este último –que depende de los otros– también lo es).

desarrollo de la familia. De esta forma, se consolida esta célula básica del cuerpo social, se fomenta su desenvolvimiento y el de la comunidad nacional, ya que la familia es agente primordial del cambio.¹⁵⁶

Es con base en este Dictamen que el Procurador sustenta su concepto constitucional de familia: la compuesta por un padre, una madre e hijos. Su lectura del artículo 4, párrafo primero de la Constitución es la siguiente:¹⁵⁷

La protección que la Constitución Federal establece respecto de la familia en su artículo 4 se proyecta a la construcción de actitudes personales y sociales útiles y necesarias, al resguardo de todos los elementos que contribuyan de manera eficaz y realista a su protección, tomando en cuenta la justa relación entre sus integrantes, y a la abierta colaboración entre las mismas y con la sociedad. En tales circunstancias, se instituye la protección legal y la organización y desarrollo de la familia, concebida como modelo ideal por el Constituyente Permanente, a la conformada por padre, madre e hijos.

Para el Procurador, por familia debe entenderse la compuesta por un padre, una madre, e hijos, lo que corresponde a: una pareja heterosexual encaminada a la reproducción (aunque, quizá tendría que

¹⁵⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas Segunda de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones a los artículos 4, 5, 30 apartado B, fracción II y 123 apartado A, fracciones II, V, XV, XXV y XXIX y apartado B, fracciones VIII y XI, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 12 de noviembre de 1974. Disponible en: <http://bit.ly/kgghwF>

¹⁵⁷ Las citas del Procurador General de la República son citas de la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 y no de la demanda *original*.

admitirlo, “no tanta”).¹⁵⁸ Ahora, lo interesante en la argumentación del Procurador no es sólo lo anterior, sino lo que es la familia:

Por otro lado, si bien no debe considerarse a la familia como una persona jurídica con independencia de sus integrantes, ésta sí constituye un organismo jurídico, puesto que sus miembros no tienen derechos individuales en cuanto integrantes de ella, sino que existe entre ellos una vinculación recíproca de interdependencia, una subordinación a un fin superior y una asignación de funciones dispuesta por la ley.

La familia es una estructura de carácter jurídico, en cuanto grupo organizado y regulado por reglas de derecho que consagran relaciones de interdependencia orientadas a la consecución de un objeto común.

La concepción tomista del Procurador es evidente. La familia tiene un fin superior al cual los miembros deben subordinarse. Las obligaciones detrás de esta entidad están en la ley (que aquí cumple el papel de la ley natural). Lo que estaba implícito en los argumentos de la quejosa del Amparo Directo en Revisión 917/2009 que se revisó en el Capítulo IV, aquí se explicita: el desarrollo personal o las aspiraciones propias deben sacrificarse siempre ante La Familia.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Este es el sinsentido: se utiliza una reforma en la que se pretende *reducir* el número de hijos en las familias (reducción que, en gran parte, se debe a métodos anti-conceptivos; o al menos, *no procreando*) para sostener que el matrimonio está inevitablemente atado a la procreación. Como se vio en el Capítulo III de esta tesis, el derecho a decidir (o la intención de reducir a las familias) ya implica un cambio al concepto del matrimonio: lo que se busca, socialmente, es que la máquina reproductiva que es la familia (valga la “metáfora”) se detenga.

¹⁵⁹ La retórica, por ejemplo, que le pide a la mujer que sacrifique sus “proyectos personales” por el “bien de los hijos” es de este tipo. O la acusación o reclamo de que, porque *no* sacrificó sus “ambiciones personales” ahora la familia está en crisis también corresponden a esta postura. Lo que se me hace curioso es que, por lo general, la que tiene que sacrificarse es ella y no él: rara vez –si es que nunca– se plantea que los hombres se encarguen de los hijos para que las mujeres puedan

Dado que la Acción de Inconstitucionalidad versa sobre la reforma al artículo 146 del CCDF que define al matrimonio, el siguiente paso en la argumentación del Procurador consiste en establecer un vínculo entre el mandato constitucional y la institución legal. Para ello, construye así su argumento:

Ahora bien, el matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual -al menos también en el Distrito Federal, hasta antes de la reforma que se impugna- un hombre y una mujer deciden compartir un proyecto de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia, en principio, a través de su propia descendencia.

El matrimonio es una institución de orden público, porque el interés que en él se tutela no es el particular o individual de

desempeñarse política o laboralmente; ante la “crisis familiar”, la solución que más se propone es que las mujeres *se regresen a la casa...* Esto es lo terrible de los conservadurismos: buscan volver a un esquema del cual hemos *huido* (por razones bastante sensatas y poderosas), en lugar de confrontar las dificultades que puedan surgir de los cambios con *soluciones nuevas*.

Ahora, que quede clara una cosa: yo sí creo que la “liberación de la mujer” afecta, de manera importantísima, la estructura familiar. Es más: la destroza. ¿Por qué? Porque toda la estructura familiar dependía de que la mujer se quedara en casa, pariendo y educando a los hijos. El matrimonio dependía de una división del trabajo por sexo-género (mujeres, femeninas, desempeñando ciertos roles; hombres, masculinos, desempeñando otros roles), como vimos en el Capítulo I de este trabajo. Entonces, sí: cuando se modifica la posición de la mujer, se modifica la lógica del matrimonio (y la familia). Si se dinamita el centro de la estructura, toda ésta se cae. Ya si eso es trágico o es necesario para la construcción de un mundo igualitario, es otra cuestión.

El que es muy atinado, por cierto, en su diagnóstico de los “males” que aquejan la “modernidad” es el Obispo de Querétaro, Mario de Gasperín Gasperín, en su texto “Crisis o país de *zombis*” (disponible en: <http://bit.ly/daiJxK>). Lo publicó justo después de que la Corte decidió la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010; lo interesante, sin embargo, es cómo ubica la “crisis contemporánea” en la liberación sexual y reproductiva de la mujer, más que en el matrimonio homosexual.

quienes lo forman, sino un interés superior, el de la familia, siendo ésta la célula de la sociedad, el matrimonio es también de orden y trascendencia social y no sólo privada.

No pasa inadvertido que si bien el Constituyente Permanente estimó como modelo ideal a la familia conformada por un padre, una madre y los hijos, en la realidad social, pueden existir familias conformadas de manera distinta.

Al respecto, la protección de los derechos y la regulación de las obligaciones surgidos como resultado de una relación familiar, deben estar tutelados por instituciones jurídicas idóneas creadas por el legislador ordinario, dentro del marco señalado en el artículo 4 constitucional, cuyo modelo ideal ha sido descrito por el Constituyente Permanente. Por tanto, si el modelo ideal de familia, planteado por el Constituyente Permanente para los fines del Estado mexicano es el conformado por padre, madre e hijos, consecuentemente, la institución idónea deberá ser el matrimonio, porque esta figura, dentro del cúmulo de derechos y obligaciones que tutela, encuentra los relativos a la reproducción como medio para fundar la familia.

Recapitulemos. Para el Procurador, la familia sí es un ente que es independiente de los individuos: tiene su propio fin y, a partir de éste, su propia regulación. La forma en la que está reglamentada la familia tiene que estar encaminada a cumplir con ese objetivo. Claro está: los individuos que la conforman tienen que someterse a dicho propósito. Primero está la familia, después está la persona.¹⁶⁰

¿Cuál es el fin de la familia? No queda exactamente claro. La única forma de quizá entender cuál es el fin de la familia, en la

¹⁶⁰ Siguiendo la lógica de la nota anterior (159), discursos como el “No me divorcio porque, ¿qué de los niños?” o “No trabajo porque, ¿qué de los niños?” o “No estudio porque, ¿qué de los niños?” pertenecen todos a este tipo de discurso. (De nuevo: nótese cómo, en la realidad, la mayor parte de estos sacrificios vienen por parte de la mujer. Y, si creen en esta retórica –como muchas y muchos creen en ella– dichos actos no se ven como un sacrificio –solo las liberales lo vemos así–, sino como un paso necesario para un único fin: tener una *familia*.)

argumentación del Procurador, es cuando equipara la misma al matrimonio. Para el Procurador, la familia constitucional es la conformada por el padre, la madre y los hijos. La institución idónea para cumplir con esa “protección” es el matrimonio, institución diseñada para “tutelar” los “derechos y obligaciones [...] relativos a la reproducción como medio para fundar la familia.” La verdad es que, para entender al Procurador, primero hay que empezar por el matrimonio y después por la familia. O, más bien: hay que equiparlos. El matrimonio es la institución ideal para tutelar a la familia.

¿Por qué? Más allá de propiciar la reproducción, el Procurador no ofrece ninguna otra razón. De hecho, a su juicio, no tiene por qué. La reproducción es lo único que distingue al matrimonio del resto de las figuras,¹⁶¹ como queda claro con su afirmación de que para las familias “en las que la reproducción no es el principal objetivo [...] aún así existe protección legal mediante figuras jurídicas como el concubinato o la sociedad de convivencia.”

