

**METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN APLICADA A UN
CASO MEXICANO**

(Ensayo con motivo de la asistencia al diplomado “Metodología de la comparación. La resolución de los conflictos: justicia, derechos culturales y plurinación” impartido por la Universidad de Bolonia, Italia, cursado del 26 al 30 de junio de 2017)

Óliver Chaim Camacho

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Ciudad de México, julio 2017.

METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN APLICADA A UN CASO MEXICANO

(Ensayo con motivo de la asistencia al diplomado "Metodología de la comparación. La resolución de los conflictos: justicia, derechos culturales y plurinación" impartido por la Universidad de Bolonia, Italia, cursado del 26 al 30 de junio de 2017)

I. INTRODUCCIÓN.

En la Universidad de Bolonia, Italia, se impartió el curso denominado "Metodología de la comparación. La resolución de los conflictos: justicia, derechos culturales y plurinación", orientado a destacar la importancia de los principios del Derecho Comparado y fundamentalmente su desarrollo relevante en la función de los jueces de invocar criterios jurisdiccionales extranjeros en sus decisiones.

En este curso el profesor Lucio Pegoraro¹ desarrolló el tema relativo al método de comparación aplicado en el derecho constitucional.

En su exposición, el profesor señala que la utilidad del derecho comparado adquiere relevancia atendiendo al ámbito de desarrollo del derecho constitucional más específico, conectado con la circulación de conocimientos y de los modelos, la difusa uniformización del derecho, el proceso de globalización en marcha, así como la aproximación de las formas de Estado y las familias jurídicas.

Afirma que el comportamiento del jurista actualmente ha cambiado hacia una doctrina jurídica que trata de evitar que el derecho constitucional se traduzca en una ciencia justificadora de lo existente, sino que el estudio de una constitución, que no se puede desligar del realizado en la fase de elaboración de toda constitución, tampoco puede prescindir del análisis de su desarrollo posterior.

Bajo este contexto, menciona que la tarea del constitucionalista debe ser la de comparar el derecho constitucional codificado con el que efectivamente se aplica, denunciando las desviaciones, en caso de darse,

¹ Profesor de derecho público comparado en la Universidad de Bolonia y organizador del curso.

pero sin perder de vista la supremacía de la Constitución, aun cuando se le considere como algo dinámico y en evolución como consecuencia de los cambios registrados en los usos lingüísticos.

Agrega que un segundo aspecto que caracteriza al constitucionalismo actual junto con el punto de vista de la doctrina que lo estudia es la importancia dada a los principios (y a los valores) expresados en las constituciones, o que se deducen de ellas.

Señala que, con independencia de la opinión que cada uno tenga sobre la naturaleza de tales principios, es indudable que desde la perspectiva de la interpretación y la aplicación, los tribunales constitucionales usan ya las estructuras lingüísticas semánticamente indeterminadas de los textos no sólo para atribuirles significados no consolidados por los usos precedentes, sino también para seleccionar los principios prevalentes a la hora de examinar una cuestión.

De ahí que el profesor sostiene la imprescindible exigencia de estudiar el derecho constitucional de cada ordenamiento desde la perspectiva del derecho comparado.

Asimismo, destaca la inconclusa discusión sobre si el derecho comparado es una ciencia o un método, y comparte su visión relativa a que el derecho comparado es ciencia porque se vale de un método propio que favorece la formulación de clasificaciones y modelos.

Señala que para que una actividad pueda ser adscrita a la ciencia del derecho comparado es necesario que se configuren los siguientes aspectos:

1. Escoger, por lo menos, dos objetos que puedan compararse, esto es, al menos dos ordenamientos que presenten cada uno autonomía propia;
2. Que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación;
3. Que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos; y,
4. Que las referencias de la comparación no sean instrumentales del análisis del ordenamiento interno o, dicho de otro modo, que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo.

Menciona que esta relación aplica tanto para el derecho privado como para el derecho público, así como para el derecho comparado en general.

Resume el profesor que se puede considerar al derecho comparado como una ciencia, cuyo propósito persigue finalidades preeminentemente cognoscitivas, y que se trata de una ciencia que a su vez tiende a especializarse, desde la primera gran división entre derecho público comparado y derecho privado comparado hasta las posteriores, de las cuales brota la existente hoy entre el derecho constitucional comparado y derecho administrativo comparado.