La interpretación del Procurador es difícil de desentrañar, pero parece ser la siguiente: cuando el constituyente mandató la protección de la familia, lo que en realidad quiso fue proteger a la creación de unidades compuestas por padre, madre e hijos. El deseo del Constituyente es que la pequeña familia heterosexual sobreviviera todo. Eso quiere decir que, para que la familia resulte protegida, el matrimonio –institución que fue diseñada para una familia heterosexual– tiene que permanecer inalterado.

Hay que tener en mente que el Procurador está combatiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Por qué no puede haber matrimonio entre éstas personas? Porque el matrimonio fue diseñado para parejas que se reproducen, no para parejas que no se pueden reproducir. Por reproducción, obviamente, el Procurador entiende a la

¹⁶¹ En el Capítulo I vimos cómo para Santo Tomás la procreación biológica *no* es lo que distingue al matrimonio, sino la educación de los hijos.

heterosexual vaginal. Cualquier otra forma es inconcebible, o más precisamente, no amerita la protección constitucional; de lo contrario el Procurador no insistiría tanto en que el matrimonio es sólo entre un hombre y una mujer (que él, obviamente, asume fértiles), y no entre dos hombres o dos mujeres. Ahora, ¿cómo es esto un argumento constitucional? Esto es, ¿por qué el que se altere el matrimonio –figura legal– violenta la Constitución? Si el Constituyente quiere perpetuar la pequeña familia heterosexual –compuesta por padre, madre y pocos hijos– la única forma de lograrlo es dejando al matrimonio incólume. ¿Por qué el matrimonio? Porque es la única figura que fue diseñada para perpetuar la pequeña familia heterosexual. “La naturaleza jurídica de la institución del matrimonio civil es tendente a proteger y establecer los derechos y obligaciones que surgen con motivo de la procreación de los hijos de los cónyuges.” Habiendo dicho eso, sin duda,

deben reconocerse los derechos de todos los individuos; sin embargo, no todas las instituciones jurídicas son para todos, lo cual no significa que requisitos o impedimentos sean iguales a discriminación. En todo caso, se trata de una cuestión de idoneidad material de la norma jurídica.

De nuevo: no es nada en contra de “los homosexuales”, sino de preservar a una institución no por un mandato de la *naturaleza*, sino de la Constitución. Es la lógica de los casos anteriores: no es nada en contra de las mujeres violadas, en contra de las mujeres que no pudieron acceder a un aborto seguro, en contra de los transexuales, en contra de los que son miserables al interior de su matrimonio... Lo que importa es La Institución. La pulcritud conceptual ante todo.

b) Primer concepto de violación: los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal violan el artículo 16 de la Constitución.

Lo primero que habría que reprocharle a la reforma, para el Procurador, es que, con ella, la ALDF, no cumplió con su obligación de fundar y motivar sus actos, consagrada en el artículo 16 constitucional. En específico: no cumplió con su obligación de motivar la reforma (el Procurador admite que la ALDF sí contaba con la facultad para legislar en materia de derecho familiar). En sus palabras, la reforma carece de una “razonabilidad objetiva”.

Para empezar, según el Procurador, la ALDF no comprobó cómo el Código Civil antes de la reforma restringía los derechos de las parejas del mismo sexo (de donde se sigue que, a su parecer, debía de comprobarlo). La ALDF, a decir del Procurador, no comprobó cómo limitar el matrimonio a personas del sexo opuesto restringía o discriminaba a este grupo de la población. Claro, dado que, para el Procurador, el tema es uno de idoneidad de la institución, el que “los homosexuales” reclamen el acceso al matrimonio es tan ridículo como el que alguien sin dinero quiera efectuar una compraventa. No es cuestión de discriminación, sino de diseño de instituciones. Para lo que estas parejas quieren, está la sociedad de convivencia, no el matrimonio.

En segundo lugar, y contrario a lo que se afirmó en la Exposición de motivos de la ALDF, las reformas no se adecuan a los tratados internacionales suscritos por México. Por una parte, la definición de matrimonio del nuevo CCDF es contraria a la que se sostiene en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁶² que definen al matrimonio como aquél

¹⁶² Los artículos son: el 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Los tres artículos –casi idénticos, por cierto– reconocen

contraído entre un hombre y una mujer. Claramente, si estos documentos lo definen así, hay que respetarlo. Además, ninguno de estos documentos, afirma el Procurador, contemplan a la orientación sexual como un “motivo de discriminación”, sino sólo a la raza, la nacionalidad o la religión. Por esa razón, la ALDF sólo está obligada a asegurarse de que el matrimonio no discrimine por estas razones, mas no por “orientación sexual”.

Si a lo anterior se suma el hecho de que la Resolución de la Organización de Estados Americanos del 4 de julio de 2009 y la Declaración de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 2008 que buscan erradicar la discriminación en contra de las personas gay no contemplan al matrimonio como un derecho fundamental, tampoco se entienden las “razones” detrás de la reforma. ¿Por qué extender un derecho que no está contemplado por los tratados que dicen erradicar la discriminación en contra de los homosexuales?

a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”. Los tres, también, reconocen el “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Disponen que el matrimonio “no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (piénsese en la venta o intercambio de mujeres o de niñas... de acuerdo a nuestra definición de niño –menor de edad–). Por último, los tres establecen que los Estados “tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio,” durante y después del mismo. Me parece evidente, además de lo que afirma la Corte en la sentencia –la presunción sobre la heterosexualidad del matrimonio–, que los tratados están más preocupados con garantizar la igualdad de la mujer (en relación al hombre) que con cualquier otra cosa. Ahora, algo que es cierto es que la Corte no ha interpretado realmente estos artículos (salvo para decir que *presumen* una heterosexualidad en el matrimonio, que, sin embargo, no se traduce en una prohibición de que el mismo sea homosexual). Creo que si se quiere hacer un estudio del derecho familiar, además de empezar por la Constitución (al menos los artículos 1, 2, 3, 4, 18, 107, 123), definitivamente habría que incluir a estos tratados. Tarea pendiente, tanto para la Corte, como para la academia jurídica mexicana.

En relación con la adopción, el Procurador argumenta de forma similar. Para él, la ALDF no consideró el impacto que las reformas tendrían en los y las niñas sujetos a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo. La ALDF estaba obligada a motivar sus actos. En consecuencia, debió haber demostrado cómo ser adoptadas por parejas del mismo sexo no implicaría un perjuicio para las niñas. Un análisis del proceso legislativo demuestra cómo ello no fue así. Simplemente antepusieron el derecho de los adoptantes al derecho de los adoptados, sostiene el Procurador. Por esa razón, el artículo 391, en su relación con el 146 del CCDF también viola el 16 constitucional.

c) Segundo concepto de violación: el artículo 146 viola al artículo 4, primer párrafo de la Constitución.

Dado el concepto que el Procurador tiene de la familia y el matrimonio, este concepto de violación resulta evidente:

Se insiste en que, si bien se reconoce que ese modelo ideal no es la única forma de integrar una familia, el matrimonio constituye el instrumento jurídico idóneo más importante para consolidarla como el núcleo de la sociedad, tal como lo concibió el Órgano Revisor de la Constitución, en [1974].

Por lo tanto, cuando la Asamblea Legislativa se atrevió a modificar el concepto de matrimonio, terminó por trastocar la forma más efectiva de cumplir con el mandato constitucional y el espíritu del Constituyente.

Claramente, la mayor parte de la argumentación del Procurador aquí se concentra en sostener por qué hay que ceñirse a una interpretación histórica de la Constitución –en la cual el verdadero espíritu del Constituyente sea respetado–, sin que sea necesario realizar otro tipo de análisis: para este caso, la historia basta.

d) Tercer concepto de violación: el artículo 391 –en su relación con el 146– viola los artículos 1 y 4, párrafos sexto y séptimo de la Constitución¹⁶³

Para el Procurador, la adopción por parte de parejas del mismo sexo es inconstitucional porque no considera el interés superior de las menores, sujetos a la adopción. El interés superior del menor, consagrado en los párrafos sexto y séptimo del artículo 4 de la Constitución y en diversos tratados internacionales, implica la obligación para las autoridades –de todos los poderes y los diversos órdenes– de promover lo necesario para lograr que las menores tengan las condiciones que requieren para satisfacer “sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su pleno desarrollo físico, intelectual y emocional.”

Ahora, según los diversos tratados internacionales suscritos por México, las menores tienen el derecho de desarrollarse en el seno de una familia, lugar idóneo para satisfacer sus necesidades. Para atender al interés superior de las menores, hay que garantizar que éstas puedan crecer al interior de una familia, función que cumple, precisamente, la adopción: es la que posibilita que todas las menores que no convivan con sus progenitores biológicos y/o sus familiares (los y las abuelas, los y las tías, etcétera), puedan, sin embargo, acceder a una “nueva” familia.

¹⁶³ Cabe aclarar que la primera sesión de la discusión del Pleno de la Corte, del 1 de julio de 2010, estuvo dedicada a decidir si se sobreseía o no este agravio. La Asamblea Legislativa reclamó que el 391 no podía ser impugnado porque no sufrió una reforma, ni *formal* (no se votó porque se cambiara), ni *material* (argumentó que no existía un *sistema normativo* entre el 391 y el 146). Originalmente, el proyecto que propuso el Ministro Sergio A. Valls Hernández sobreseía la acción en este punto (recogía los argumentos de la Asamblea Legislativa). Sin embargo, por una votación de 6-5, se decidió que se entraría al fondo del asunto.

El derecho descrito en el párrafo anterior, para el Procurador, “debe acotarse al concepto de familia de cada uno de los Estados signatarios de dicha legislación internacional [...] Para el efecto de cumplir con la legislación internacional, habrá que atenderse al tipo de familia a que se refiere el artículo 4 de la Constitución, cuyo verdadero alcance y significado [ya] ha sido destacado en cuanto a que el Constituyente Permanente definió como el modelo ideal para la sociedad futura, al conformado por padre, madre e hijos.”

Para el Procurador, la adopción no sólo debe ceñirse a las parejas heterosexuales, porque ese es el modelo de familia protegido constitucionalmente, sino porque existe “la posibilidad –no explorada, razonada, ni considerada siquiera por la ALDF en la emisión de las normas que aquí se combaten– de que mediante las modificaciones legales antes enunciadas, se pueda propiciar que los menores adoptados por matrimonios de personas del mismo sexo, no encuentren el ambiente más propicio y adecuado para su desarrollo, generando con ello al adoptado una situación de desigualdad o discriminación respecto de otros adoptados por matrimonios conformados por un hombre y una mujer.”

Además de preferir el derecho de los adultos a formar una familia al derecho de ser adoptados de las menores, sin considerar el impacto que ello podría tener en éstas últimas, el colmo para el Procurador es que la ALDF “no razona, ni expone en el dictamen, ni en la discusión en Comisiones, alguna evidencia probada o argumento sólido, en el sentido de que, con el otorgamiento de menores en adopción a matrimonios o uniones concubinarias conformados por cónyuges del mismo sexo, no se afecta el integral desarrollo del menor, su igualdad y su no discriminación.”

3. La sentencia de la Corte

Los primeros dos conceptos de violación, referidos a los artículos 4 y el 16 constitucional, los aborda la Corte en un mismo apartado. Sin

embargo, divide el ejercicio de forma tal que se responden dos preguntas. La primera de ellas, que tiene como propósito abordar la violación al 4 constitucional es la siguiente: ¿existe un límite (“material”) a la facultad legislativa de regular a la familia de forma tal que, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, se haya rebasado? La segunda pregunta, que pretende abordar lo relativo a la razonabilidad de la medida legislativa en cuestión, es: ¿existen razones constitucionalmente válidas para ampliar el matrimonio a parejas del mismo sexo (o se debió de haber optado por algo distinto)? El tercer concepto de violación lo aborda la Corte después, tomando como base el marco que expone para los agravios anteriores (sobre todo el primero) y complementándolo con el relativo a la no discriminación, enfocados ambos a la adopción.

A. La protección de la familia

Para responder a la primera pregunta, la Corte comienza por perfilar su interpretación del artículo 4, párrafo primero de la Constitución. En concreto, ¿qué es lo que está protegido por dicha norma constitucional? Su respuesta es contundente: la familia, como realidad social. Para la Corte es sencillo: dicho artículo mandata la protección jurídica de las familias, en sus múltiples manifestaciones. Lo que implica es que el legislador deberá, primero, atender a la pluralidad familiar existente y luego ver cómo protege esos vínculos. No, como pretende el Procurador, formular un concepto ideal de lo que la familia debe ser y obligar a que todos se conformen a él. El ejercicio es exactamente inverso: el derecho reconoce lo que es importante para las personas y no al revés. En sus palabras:

Lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia –su organización y desarrollo–, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección

constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) y que, de ahí, se pueda desprender que la familia se constituya exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sea éste un requisito para que “proceda” la protección constitucional a la familia.

Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

Una de las consecuencias de la anterior interpretación es que las formas específicas de organizar a la familia, quedan supeditadas a la norma constitucional y no al revés: el matrimonio, el concubinato y las sociedades de convivencia (por mencionar tres ejemplos) son formas legales de cumplir con el mandato constitucional. Para efectos de esta tesis, lo más relevante es que el matrimonio se concibe de esta forma y no como algo pre-constitucional que el legislador sólo debe reconocer y no alterar.

Además, para la Corte, el matrimonio tampoco es un concepto que esté definido en la Constitución o en los tratados internacionales suscritos por México (en específico: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos). La interpretación que el Procurador hace de estos últimos, nos dice la Corte, no es tan evidente como él pretende: lo único que queda claro de una lectura de esos tratados es el derecho a contraer matrimonio de los hombres y las mujeres, no que el matrimonio sólo

pueda ser entre un hombre y una mujer. Suponiendo sin conceder, parece proseguir el argumento de la Corte, que existe una constante referencia al matrimonio entre un hombre y una mujer en los documentos normativos, ello tiene una explicación evidente:

Es un hecho innegable que, en épocas anteriores –y no muy lejanas–, las personas homosexuales permanecían ocultas, no se mostraban como tales, dada la desaprobación social hacia ellas; inclusive, hasta hace muy poco, tal condición se consideraba “una enfermedad”... Luego, evidentemente, en tales documentos -Constitución Federal y tratados internacionales-, no era siquiera pensable o reconocible su existencia, menos aún las relaciones o uniones que establecieran de acuerdo con su orientación sexual.

En función de lo anterior, al momento de la creación, reforma, suscripción o ratificación de dichos documentos, no existía la exigencia de considerar o no esta situación, porque, en los hechos, no eran realidades sociales difundidas, no habían adquirido la relevancia que hoy ostentan y, por lo mismo, eran definiciones sobre las que, al no existir una exigencia sustancial de regulación, no fueron retomadas por dichas normas.

Por lo que no es sostenible una interpretación de la Constitución o de los tratados internacionales, en el sentido restrictivo que pretende el accionante pues la interpretación constitucional debe estar, por un lado, siempre en correspondencia con la realidad social y, por otro, debe tender a tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias; debiendo ser muy cuidadosos al interpretar la Constitución, cuando estamos ante temas como el presente -que involucra la ampliación o la igualdad de las personas homosexuales y la protección de sus uniones que, evidentemente, han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil-, en apoyarnos en un elemento “histórico” del tipo que invoca el Procurador General de la República.

Así, dado que el artículo 4 mandata la protección de la familia, como realidad social, y no existe un concepto constitucional de matrimonio, “no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario. [Más si] la realidad social exige que el legislador responda a ella, como ya ha acontecido.”

Lo interesante de la sentencia es que, en los párrafos que siguen, la Corte recapitula cómo, de hecho, la regulación del matrimonio ha sido así: una regulación que ha cambiado con el tiempo, dependiendo de los valores y realidades del momento.

¿Qué transformaciones sociales tiene en mente la Corte al considerar los cambios en el matrimonio? Para empezar, reconoce cómo el matrimonio dejó de ser la única forma socialmente aceptada de formar una familia. Con el paso del tiempo, otro tipo de arreglos familiares comenzaron a tener más presencia en la sociedad. De ahí el reconocimiento legislativo a, por ejemplo, el concubinato y las sociedades de convivencia: alternativas legales al matrimonio.

No sólo el matrimonio se convirtió en una posibilidad más para las parejas, sino en una posibilidad más para los padres. Ciertamente: antes una se casaba no sólo para estar con alguien, sino para tener hijos (“fundar una familia”). Con el paso del tiempo, esto dejó de ser así: el número de padres y/o madres solteras ha incrementado. El número de parejas que no se casan, pero sí tienen hijos, también. O, el número de parejas que se casan, tienen hijos, se divorcian y se vuelven a casar, formando familias compuestas por hijos de matrimonios anteriores e, incluso a veces, con hijos de los nuevos matrimonios, son cada vez más.

En este sentido, la Corte nos dice que también habría que considerar el impacto que tuvo “la incorporación, cada vez más activa, de la mujer al trabajo; el menor número de hijos; la reproducción asistida; [y] la migración” en la conformación familiar. Los cambios podrían seguirse mencionando, pero valga concluir con la Corte que:

Es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.

Es en la desvinculación de la procreación y el matrimonio en el que la Corte se concentra en los párrafos subsecuentes. Lo interesante es que, el análisis que aquí efectúa es, principalmente, normativo, a diferencia de los párrafos anteriores en donde los cambios que narra son primordialmente fácticos. Podría decirse que esta es la interpretación de la Corte de la historia legislativo-judicial del matrimonio:

Como primer ejemplo, señala el caso del divorcio, lo que significó en su momento (1914) la posibilidad de disolver al matrimonio y contraer uno nuevo, con independencia de los hijos. Para la Corte, el divorcio desvincula al matrimonio de la procreación, porque desvincula a la pareja de los padres: una cosa son los adultos entre sí y otra son los adultos como padres. Es la frase que todos le repiten a sus hijos cuando el matrimonio llega su fin: “No porque mi relación con tu padre/madre no haya funcionado, significa que no te amamos”. La Corte menciona, a este respecto, la importancia de la reforma de 2008 al CCDF que permitió el divorcio unilateral y sin causales para rematar el punto: está ya tan desvinculado el matrimonio de la procreación, que el primero puede terminarse unilateralmente sin que ello afecte, en lo absoluto, la relación con los hijos. Una vez más: una cosa son los cónyuges y otra son los hijos.