Sobre la finalidad de derecho constitucional comparado, señala que consiste en organizar sistemáticamente el conocimiento en el ámbito de estudio que le compete, por lo que su misión no se agota en la investigación pura con fines meramente especulativos.

Afirma que, para alcanzar sus fines, el derecho comparado se vale del método jurídico, que tiene por objeto de estudio las normas que componen los ordenamientos. Por tanto, el metalenguaje utilizado es el del jurista, al que han de repugnar los juicios de valor, en tanto que imponen valoraciones éticas, morales, religiosas o de cualquier tipo.

En las investigaciones de derecho comparado distingue entre microcomparación y macrocomparación. La primera tiene por objeto determinados institutos, actos, procedimientos, funciones, etcétera, por lo que se necesita de un conocimiento mínimo de la materia de investigación.

La macrocomparación, en cambio, tiene finalidades distintas, como son los presupuestos. El punto de partida es la existencia de diversidades que, sin embargo, no excluyen la comparación, sino que constituyen la propia razón de ser del mismo. Su finalidad es ordenar por grupos familias, sistemas, ordenamientos jurídicos e institutos propios de cada ordenamiento de acuerdo con sus semejanzas y diferencias.

Así, señala que la finalidad del derecho comparado no es el de la proposición y fijación de conceptos inmutables, sino la búsqueda de diferencias y de analogías, cuyo método se sirve, con un alcance variable, del análisis empírico de los ordenamientos, considerados en las estructuras lingüísticas que los componen, así como en la manera concreta en que se aplican las normas relacionadas con ellas o, en todo caso, vigentes.

De ahí que, afirma el profesor, los resultados de los estudios comparados son, más que útiles, indispensables en el ámbito de la elaboración legislativa; tan es así, que en la mayoría de los parlamentos y asambleas existen oficinas especializadas en el estudio de los derechos

extranjeros, y raramente un proyecto de ley se redacta sin que previamente se hayan consultado las experiencias desarrolladas en otros ordenamientos.

Agrega que, en otro aspecto más elevado, como es el de la elaboración y modificación de textos constitucionales, también se requiere de una marcada sensibilidad hacia la comparación; de ahí que la función auxiliar en la redacción de actos normativos asume mayor importancia en una época de globalización y de creciente interacción entre las experiencias jurídicas y se anuda a una segunda función: la de homogeneización del material normativo.

Resalta el profesor que la labor de los comparatistas es también muy valiosa por ciertas disposiciones contenidas en tratados y convenciones internacionales, muchas de las cuales tienen como único objeto la armonización de disciplinas y en los que, en todo caso, se pretende vincular el mayor número posible de ordenamientos a reglas comunes.

Asimismo, señala que la investigación comparada de la interpretación que se da en los ordenamientos ajenos a una disposición que debe ser considerada en el derecho propio resulta muy útil para el juez al momento de tomar una decisión.

Expone el profesor que un constitucionalista, sin importar su origen, no puede renunciar a la comparación debido, al menos, a dos razones:

La primera es que la circulación, siempre intensa, de los modelos obliga a estudiar las instituciones propias del derecho constitucional tomando en cuenta las influencias que provienen del exterior, de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y, sobre todo, jurisprudencial, de la cada vez mayor homogeneización del tejido normativo, de la eficacia obligatoria de los tratados y convenios internacionales (especialmente en materia de derechos), entre otros factores.

De ahí que, hasta el operador que debe trabajar en un entorno marcado por una constitución consolidada desde tiempo atrás, donde las influencias externas se perciben con cierto desfase temporal, no puede ignorar tales corrientes.

La segunda razón es que la macrocomparación es esencial para las investigaciones de derecho constitucional (estudio de la forma de

Estado, forma de gobierno, modelo de descentralización territorial, de justicia constitucional, de los derechos, entre otros).

Por tanto, concluye el profesor, es obligación del constitucionalista, en cualquier ámbito en el que se desenvuelva, conocer el método del derecho comparado y utilizarlo instrumentalmente.