Como segundo ejemplo, la Corte da el de la “impotencia para la cópula” como causal de nulidad del matrimonio. El gran cambio ha sido que se convirtió en una causal dispensable para las partes. Si ello es así, claramente, es porque la reproducción no es indisoluble del

matrimonio: a pesar de la “impotencia”, las parejas pueden querer permanecer juntas.

Como tercer ejemplo, la Corte alude a la reforma al CCDF en el 2008 que permitió que las personas que hayan pasado por una reasignación de sexo, contrajeran matrimonio. Una de las consecuencias de la cirugía de reasignación de sexo, nos recuerda la Corte, es que las personas resultan incapacitadas para procrear biológicamente después de las mismas. Sin embargo, ello no les impide contraer matrimonio. De hecho, cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien sostuvo que la imposibilidad física de tener hijos no es razón para impedir que los transexuales contraigan matrimonio. Valgan los transexuales para hacer referencia al resto de los infértiles (por cualquier razón que lo sean): en ningún momento en la regulación actual del matrimonio se impide que estas personas lo contraigan.

Como cuarto ejemplo, la Corte alude al mismo Amparo Directo Civil 6/2008, en el que estableció que puede hablarse de “la decisión de un individuo de unirse a otro” y “la relativa de tener hijos o no, [...] sin que la decisión de unirse a otra persona traiga consigo necesariamente lo segundo”. Conceptualmente, nos dice la Corte, existen dos derechos distintos: uno a unirse con la persona amada y el otro a reproducirse. No dependen el uno del otro para su ejercicio. Si lo que tenemos son dos derechos diferentes y no reducibles el uno al otro, entonces no podemos hablar de la sujeción del matrimonio –la unión de dos personas– a la reproducción.

Por ello, concluye la Corte:

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.

[Con base en todo lo anterior, se puede sostener] que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio y, por consiguiente, el legislador, al aprobar la reforma legal impugnada [...] no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia “ideal”.

Aquí puede verse claramente cómo la construcción original del matrimonio condiciona todavía hoy los problemas a resolver. La pregunta es si se altera o no su esencia. La Corte, obviamente, afirma que *no* porque lo que sustenta su construcción no es el concepto tomista. Si nos insertamos en esta lógica, sin embargo, habría que reconocerlo: sí, se ha destruido el matrimonio en su concepción original. Ya no queda nada de él. No es para redimir la sexualidad, no es para garantizar la reproducción, no tiene que ver con la parentalidad. El matrimonio es lo que las partes quieren que sea y eso está bien. Primero, porque con ello *no* se viola ningún derecho, principio o concepto constitucional (si se viola el “mundo de la razón”, “el orden de la naturaleza” o lo que “Dios” dispuso, ya no es problema del constitucionalismo). En segundo lugar, porque sólo un concepto así permite que las personas *sean*, como veremos a continuación.

B. El libre desarrollo de la personalidad

Después de señalar las razones por las cuales la reforma no violenta la Constitución, la Corte decide señalar las razones por las cuales la reforma respeta a la Constitución. Si el Procurador señala que no existían (buenos) motivos para extender el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la Corte pretende demostrar lo contrario. Su sustento, más que la igualdad, es el libre desarrollo de la personalidad.

En esta parte de la sentencia, la Corte convierte al Amparo Directo Civil 6/2008 en su marco analítico. En aquella ocasión, nos dice, se estableció que el libre desarrollo de la personalidad implica “el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida.” Ello “comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual.”

Para este caso, la Corte se detiene, sobre todo, en lo último: la libre opción sexual. Empieza por reconocer el papel que juega en la vida de las personas:

Es la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo o no y que, en modo alguno, deberá limitarlo en la búsqueda y logro de su felicidad.

Bajo esta concepción, la orientación sexual es tan fundamental en la vida de una persona, que constituye no sólo su identidad (sexual), sino que –obviamente– es la base a partir de la cual construye sus relaciones sexo-afectivas. Antes que el matrimonio, el concubinato, la sociedad de convivencia, o las uniones libres, está la elección de a quién desear y a quién amar; tan fundamental como lo es el ¿es ateo o

judío?, ¿es rica o pobre?, ¿es mexicana o gringa?, ¿es comunicólogo o abogado?, ¿es guapo o feo?, ¿es carismática o aburrida?, ¿es honesto o deshonesto y un largo etcétera, está el: ¿es hombre o mujer (o trans)? ¿es masculina, femenino? ¿es gay, bi, bi-curioso-heterosexual, heteroflexible? Los cuestionamientos que cada quien realice o los impulsos a los que cada quien reacciona, son asunto de cada quien, pero, bajo la lógica de la Corte, son fundamentales. Tan fundamentales que es exigible su reconocimiento:

Si uno de los aspectos que conduce la forma en que un individuo proyectará su vida y sus relaciones es su orientación sexual, es un hecho que, en pleno respeto a la dignidad humana, es exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, se decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos y el matrimonio).

La Corte establece un ciclo. Para las personas, el deseo y el amor es parte fundamental de sus vidas. Lo que implica la decisión de a quién amar y cómo. Las personas tienen el derecho a que su amor sea respetado: el Estado no puede intervenir para erradicarlo, perseguirlo o castigarlo. Cuando la Corte escribe que es “exigible el reconocimiento [...] de la orientación sexual”, creo que tiene en mente, precisamente, la persecución de la que han sufrido o pueden llegar a sufrir todos aquellos que no se conforman a un estándar heterosexual. En este sentido, ese “reconocimiento” implica el más clásico *right to be left alone* de los liberales: la no intromisión del Estado en la cama de los ciudadanos. Sin embargo, la Corte no se detiene ahí: el Estado no sólo no debe intervenir para erradicar las identidades o prácticas sexuales, sino que debe reconocerlas legalmente, a través de su inclusión en las distintas modalidades de relaciones que llegue a regular. Podría decirse

que aquí es cuando el artículo 4, párrafo primero se une al derecho a la identidad sexual en su conexión al libre desarrollo de la personalidad: para que una persona pueda desplegar y vivir sus afectos, éstos no sólo tienen que ser respetados, sino que tienen que estar protegidos por la legislación. Si, por ahora, las figuras que se han ingeniado para la protección de ciertos lazos son el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia, las personas –todas– tienen que tener acceso a las mismas. Ya corresponderá a cada quien decidir si optan por algunas de las opciones o no.

Ahora, aún a pesar de que en la Constitución mexicana existe una norma que obliga al legislador a regular a la familia, creo que el argumento de la Corte no necesita dicha norma para justificar la importancia de ser reconocido legalmente. Una y otra vez, la Corte nos dice que el libre desarrollo de la personalidad implica que las personas pueden elegir casarse o no, tener hijos o no. ¿Por qué menciona estos ejemplos la Corte sin, necesariamente, hacer alusión a derechos específicos consagrados en la Constitución? Porque la interpretación de la Corte parte, creo yo, de un reconocimiento de lo que es importante para las personas. Ciertamente, podría justificar ambos derechos en algún instrumento normativo (el derecho a tener hijos o no, en el artículo 4, párrafo segundo de la Constitución; el derecho a contraer matrimonio, en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos), pero decide no hacerlo (sino hasta después). Seamos honestos, parece decirnos la Corte: para las personas, es importante vivir sus afectos no sólo en lo privado, sino en público. La maternidad y la paternidad son importantes, también. Ello se puede constatar en la realidad. Casarse es un asunto social. Tener hijos, también. Por eso, la Corte no utilizó las palabras “unirse con alguien”, sino “casarse”: el parámetro social para definir y medir las relaciones sigue siendo el matrimonio. Por este contexto, por esta realidad es que debe reconocerse un derecho al matrimonio, que bien podría sustituirse por

el derecho a tener acceso a “la relación que, en su momento, sea importante en la sociedad”. Por ahora, eso es el matrimonio.

C. La no discriminación

Al inicio del Considerando Séptimo, dedicado a la adopción, la Corte comienza reconociendo que parte de la argumentación del Procurador para este concepto de violación descansa también sobre su concepto de familia. Dado que ya se desvirtuó el mismo en apartados anteriores, la Corte no le dedica mayor espacio en este apartado: ya que no existe un concepto único de familia protegida constitucionalmente, es incorrecto que la familia a la cual tienen derecho los menores deba estar compuesta por una pareja heterosexual. En sus palabras:

De esta manera, si esta Suprema Corte ya estableció que respecto de la protección constitucional a la familia, el legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa, así como que la familia, es un concepto social y dinámico, por lo que, dicha protección debe comprender todo tipo de familia y, de ahí, se concluyó que el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que, en modo alguno, violenta la Norma Fundamental, no es posible entonces sostener que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio, si es su decisión, pero no a conformar una familia, pues, se insiste, la protección constitucional no se limita a un modelo o estructura familiar.