Con base en la brillante exposición de Lucio Pegoraro sobre el tema desarrollado, en este ensayo se asume como válida la premisa de la que parte el ilustre profesor, al afirmar que la utilización del método del derecho comparado resulta, no sólo de gran utilidad, sino en ocasiones es estrictamente necesaria su referencia al momento de resolver asuntos jurisdiccionales que involucren un análisis de control de constitucionalidad y convencionalidad.

Con el objeto de demostrar la aplicación de este método en los jueces locales al emitir sus resoluciones y la forma en la que se realiza, a continuación se analiza un caso en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo uso de la metodología del derecho constitucional comparado, al momento de resolver un asunto que contenía temas que involucraban el desarrollo y delimitación de derechos humanos.

II. METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL, APLICADA A UN CASO MEXICANO.

a) Antecedentes del caso.

En el Amparo en Revisión 704/2015 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de un asunto en el que el quejoso impugnó dos decretos que reforman una Constitución de una entidad federativa y diversos ordenamientos locales en materia civil.

El artículo constitucional local impugnado establece que en dicha entidad se reconocen las relaciones conyugales, las cuales se dividen en matrimonio, que se entiende como aquel contrato civil que se celebra entre un solo hombre y una mujer, mientras que el enlace conyugal es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo. Los artículos referidos al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles locales fueron reformados para sustituir el concepto de matrimonio por el de relaciones conyugales.

El quejoso combatió las normas en su carácter de autoaplicativas, ya que afirma que le genera una afectación directa en su contra al discriminarlo a él y "a todos y cada uno de los homosexuales", por motivo de su preferencia sexual, lo cual contraviene el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en el artículo 1o. constitucional.

Agregó el quejoso que un artículo del Código Civil de la entidad tiene una omisión legislativa, al no incluir a las parejas homoparentales a través del "enlace conyugal" en los supuestos de adopción.

b) Resolución de la Primera Sala (aplicación del método de comparación en una resolución jurisdiccional)

En sesión de dieciocho de marzo de dos mil quince, la Primera Sala del Alto Tribunal resolvió el asunto referido, concediendo el amparo solicitado.

Las consideraciones que sostienen esa decisión, y que interesan para efectos de este ensayo, son las siguientes:

Para contextualizar el problema jurídico planteado, la Primera Sala estableció que las leyes contribuyen a la construcción del significado social en una comunidad, utilizable como base para el desenvolvimiento de la vida en sociedad y el desarrollo de las múltiples relaciones jurídicas en que encuentran las personas cotidianamente, quienes pueden asumir que esa evaluación incluida en la parte evaluativa de una norma es una toma de posición de la que pueden partir para planear sus propias acciones.

Precisó la Primera Sala que cuando se trata de estereotipos es relevante tomar en consideración el papel que desempeñan las leyes, pues la percepción social que hace sobrevivir un prejuicio contra un sector discriminado se sustenta en una compleja red de leyes y normas que regulan los intercambios de las personas para promocionar el rechazo a estos grupos.

Agregó que la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo vulnerable, sino también mediante aquellas normas que promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación, que si bien pueden no tener a los miembros de cierto grupo vulnerable como destinatarios, los efectos de su aplicación mediante la regulación de la conducta de terceros sí les genera un daño de estigmatización por discriminación, lo cual significa

que una ley que en principio pudiera parecer neutra, podría generar una afectación directa e inminente por su simple existencia.

En este sentido, puntualizó que el significado social que es transmitido por la norma no depende de las intenciones del autor de la norma, sino que es función del contexto social que le asigna ese significado; de ahí que lo relevante de un acto de autoridad (por acción u omisión) es determinar si el acto es discriminatorio y no si hubo o no intención de discriminar por parte de la autoridad.

Al analizar el ordenamiento combatido, la Primera Sala señaló que el mensaje de dicha norma derivaba de su propio texto: los matrimonios en esa localidad son heterosexuales, por lo que las parejas homosexuales están excluidas de esta institución y cuentan con la institución del "enlace conyugal".

Así, al establecer el legislador un juicio de valor que diferencia a las parejas heterosexuales de las homosexuales teniendo las mismas obligaciones y derechos, las normas generan que, desde su entrada en vigor, generan una afectación al destinatario, pues sus efectos no están condicionados: contienen un juicio de valor negativo en contra de las parejas homosexuales como no merecedoras de acceso al matrimonio.

Así, al analizar la legitimación del promovente en el juicio, la Primera Sala concluyó que las normas combatidas constituyen un símbolo en sí mismo que construye un significado social sin la necesidad de un acto de aplicación, la cual se actualiza de momento a momento en una afectación constante indirecta, pues si bien las normas no establecen obligaciones de hacer o no hacer en su contra, ni establecen hipótesis normativas que el quejoso pueda actualizar, sí establece una competencia de ejercicio obligatorio a las autoridades civiles del Estado para no reconocer matrimonios que se pretendan celebrar entre parejas del mismo sexo sino, por el contrario, las uniones que se reconocen para estas parejas es el enlace conyugal.

Agregó que la afectación de estigmatización por discriminación transmitida por la parte valorativa de las normas no es una apreciación ideológica ni subjetiva del quejoso, quien se asume como homosexual, sino que es constatable objetivamente, pues el contexto normativo es inequívoco en la pretensión de excluir a las parejas de esta preferencia sexual de la institución del matrimonio y no incluirlas como una institución digna de promoción por parte del Estado, lo cual atiende a una historia de exclusión

de las personas por razón de sus preferencias sexuales, la cual no es necesario acreditar mayormente.

Así, la Primera Sala concluyó que el quejoso tiene interés legítimo para impugnar dichas normas con motivo de su entrada en vigor, al acreditarse una afectación de estigmatización por discriminación generada directamente por el mensaje transmitido por las normas.

Al respecto, destacó que el reconocimiento de esta especial afectación de estigmatización por discriminación para reconocer al quejoso interés legítimo, sin la necesidad de acreditar un acto de aplicación -por la negativa de los beneficios otorgados sobre la base de ese mensaje-, es consistente con los criterios internacionales y de otras Cortes constitucionales que apuntan inequívocamente a sostener que para acreditar legitimación activa para impugnar esquemas normativos, tildados de discriminatorios, no es requisito exigir al quejoso acreditar un acto de aplicación en su contra.

Para demostrar tal aserto, citó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en el caso de María Elena Morales de Sierra vs. Guatemala, determinó que la mera existencia de diversos artículos del Código Civil de dicho país eran discriminatorios contra las mujeres y, en específico, contra la señora Morales, puesto que conferían la representación conyugal y la administración del patrimonio conyugal al esposo, establecían responsabilidades específicas dentro del matrimonio para la esposa (vg. cuidar los niños menores y el hogar), establecían que la mujer casada sólo podía ejercer una profesión o tener un empleo, siempre que ello no perjudicara su papel de madre y ama de casa, y que el esposo podía oponerse a que la esposa realizara actividades fuera del hogar.

Destacó que en ese asunto la comisión concluyó que los artículos alegados como discriminatorios *"tienen efecto inmediato y se plantean sencillamente, en virtud del hecho de que las disposiciones citadas están vigentes"*, sin importar que la señora Morales no se hubiera puesto en el supuesto de que le aplicaran, es decir, la mera existencia de dichas normas es el acto que afectó a la víctima.

La Primera Sala agregó que, en similar sentido, en el caso Toonen vs. Australia, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano autorizado para la aplicación e interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableció respecto de una tipificación penal de la conducta sexual consentida entre personas del mismo sexo, que la mera existencia de dicha ley *"representa(ba) una injerencia continua y directa en*

la vida privada del autor” y al derecho a no discriminación, sin importar que aquél nunca hubiera sido enjuiciado bajo dicha disposición. El comité agregó que la violación en el caso se daba en el supuesto de una ley que no estaba “en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto”, y que no era razonable en las circunstancias del caso.

A continuación, la Primera Sala refirió que “en el derecho comparado, la Corte Constitucional Sudafricana ha destacado que no puede someterse a una persona ya afectada por la existencia de una legislación a la indignidad de serle negado el acceso a la justicia para que se pueda cuestionar ante la Corte la validez de la legislación”.