Después de exponer las obvias consecuencias para la adopción de su concepto de familia, la Corte procede a argumentar cómo, de cumplirse el deseo del Procurador (excluir a las parejas del mismo sexo de la adopción), se estaría violentando el artículo 1 de la Constitución. Para ello, propone un concepto robusto y novedoso de la no discriminación, cuya cita extensiva vale la pena:

Es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante u adoptantes dada, precisamente, esa protección constitucional especial de los niños y niñas [incluida en el artículo 4, párrafos sexto y séptimo de la Constitución]; sin embargo, ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja –que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana¹⁶⁴ y, como tal, forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad–, le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, por estimar que el sólo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo afecta el interés superior del menor.

En efecto, esta Suprema Corte no tiene base normativa alguna para declarar inconstitucional el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, apoyándose en que la adopción por parejas del mismo sexo, *per se*, afecta el interés superior del menor, [ya que] cualquier argumento en esa dirección nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1 de la Constitución Federal que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la dignidad humana, lo que también sería contrario a la interpretación que este Alto Tribunal ha desarrollado y confirmado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4 constitucional y los derechos de los menores.

Pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de adopción a una categoría entera de

¹⁶⁴ Unos dicen aberración, otros enfermedad, otros –como la Corte– dicen “opciones que se presentan en la naturaleza humana”. Claro, después del Amparo Directo Civil 6/2008, esta forma de entender a la homosexualidad no sorprende: *claro* que es parte de la “naturaleza humana”.

personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente.

[En este sentido], no se observa qué diferencia constitucional o jurídica habría entre excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual o excluir, por motivos de raza, por ejemplo, o de origen étnico, religioso o económico, por citar simplemente algunos casos [...] Por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen, porque, en cualquier caso, estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por la Constitución o una familia “amenazante” o “disfuncional” para los niños: la Constitución hace que esa misma averiguación sea innecesaria.

[Es] relevante considerar que, como dijimos al aludir a la familia y al matrimonio, las sociedades siempre son dinámicas. En algún momento, en otros países, las parejas interraciales eran discriminadas y objeto de crítica, lo que hoy ya no ocurre.¹⁶⁵ Las adopciones interraciales también eran mal vistas y hoy son completamente aceptadas. Igualmente, los hijos de madre soltera o de padres divorciados, en alguna época, eran discriminados. La misma adopción, durante un tiempo, se mantuvo en secrecía, porque los hijos adoptados podían ser discriminados, y hoy, se le trata con toda libertad y apertura.

De igual manera, tampoco puede aceptarse la presunción del accionante, acerca de que este tipo de adopción afecta el interés superior de los niños y niñas, pues los colocará en una situación

¹⁶⁵ Es impresionante cómo, aún a pesar del racismo y discriminación existente en México, no parecemos ser capaces de aludir a ejemplos nacionales para referir a este problema. Por lo general, se hace referencia al problema de racismo en Estados Unidos. No que sean inválidos los ejemplos (la lógica de la discriminación, creo, es la misma en casi todas partes), sino que simplemente impresiona cómo no aludimos a referentes propios. En cierto sentido, lo mismo pasó con los estudios relativos a la homosexualidad. Fueran a favor o en contra del matrimonio y la adopción gay, todos los referentes venían de otros países.

de “desigualdad” frente a otros menores que sí estén en una familia heterosexual y, además, que serán objeto de discriminación social. Como hemos señalado, existe actualmente una gran diversidad de familias, sobre todo, monoparentales, por lo que, sostener lo afirmado por el Procurador, sería tanto como decir que todos los niños y niñas que crecen en familias distintas, están en desventaja frente a los otros; además, es indiscutible que, en un Estado democrático de derecho, el legislador debe buscar la eliminación de las diversas formas de discriminación e intolerancia que se presentan en la sociedad, lo cual se logra a través del reconocimiento y protección de todo tipo de familia que pueda existir, no de su “exclusión” o “negación”.

Ante el mandato de la Constitución, que establece el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación, el Tribunal Constitucional debe ser parte de esta tendencia que evite y establezca los criterios para no discriminar. El derecho debe ser parte del avance social. Si esta Suprema Corte estableciera que la reforma impugnada es inconstitucional, porque la sociedad va a discriminar a los niños que sean adoptados por parejas homosexuales, se discriminaría a estos niños desde esta sede constitucional, lo cual sería sumamente grave.

Es sumamente interesante la forma en la que la sentencia resultó dividida. Me parece que no es sino hasta la adopción en donde sale el fantasma de la homofobia. En muchos sentidos, la primera parte de la discusión, la relativa al matrimonio, estuvo dominada por una discusión que versaba casi exclusivamente sobre esta institución: bien lo decía el Procurador, no era en contra de “los homosexuales”, sino una cuestión de idoneidad institucional. Tratándose de la adopción, sin embargo, no había forma de ocultarlo: el problema sí son “los homosexuales”. Sea porque son inherentemente malvados o porque se cree que lo son, los niños –¡oh, los niños!– no deben estar a su disposición. La respuesta de la Corte creo es directamente proporcional

a las acusaciones del Procurador. Ahora, la Corte no se limita a aludir al derecho a la no discriminación para justificar su postura, sino que aborda lo que implica el principio del interés superior del menor:

En el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, claramente establecidas en ley, para que, de esta forma, la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.

En este sentido, el Estado no está obligado a garantizar la supuesta situación utópica y no jurídicamente asible que la demanda invoca cuando habla de la necesidad de dar al adoptado “los mejores padres posibles”. Si el Estado tuviera que garantizar ese estándar de “los mejores padres posibles”, el régimen de adopciones quedaría absolutamente inoperativo, por una parte, y probablemente también resultaría gravemente violatorio del párrafo tercero del artículo 1 constitucional.

El reconocimiento jurídico de la existencia de familias homoparentales que [se conformaron] vía reproducción o adopción, no desatiende el interés superior del niño; por el contrario, de dicho reconocimiento derivan una serie de derechos a favor del menor y de obligaciones de quienes son sus padres, pues es una realidad que dichas familias existen y, como tales, deben ser protegidas por el legislador: son tan respetables unas como otras.

La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado 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.

Actualmente, tratándose del Distrito Federal, existen garantías razonables conforme al sistema normativo de que ese interés superior será protegido frente a cualquier solicitante, no importando su condición personal o su preferencia sexual; sin embargo, no pasa desapercibido que el estándar de los

procedimientos de adopción en México, está muy por debajo de los niveles internacionales. En este sentido, los esfuerzos para lograr la protección del interés superior del niño tendrían que estar más bien encaminados a tener sistemas de adopción más eficaces que garanticen que miles de niños que hoy se quedan en albergues o en orfanatos, puedan tener una familia, y miles de parejas que quieren tener hijos puedan tenerlos, de manera segura, para los niños y niñas.

Como queda claro, la argumentación de la Corte funciona en dos sentidos. Por un lado, sí responde lo relativo al interés superior del menor, aclarando cómo opera este principio a nivel legislativo y qué implica para efectos de la regulación de la adopción. Básicamente, nos dice la Corte, las leyes –en este caso, el CCDF– deben asegurar que exista un procedimiento que garantice que cada menor en específico tenga el mejor padre/madre/padres/madres en particular. Las leyes no pueden juzgar, *a priori*, que cierto grupo de individuos no será apto para ser padres o madres (so pretexto de ser dañinos para los menores), sino sólo reglamentar el proceso de adopción de forma tal que las únicas adopciones exitosas sean las que atienden al interés de cada uno de los menores.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Valga mencionar que, en el Código Civil del Distrito Federal, son sólo tres los “requisitos” que una persona tiene que cumplir para poder *solicitar* una adopción: tener más de 25 años, estar en pleno ejercicio de sus derechos y tener medios suficientes para mantener al menor. *En sentido estricto*, alguien que *estuvo* condenado a un delito privativo de libertad *no* está excluido de *solicitar* una adopción. El artículo 390, que regula los requisitos para las solicitudes de adopción, tampoco excluye –por ejemplo– a personas que se dediquen a profesiones ilegales (uno asume que es un requisito *razonable*). Sin embargo, *nadie se escandaliza por ello* y no proponen un *condado específico* para que este tipo de *sujetos* adopten. Lo que me parece demuestra cómo, en parte, el argumento de la Corte o su forma de concebir al interés superior del menor tiene sentido (*i.e.*: el proceso legislativo sí garantiza que sujetos así, al final, no tengan acceso a la adopción), pero también,

El argumento de la Corte es interesante porque prohíbe la exclusión de universos de sujetos, creo yo, no sólo por el derecho a la no discriminación, sino genuinamente por el interés superior del menor. Uno nunca sabe, nos dice la Corte, qué pueda ser lo mejor para cada niño o niña. El ejemplo más inmediato que viene a la mente es el caso de un adolescente que ya se identifica como gay. ¿A poco los mejores padres para él serían una pareja heterosexual católica conservadora? Claro, el criterio también permite, en cierta medida, que se admita que quizá el que una pareja de homosexuales adopten a un niño en Guanajuato no sea lo más idóneo, pero ese es precisamente el punto: atender a cada caso, en lo particular, para determinar qué es lo mejor.¹⁶⁷ Y conforme el contexto o las circunstancias cambien.