Continuó explicando que, en ese sentido, la Corte Constitucional Sudafricana ha desarrollado que, en ciertos casos, no es necesario que las personas que están siendo afectadas o que puedan ser afectadas por una ley tengan que contravenirla para tener legitimidad procesal ante los tribunales, es decir, dicha Corte ha considerado que no puede exigirse al quejoso exponerse a un trato indigno para darles la oportunidad de combatir la constitucionalidad de la norma.

Una vez superado el tema de la legitimación, la Primera Sala, al resolver el fondo del asunto, estableció que la norma examinada excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, por el único hecho de su orientación sexual.

En ese orden de ideas, señaló que la medida es claramente discriminatoria, porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia; lo anterior, atendiendo a que, para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio y no existe razón constitucional para no reconocerlo.

Para robustecer esta afirmación, la Primera Sala citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sostuvo en la sentencia del caso Schalk y Kopf v. Austria, que las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar; de ahí que, en consecuencia, debe entenderse que la relación entre dos personas homosexuales que hacen una vida de pareja constituye vida familiar para efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En ese sentido, dedujo la Primera Sala que la medida combatida, si bien determina que las relaciones conyugales tienen la finalidad de proporcionarse ayuda mutua -lo cual es una finalidad constitucionalmente válida para conformar una familia-, lo cierto es que, entonces, no existe justificación alguna para distinguir si la pareja es heterosexual u homosexual.

Destacó que no se podía considerar constitucional dicha medida, porque se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido contra los homosexuales. Esto en el entendido de que la razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales, no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra; la ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es una consecuencia directa de la discriminación histórica que ha existido hacia las parejas homosexuales por razón de su orientación sexual.

Agregó que las violaciones históricas que los homosexuales han sufrido han sido ampliamente reconocidas y documentadas: asesinatos, violencia física, violencia sexual, violencia verbal, acoso público, penalización legal de su orientación sexual, discriminación en sus empleos y en el acceso a ciertos servicios, además de su exclusión de algunos aspectos de la vida pública. En esta línea, la discriminación que sufren las parejas homosexuales, cuando se les niega el acceso al matrimonio, guarda una analogía con la discriminación que en otro momento sufrieron las parejas interraciales.

La Primera Sala hizo referencia al caso de México, en donde normas de la época postrevolucionaria habían establecido requisitos para contraer matrimonio basados en categorías sospechosas, como la raza, como sucedió en 1932, cuando la Suprema Corte de Justicia validó que el Código Civil de una entidad federativa impidiera el matrimonio entre una mujer mexicana y un "individuo de raza china", y destacó, sin hacer un análisis sobre la discriminación racial, que dicha ley no era inconstitucional y no se privaba a nadie de ningún derecho, pues dicha unión era "imposible".

Agregó la Primera Sala que, en el derecho comparado, en 1967, en el caso Loving v. Virginia, la Corte Suprema Estadounidense argumentó que "restringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una o a otra raza es incompatible con la cláusula de protección equitativa" prevista en la Constitución norteamericana.

En conexión con esta analogía, la Primera Sala sostuvo que acceder al matrimonio comporta en realidad *“un derecho a otros derechos”*, dado que los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas.

Al respecto, señaló que en el orden jurídico mexicano existe una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio, entre los que destacan los siguientes: beneficios fiscales, beneficios de solidaridad, beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges, beneficios de propiedad, beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas y beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros.

Partiendo de la premisa de que el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos, la Primera Sala concluyó que negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran *“ciudadanos de segunda clase”*.

Para fortalecer este argumento, la Primera Sala citó el caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*, en que la Corte Constitucional sudafricana destacó que *“era claro que la protección constitucional de la dignidad requiere el reconocimiento del valor de todos los individuos como miembros de la sociedad.”*

Agregó que si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, aun cuando existiera un régimen jurídico diferenciado, al cual pudieran optar las parejas homosexuales en lugar de casarse, incluso, si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de *“separados pero iguales”* surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX.

Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca sobre los afroamericanos, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales.