Ahora, y por si el interés superior del menor no fuera suficiente para señalar lo infundado del agravio del Procurador, la Corte sí afirma que negar la posibilidad de solicitar una adopción sería discriminatorio para este grupo social. Pero lo impactante de su actuar es que no se queda en sólo ese escenario –esto es, excluir a “los homosexuales” de la adopción es discriminatorio–, sino que afirma que no incluirlos

cómo la persecución en contra de “los homosexuales” poco o nada tiene que ver con los menores, sino con el prejuicio en contra de los primeros.

¹⁶⁷ Imagínense si los mismos requisitos para adoptar lo fueran para embarazar/se: ¡qué distinto sería el mundo! Nadie podría tener hijos sino hasta demostrar que son los más aptos y que tienen los medios suficientes... ¡No más hijos abandonados! ¡No más hijos en psicoanálisis! ¡No más violencia o abuso infantil! ¡Porque todos los hijos serían deseados por personas aptas para cuidarlos! (Olviden la homosexualidad o la abstinencia sexual: ¡esto sería lo que llevaría al fin de la especie!) Seguiré soñando. Pero valga este ejemplo para evidenciar una cosa: cómo la reproducción hetero/sexual está sujeta a un sinfín de trabas, mientras que la reproducción hetero/sexual no. Y esto ocurre no sólo con los homosexuales, sino cualquier pareja incapaz de reproducir hijos a través de un “coito” heterosexual. Mientras que este tipo de reproducción está sujeta, por lo general, a una revisión posterior (no es sino hasta que nace el bebé que el derecho se preocupa por la aptitud de los padres), el resto está sujeta a todo tipo de controles.

también lo es. En este sentido, el Estado tiene que ser un factor de cambio y no el mero receptor de los prejuicios sociales:

Ante el mandato de la Constitución, que establece el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación, el Tribunal Constitucional debe ser parte de esta tendencia que evite y establezca los criterios para no discriminar. El derecho debe ser parte del avance social. Si esta Suprema Corte estableciera que la reforma impugnada es inconstitucional, porque la sociedad va a discriminar a los niños que sean adoptados por parejas homosexuales, se discriminaría a estos niños desde esta sede constitucional, lo cual sería sumamente grave.

4. Recapitulación

Antes de proseguir, valga una breve recapitulación de las razones por las cuales el caso aquí analizado es importante para efectos del presente trabajo.

Para empezar, esta sentencia propone una interpretación novedosa del artículo 4, párrafo primero de la Constitución, que dispone que la ley protegerá el desarrollo y la organización de la familia (que viene a complementar la que esgrimió para el Amparo Directo en Revisión 917/2009, analizado en el Capítulo V). De la interpretación que ofrece la Corte, se puede derivar lo siguiente.

Esta disposición mandata la protección de la familia, como realidad social. Esto es revolucionario porque el derecho familiar deja de ser uno que pretende moldear a la realidad y comienza a ser uno que la refleja. Las pretensiones perfeccionistas del derecho familiar (sobre todo del matrimonio) ceden frente a los deseos de cada persona en lo particular. Esto vuelca la presunción sobre la idoneidad de los arreglos familiares a favor de los que son novedosos y en contra de los que pretenden conservar el diseño anterior: se presume que los arreglos nuevos son legítimos, salvo que se demuestre lo contrario. Ahí donde

antes había monstruos que no se adaptaban (las divorciadas, los padres solteros, los matrimonios del mismo sexo, los concubinatos...), ahora hay individuos satisfaciendo sus proyectos personales. Vaya giro.

La norma que mandata la protección de la familia puede concebirse como un derecho de cada una de las personas a que sus lazos afectivo-familiares sean reconocidos por la legislación. Al proteger a la familia como realidad social –esto es, a las familias por contraposición a La Familia– esta norma se convierte en un mecanismo de tutela individual para las relaciones afectivas. Si una pareja del mismo sexo fuera a iniciar un juicio de amparo en cualquiera de los estados para poder acceder a la figura del matrimonio –ya que ninguno de ellos actualmente contempla al matrimonio para personas del mismo sexo–, podrían señalar como fundamento de su pretensión no sólo el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 1, párrafos primero y tercero), sino el derecho a la protección de su familia (artículo 4, párrafo primero). Esto me parece fundamental porque no es sólo una cuestión de igualdad, *per se*, sino lo que está detrás de ella: el reconocimiento de cada uno de los lazos familiares que llegan a surgir en la realidad.

Ahora, el reconocimiento de los lazos familiares debe proceder, no sólo por el artículo 1 o por el artículo 4 de la Constitución, sino por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para que las personas puedan “ser artífices de su mundo”, es necesario poner a su disposición las distintas opciones de vida. Para que las personas puedan ser libres, tenemos que desencadenarlas. En este sentido, el fundamento para el reconocimiento, en este caso, del matrimonio entre personas del mismo sexo es la posibilidad de que un grupo de personas –el de las parejas del mismo sexo– tenga a su disposición una nueva forma de vida. Ya la decisión dependerá de cada quien.

Lo que surge, al final, es una interpretación de la familia que incorpora todos los valores consagrados en la Constitución. Sea cual sea la figura en la que se concrete legalmente, el arreglo familiar debe

de ser igualitario, permitir el libre desarrollo de la personalidad y ser tal que se respeten los diversos arreglos existentes en la realidad (es decir, que se respete el pluralismo).

En relación con el matrimonio, en específico, la resolución de la Corte es fundamental por lo siguiente. Como punto importante, hay que señalar que la Corte no encuentra en la Constitución una definición de matrimonio. Es más: lo que tiene piso constitucional es la familia, no el matrimonio. Éste, como figura legal, podría desaparecer sin que se violente a la Constitución; siempre que, claro está, con su erradicación no se vulnere el derecho a la protección de la familia como hasta ahora ha sido construido. Podría decirse que, con la interpretación de la Corte, lo que muchos conservadores buscan para resolver “la cuestión *gay*” –esto es, que exista una figura que sea como el matrimonio pero que no sea el matrimonio–, podría aplicarse para las familias en general, ya que lo que importan no son las figuras en sí mismas, sino lo que está detrás: los lazos, los roles, los afectos que se protegen con ellas. Esto último es lo que hay que proteger, no a la Institución. De nuevo: lo importante son las personas y sus derechos, no el Matrimonio y su diseño.

Después de esta resolución, ya no queda la menor duda de que el matrimonio es simplemente una figura legal que está sujeta a la Constitución y no al revés. Por lo mismo, es una figura que está a disposición del legislador y que puede modificarse (o, como mencionamos anteriormente, incluso erradicarse). En este sentido, la pregunta que debe responderse es si la regulación del matrimonio cumple con la Constitución y no si la misma se adecúa a un concepto esencial y pre-Constitucional del mismo.

All you need is love.

The Beatles

CONCLUSIÓN

LA *CONSTITUCIONALIZACIÓN* DEL MATRIMONIO

En este trabajo se pretendió dar cuenta de un proceso histórico particular: el de la *constitucionalización* del matrimonio jurídico. Es decir, la forma a través de la cual los valores, principios y derechos de la Constitución permearon y reconfiguraron a esta institución. La transformación que aquí analizamos no es más que la culminación de la que inició en 1857: aquella que pretendía consolidar al Estado Constitucional de Derecho y expulsar al cristianismo de la esfera del poder público. La diferencia entre la primera ley que reguló al matrimonio jurídico y los fallos aquí analizados estriba en el tipo de intervención desplegada. El Estado pasó de interferir *formalmente* y aceptar el concepto canónico del matrimonio sin cuestionarlo, a reconstruirlo *sustantivamente* hasta tener su propia noción: el matrimonio constitucional.

En las sentencias aquí analizadas se pudo ver que, en el fondo, las dos posturas que se disputaban por el significado del matrimonio eran el cristianismo y el constitucionalismo. El primero, como vimos, planteaba la pregunta siempre en términos de la *naturaleza* de esta institución. Los problemas, para esta postura, se resolvían reflexionando en torno a su definición. Ello ya que preguntar por la esencia del matrimonio –capturada por la definición– no era más que preguntar por el fin último de la persona. En este sentido, todas las respuestas que ofrecía para los casos concretos tenían como trasfondo un *orden*, dispuesto por la naturaleza, al cual la persona se debía de someter porque es lo correcto, lo justo, lo que garantiza que cumpla con su propósito en el mundo de la razón.