De ahí que consideró la Primera Sala que la exclusión de los homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su

integridad; lo anterior, además de que, con la exclusión de las personas homosexuales al matrimonio se vulneran otros derechos de dichos individuos y sus familias, dado que es una realidad que al margen de que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio, existe un creciente número de ellas que deciden criar niños y niñas, ya sea a los procreados en anteriores relaciones heterosexuales, utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida, o a través de adopciones monoparentales.

En esta línea, sostuvo la Primera Sala que la medida impugnada se traduce también en un trato discriminatorio por parte de la ley hacia las hijas e hijos de las parejas homosexuales, que los colocan en un plano de desventaja respecto de las hijas e hijos de parejas heterosexuales.

Señaló que, en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguno de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado.

Al respecto, agregó la Primera Sala que el impacto de la discriminación que afecta a las parejas del mismo sexo, es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos, y citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso Atala Riffo y niñas v. Chile destacó la "discriminación histórica y estructural" que las minorías sexuales han sufrido y señaló que: *"(...) los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, además de estar obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias"*.

La Primera Sala estableció que era incuestionable que la libertad de configuración que poseen los Congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, en tanto que, en similar sentido, *mutatis mutandis*, la Corte Constitucional de Colombia ha

establecido que: "(...) la determinación (...) del tipo o el grado de protección que requieren grupos de personas comparables ha sido confiada al legislador democráticamente elegido", por lo cual, "al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al Juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales ... aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida."

Agregó que, por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la legitimidad democrática de ciertos actos o hechos "(...) está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos (...) de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales".

Asimismo, en relación con la discriminación en las leyes con motivo de la orientación sexual, la Primera Sala citó a la Corte Interamericana que ha establecido claramente que: "(...) está proscrita por la Convención (Americana) cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual."

Agregó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ya había establecido en varios precedentes que la enunciación de "entre un solo hombre y una sola mujer", no tiene razón constitucional de existir en la definición de matrimonio, más aún cuando la finalidad del mismo es la ayuda mutua, por lo que dicha expresión resulta igualmente discriminatoria en su mera expresión; máxime que desconocer ese hecho haría nugatorio lo establecido por la Corte Interamericana, en el sentido de que un "derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual".

La Primera Sala expresó que el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación, en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos restitutorios y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo.

En ese entendido, continuó la Primera Sala, la obligación de reparar al quejoso cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos, es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural.

Así, señaló que la respuesta por parte del Poder Judicial ante ese tipo de violaciones -discriminación con base en categorías sospechosas- debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1o. constitucional.

En ese sentido, recordó que el derecho a la igualdad y a la no discriminación ha sido caracterizado por la Corte Interamericana como *jus cogens*, oponible *erga omnes*.

Con base en tales consideraciones, la Primera Sala declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, y precisó que los efectos del amparo concedido contra tales preceptos vinculan a todas las autoridades de la entidad federativa respectiva a tomar en consideración la inconstitucionalidad del mensaje transmitido por los preceptos impugnados, por lo cual no podrán utilizarlo como base para negar al quejoso beneficios o establecer cargas relacionados con la regulación del matrimonio, lo que es un efecto propio de la concesión de un amparo contra leyes, que es la inaplicación futura de la ley; de ahí que, en este orden de ideas, el quejoso no debe ser expuesto al mensaje discriminador de la norma, tanto en el presente, como en el futuro.

c) Observaciones.

Como se advierte del caso planteado, ese asunto es una manifestación clara de la tendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los jueces mexicanos en general, de incluir en sus resoluciones la referencia a criterios judiciales emitidos por tribunales extranjeros.

Así, del análisis de la resolución examinada se advierte que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no sólo hizo mención de los criterios orientadores de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos que resultaron aplicables al caso, sino que también se valió de diversas referencias a criterios judiciales emitidos por tribunales extranjeros, tanto integrantes del sistema interamericano, como ajenos a éste.

En ese contexto se advierte que la Primera Sala citó, en principio, lo decidido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, así como por la Corte Constitucional Sudafricana, respectivamente, para reforzar su decisión en relación con la legitimación del promovente para impugnar normas que, de entrada, le generaban afectación por no permitirle acceder a una institución jurídica, como es el matrimonio.