El constitucionalismo, por su parte, comenzaba preocupándose precisamente por lo que el cristianismo ignoraba: las personas en concreto y sus realidades. Mientras el primero se enfocaba en el

matrimonio, el segundo veía a mujeres violadas, a mujeres sin posibilidad de decirle *no* a la maternidad, a transexuales sin acceso a ciertos privilegios, a personas atrapadas en la trágica dinámica de su familia y a *gays* y bisexuales tratando de reivindicar sus derechos. Cuando el enfoque es la persona –artífice de su propio universo– y no el orden instaurado por Dios, es evidente que la consternación es otra. Caso por caso se reconfiguró la dinámica del poder. Al final del proceso, vimos que el matrimonio canónico quedó por completo desfigurado y expulsado del paraíso constitucional.

Puntualicemos, ya para acabar, las diferencias fundamentales entre el matrimonio del cual partimos –el canónico– y al cual hemos llegado –el constitucional–, para ver exactamente cómo una visión y otra llevan a formas distintas de entender y ordenar a la realidad.

Órdenes normativos que los regulan. El matrimonio canónico tiene como fundamento el derecho canónico. El matrimonio constitucional tiene como fundamento el derecho constitucional. El puente entre ambos fue el derecho civil, hermano del derecho canónico; ahora, reconfigurado y transformado por las premisas del constitucionalismo. En el mundo cristiano, tanto el derecho canónico, como el derecho civil reflejaban –o debían reflejar– el orden de las cosas. En el mundo constitucional, el derecho civil debe reflejar los valores, principios y derechos constitucionales que tienen como propósito permitir que las personas se desarrollen plenamente.

Relación entre matrimonio, parentalidad y familia. Bajo la concepción canónica, el matrimonio es el único medio legítimo para formar una familia. Matrimonio, parentalidad y familia son una y la misma cosa: una se casa para formar una familia, que no es sino tener hijos y educarlos. Bajo el constitucionalismo, el matrimonio no es la única forma de constituir a una familia. Existen otras figuras –como el concubinato o la sociedad de convivencia– que constituyen lazos

familiares. Todas ameritan protección constitucional. En el constitucionalismo, el matrimonio tampoco es el único medio para constituir lazos de parentalidad. Una es madre o padre con independencia de su estado civil: sea soltero, divorciado o viudo.

Sexo. En la concepción canónica, existe un sistema binario de sexo: está el hombre y está la mujer. Ambos son definidos, primordialmente, por su capacidad reproductiva y ciertos rasgos fisiológicos. En la concepción constitucional, más que un sistema binario rígido, puede hablarse de un continuo: en un lado del espectro tenemos a los hombres y del otro a las mujeres. La asignación a uno u otro depende, más bien, de una cuestión de voluntad: mujer es la que quiere serlo, la que se identifica a sí misma como tal.

Género. En la concepción canónica, a cada sexo le corresponde un género: el hombre es masculino y la mujer es femenina. Ello implica que al hombre le corresponden ciertos rasgos, actitudes y roles que sólo Él puede desempeñar; y lo mismo puede decirse para la mujer. En el constitucionalismo, el sexo no determina el género. Una mujer puede ser masculina; un hombre puede ser femenino. O, pueden ser una mezcla mucho más compleja: se puede ser femenina en la cama, masculina para los asuntos financieros, una dama en la cocina, un patriarca con los hijos. Depende de cada persona decidir qué quiere ser en estos términos.

Orientación sexual. En el catolicismo, tanto por la concepción que se tiene de la sexualidad –ésta es pecaminosa a menos que se redima a través de la reproducción dentro del matrimonio–, como por su concepto específico de género –el Hombre y la Mujer son complementos uno del otro–, la heterosexualidad es un componente esencial del matrimonio. En el constitucionalismo, las distintas orientaciones sexuales –heterosexualidad, homosexualidad,

bisexualidad, etcétera— son manifestaciones sexo-afectivas que encontramos en la naturaleza y que son unas tan válidas como las otras. Por lo mismo, todas ameritan protección constitucional. Desde aquí, el matrimonio se reconfigura y puede ser pactado por dos hombres, dos mujeres o una pareja del sexo opuesto. Depende de cada quien —sus deseos, sus prácticas, sus afectos— qué tipo de pareja quiere ser.

Roles. En el matrimonio canónico, los roles se asignan en función del sexo/género: al Hombre le corresponde ser el proveedor, el que representa a la familia en los asuntos públicos, el que la protege; a la mujer le corresponde encargarse de los hijos y obedecer a su marido. Para el constitucionalismo, tanto los roles que se deben cumplir al interior del matrimonio, como quiénes los deben desempeñar dependen de las partes. Si el matrimonio es para “procrear” o para “hacerse compañía”, depende de ellas. Y la asignación de funciones tiene más que ver con el talento, las circunstancias y las ganas de cada quien, que con cualquier otra cosa. Le corresponde a las partes ser creativas y descifrar quién es la buena para qué.

Sexualidad. Para el catolicismo, vimos que la sexualidad es esencialmente pecaminosa y la única forma en la que puede redimirse es si, al interior del matrimonio, se encamina a la reproducción. Por ello, la única sexualidad legítima es la reproductiva en el matrimonio. Vimos, además, que por esta concepción particular de la sexualidad y la forma en la que el matrimonio fue diseñado, la pareja quedaba sometida al deseo del otro. Esto es: que existía una imposibilidad de *rehusarse* a la cópula sexual. Para el constitucionalismo, la sexualidad no es un pecado: puede ser procreativa o recreativa. Le corresponde a cada persona determinar lo que quiera hacer con ella. Es, además, *libre*: nadie puede imponerle a otra persona el coito (o cualquier otro acto sexual). El ejercicio sexual siempre debe ser elegido; basta un

“no” para que la dinámica se detenga.

Reproducción. En el concepto canónico del matrimonio, la reproducción siempre debe buscarse y nunca puede impedirse. El uso de anti-conceptivos (en cualquier momento) está prohibido. En el constitucionalismo, la reproducción es libre: puede buscarse (por distintas vías: la heterosexual, la inseminación artificial, la subrogación de útero, la adopción) o puede impedirse (por distintas vías, como el uso del condón, la pastilla anti-conceptiva, la vasectomía, etcétera), de acuerdo a lo que cada persona quiera. Lo que queda claro es que la reproducción debe ser siempre elegida: madre es la que quiere serlo.

Fin. El matrimonio canónico se define a partir de sus fines que son, como se vio, una de las razones que distinguen a esta institución de todas las otras: la educación de los hijos, la comunidad de vida, el deber de fidelidad y el estatus de sacramento. Cuando las partes consienten al matrimonio, consienten a ello. En el constitucionalismo, el matrimonio es lo que las partes quieren que sea. De ahí que lo único que quede de su definición original sea el componente “comunidad de vida”. Qué resulte de la misma, depende de cada quien.

Obligaciones. En el concepto canónico del matrimonio, las obligaciones se derivaban de la misma definición: el débito carnal (tanto por la procreación, como por la fidelidad), la obligación de cohabitar y de contribuir cada uno a los “objetos del hogar”. En el constitucionalismo, las obligaciones son aquellas que dererminen las partes, *siempre que*, claro está, no se vulneren derechos fundamentales con ello. En el derecho canónico, se establecía que no se podían pactar cláusulas que vulneraran la esencia del matrimonio. En el derecho constitucional, no se pueden pactar cláusulas que vulneren los derechos fundamentales de las personas. En el primero, por ejemplo, no podía pactarse la abstinencia sexual de una de las partes. En el

segundo, por ejemplo, no se podría pactar una reproducción forzada.

Sin duda, las diferencias son de *fondo*. Definitivamente, habría que darles la razón a los que se adscriben al cristianismo y sostienen que el producto final de este proceso ya no es un matrimonio. Bajo su perspectiva, eso es *evidente*. Lo que espero haya quedado claro de este trabajo, sin embargo, es que ello, en el constitucionalismo, no importa. Preservar a una institución no es lo fundamental, sino garantizar los derechos de las personas. Diseñar un modelo perfecto de familia no debe ser la preocupación de las autoridades, sino buscar la forma para que las personas puedan construir sus propios conceptos de lo que es la familia y vivir sus afectos. En la pugna entre La Familia y *las familias*, que no es más que la pugna entre el Orden y la Libertad, es evidente cuáles son las que tienen piso constitucional.

La pregunta cambió. Lo importante no es ya la naturaleza del matrimonio, sino los derechos de las personas. No se trata de desentrañar el Orden, sino de construirlo. De temerle a la libertad, sino de ejercerla... Qué barbaridad: nos ganó la posmodernidad.

Lo único que nos queda ya es amarnos.

ANEXOS

1. Tabla sobre las diferencias principales entre el matrimonio canónico y el constitucional

Matrimonio legítimo	La concepción canónica-civilista		La concepción constitucional
Órdenes normativos que lo regulan	Derecho canónico y derecho de los contratos		Constitución Códigos Civiles (transformados por ésta)
Relación entre Matrimonio, paternidad y familia	El matrimonio <i>funda</i> a la familia: en él, se da la relación de pareja y, en él, se dan las relaciones parentales. Matrimonio y familia son una y la misma cosa.		El matrimonio se <i>separa</i> de la paternidad, y la Familia se vuelve heterogénea: se tienen familias monoparentales, familias de parejas, familias de matrimonio e hijos, etc.
Otras figuras familiares	El matrimonio es la única figura que debe regular a la familia.		El matrimonio es <i>una figura más</i> que regula las relaciones familiares (concubinato, sociedad de convivencia...)
Especie	Humanos		Humanos (este es uno de los puntos de más consenso aún, pero sólo quiero señalar el tabú que está detrás: nada de animales, nada de robots, nada de empresas)
Edad	Edad reproductiva/Adultos (la figura de la emancipación)		¿Edad reproductiva? ¿Adultos?
Sexo	Hombre	Mujer	Hombre ----Inter/Transexuales--- Mujer
Género	Masculino	Femenina	Masculino ----- Femenino
Pareja	Mujer femenina	Hombre masculino	Hombre / Masculino ----- Mujer / Femenina
Roles	Encargada de la educación y cuidado de los hijos; es el apoyo doméstico para la labor pública del marido.	Encargado de la manutención de la familia; lleva la representación pública de la familia (política, mercado).	Los roles se asignan conforme al talento, la oportunidad, la necesidad, la voluntad. No existe una asignación por sexo. * Los roles que le corresponden a la pareja y a los padres han ido cambiando. (Las “figuras auxiliares”: la niñera, la escuela...)
Sexualidad	La sexualidad es reproductiva y la reproducción es sexual. Si uno quiere sexo (procreativo) el otro debe someterse (débito carnal). (Toda sexualidad no reproductiva es pecado.) (El matrimonio es para los que no pueden		La sexualidad es reproductiva o no-reproductiva; la reproducción es sexual o asexual (inseminación artificial, gestación de útero, adopción): las partes eligen. El ejercicio sexual, para que proceda, tiene que ser por mutuo acuerdo: si uno

	abstenerse.)	no quiere, el otro no puede exigirselo (ni mucho menos imponérselo). La libertad sexual es individual.
Reproducción	Debe buscarse y no puede impedirse (ni con el uso del anticoncepción como el condón o la pastilla, ni con el aborto).	Puede quererse o no quererse; puede detenerse por diversas vías: uso del condón, pastilla, anti-concepción de emergencia, aborto; puede buscarse por diversas vías: coito heterosexual, inseminación artificial (con óvulo donado; con espermatozoides donados; con útero subrogado), adopción... La libertad reproductiva es individual.
Fin	La procreación, el cuidado de los hijos, ayudarse con el “peso de la vida”	Lo que las partes quieran (vivir sus afectos, tener hijos, compartir bienes, ajustarse a los estándares sociales...)
Temporalidad	Eterno (“Hasta que la muerte nos separe”)	Temporal o eterno, depende de las partes (“Hasta que funcione”)
Obligaciones	Fidelidad, vivir en el domicilio conyugal, procrear, “contribuir a los objetos del matrimonio” (para el hombre: proveer; para la mujer: cuidar a los hijos).	Vivir en el domicilio conyugal, “contribuir a los objetos del matrimonio” (que son los que las partes pactan); ¿la fidelidad conyugal?
Número	Dos.	¿Dos? La poligamia para efectos de los adultos contrayentes; y La multi-parentalidad tratándose de los hijos...
Fin de la familia	La familia (el matrimonio) se concibe como un micro-Estado. Ahí es donde ocurre la educación de los devotos/ciudadanos del futuro. Es la micro-unidad en la que el cuidado se da: los padres cuidan/educan a los hijos; los hermanos entre sí; los cónyuges entre sí; los abuelos...	El fin de la(s) familia(s) es satisfacer los deseos y afectos de las personas (decisión de la Suprema Corte). ¿Cuál es el fin de regular a las familias? ¿Por qué regularlas de cierta forma y no de otra?
Los monstruos	Todo aquél que no se adapte: el/la no-bautizadoa; el/la infértil; el/la que no quiere reproducirse; el/la divorciado; la que no es femenina [...]; el/la que no está conforme a su cuerpo; el/la que no es heterosexual; el/la infiel (¿?); los/las polígamos; los/las solteros...	Todo aquél que no se adapte (¿?): ¿los/las polígamos?; ¿los/las solteros?; ¿los/las cyborgsexuales?; ¿los/las católicos?...

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, UNAM, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2008, pp. 19-20.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Informe para la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 23 de febrero de 2010.
- BUTLER, Judith, “Is Kinship Always Already Heterosexual?”, *Undoing Gender*, Nueva York, Routledge, 2004, pp. 102-130.
- COURTIS, Christian, “El juego de los juristas”, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Christian Courtis (ed.), Madrid, Trotta, 2006, pp. 105-156.
- DESPENTES, Virginie, *King Kong Theory*, First Feminist Press Edition, EUA, 2006, pp. 33-34
- DIDUCK, Alison y Katherine O'DONOVAN, *Feminist Perspectives on Family Law*, Inglaterra, Routledge-Cavendish, 2006.
- ESKRIDGE, William, “Beyond Families We Choose”, *Gaylaw. Challenging the Apartheid of the Closet*, EUA, Harvard University Press, pp. 271-290.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad. I. La Voluntad de saber*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2007.
- GIRGIS, Sherif, Robert GEORGE & Ryan ANDERSON, “What is Marriage?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2010, vol. 34.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

- GRIGOLO, Michele, "Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Legal Subject", *EJIL*, 2003, vol. 14, núm. 5.
- LAFONT, Cristina, "Justicia global en una sociedad mundial pluralista", *Pluralismo*, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía, III Congreso Iberoamericano de Filosofía, 1-5 de julio de 2008.
- MADRAZO, Alejandro, "The evolution of Mexico City's abortion laws: From public morality to women's autonomy", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2009.
- , "El derecho a decidir o el derecho a la procreación", *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Marcelo Alegre, et al. (eds.), 1ª edición, Buenos Aires, Librería, 2010, pp. 161-180.
- , "Género y libertad de expresión", *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Rodolfo Vázquez y Juan A. Cruz Parceró (coords.), México, Fontamara-SCJN, 2011, pp. 103-130.
- MADRAZO, Alejandro y Estefanía VELA, "The (Mexican) Supreme Court's Sexual Revolution?", por publicarse en el *Texas Law Review*.
- PATIÑO, Alberto, *Libertad religiosa y principio de cooperación en Hispanoamérica*, UNAM-IIIJ, México, 2011.
- ROGERS, Eugene F. Jr. (ed.), *Theology and Sexuality. Classic and Contemporary Readings*, EUA, Blackwell Publishing, 2007.
- RUBIN, Gayle, "Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad", *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina*, Carole Vance (ed.), Madrid, Revolución, 1989.
- RUIZ ORTEGA, Antonio, "Estudio comparativo del perfil de los internos por el delito de violación en el sistema penitenciario de la Ciudad de México", disponible en: <http://bit.ly/kYwnLx>
- SALDIVIA, Laura, "Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad", *Derecho y sexualidades. Seminario en*

Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Marcelo Alegre, et al. (eds.), 1ª edición, Buenos Aires, Librería, 2010, pp. 161-180.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, Aquino, *The Summa Theologica*, Benzinger Bros. Edition, 1947, *Suplemento*, Preguntas 41-68, disponible en: <http://bit.ly/j25yCw>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de tesis 5/92, resuelta por la Primera Sala, en mayo de 1994.

-----, Solicitud de modificación de jurisprudencia, 9/2005-PS, resuelta por la Primera Sala, el 16 de noviembre de 2005.

-----, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, resueltas por el Pleno, el 28 de agosto de 2008.

-----, Amparo Directo Civil 6/2008, resuelto por el Pleno, el 6 de enero de 2009.

-----, Amparo directo en revisión 917/2009, resuelto por la Primera Sala, el 23 de septiembre de 2009.

-----, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno, el 16 de agosto de 2010.

VELA, Estefanía, “Matrimonio y adopción gay: análisis de la sentencia”, *El Juego de la Corte* (Blog de la revista Nexos), 3 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/bOC1Xs>

-----, “Current Abortion Regulation in Mexico”, *Documento de trabajo No. 50*, División de Estudios Jurídicos, CIDE, 2010.

VELA, Estefanía y Daniela HERNÁNDEZ CHONG CUY, “Matrimonio y adopción gay: el proyecto de Valls”, *El Juego de la Corte* (Blog de la revista Nexos), 29 de junio de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/d6Ica3>

-----, “La Corte y el debate que viene: matrimonio... y adopción gay”, *El Juego de la Corte* (Blog de la revista Nexos), 5 de julio de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/bybhPv>

-----, “Matrimonio-adopción gay: la perspectiva científica”, *El Juego de la Corte* (Blog de la revista Nexos), 2 de agosto de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/9xTmtf>

- , “Caso Matrimonio-Adopción Gay. Crónica de la Discusión”, El Juego de la Corte (Blog de la revista Nexos), 16 de agosto de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/9doYTU>
- WEST, Robin, *Marriage, Sexuality, and Gender*, Inglaterra, Paradigm Publishers, 2007.
- WEEKS, Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1997.
- WITTE, John Jr., *From Sacrament to Contract. Marriage, Religion, and Law In the Western Tradition*, EUA, Westmister John Knox Press, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 1995.