Asimismo, al resolver el tema de fondo, la Primera Sala invocó resoluciones como la emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Suprema Estadounidense, respectivamente, como argumento de semejanza en relación con la premisa adoptada en el fallo en análisis, respecto a que las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar.

En ese mismo sentido, la Primera Sala citó un asunto de la Corte Constitucional Sudafricana y de la Corte Constitucional de Colombia, como argumento de cantidad y de autoridad en el sentido de que la interpretación adoptada en diversos países en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación abarca establecer la misma regulación y el mismo nivel de protección a grupos que estén en similitud de circunstancias.

Atendiendo a lo anterior, como se dijo, la Primera Sala concluyó, entre otros aspectos, que no existe justificación constitucional ni convencional para negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que es discriminatorio crear una figura alternativa para ellas, aunado a que los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes.

Sin que sea tema de este ensayo emitir un pronunciamiento en relación con la pertinencia de la decisión a la que arribó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tema jurídico planteado, lo que importa destacar es la gran fuerza que adquirió la utilización del método de la comparación en esta sentencia, en la que la referencia a resoluciones emitidas por tribunales constitucionales extranjeros no se limitó simplemente a la cita de un dato textual, sino que en realidad se tomó en

consideración la experiencia de otros órganos jurisdiccionales en la interpretación de derechos humanos y sus garantías, como una herramienta para construir un conjunto de conceptos válidos y aplicables al contexto nacional, para resolver el asunto que le fue sometido a su consideración.

Así, se advierte que las múltiples menciones de resoluciones de las diversas cortes constitucionales que se señalaron en la sentencia examinada constituyen una parte muy relevante de su motivación que, al tratarse de interpretaciones judiciales originadas en un sistema jurídico analógicamente compatible al nacional, se utilizaron válidamente como argumentos "extrasistémicos" de autoridad o de refuerzo, para robustecer las premisas que se tomaron en consideración para emitir un pronunciamiento sobre el tema de constitucionalidad que fue la materia de la litis.

Es por eso que la sentencia analizada se considera un reflejo de la tendencia conocida como derecho constitucional global, que tiene a los jueces como principales protagonistas de la circulación jurídica mundial, y que ha generado la referencia cada vez más frecuente en sus sentencias de criterios emitidos por cortes constitucionales extranjeras, a manera de retroalimentación entre los diversos sistemas jurídicos contemporáneos, particularmente los que rigen en los países del civil law, como en el caso de México.

Lo que es indudable es que la utilización del método de la comparación en el derecho constitucional global se ha posicionado como una herramienta utilizada cada vez más con mayor frecuencia por los jueces.

Tan es así que, en México, cada vez es más frecuente advertir la utilización del método de derecho comparado en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la que fue motivo de examen en este ensayo.

Cabe concluir a manera de diagnóstico que, en México, la cada vez más recurrente referencia a resoluciones de jueces constitucionales extranjeros podría encontrar explicación en el "control difuso de convencionalidad" que rige actualmente en el sistema mexicano, que constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos, consistente en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único órgano

jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José.

Lo anterior, aunado a que las reformas constitucionales de junio de 2011 y los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010, consolidaron la vigencia de un "bloque de constitucionalidad", el cual amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos así como su ámbito de protección y constituye el parámetro de control de la regularidad constitucional conforme al cual los tribunales nacionales evaluarán la validez de todas las leyes y actos jurídicos dentro del orden jurídico mexicano.

Aunque cabe puntualizar que la referencia a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los juzgadores mexicanos, no constituye propiamente el ejercicio de la metodología del derecho constitucional comparado dado que, como se narró en la primera parte del ensayo, uno de los elementos a considerar para aplicar la ciencia del derecho comparado es escoger dos sistemas cada uno con autonomía propia, lo cual no sucede tratándose del sistema jurídico mexicano y el sistema interamericano.

Esto si se toma en cuenta que el Estado mexicano aceptó la jurisdicción contenciosa del sistema interamericano, por lo que los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos forman parte del derecho positivo mexicano, al integrar el parámetro de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que deben atender las autoridades pertenecientes al Poder Judicial.

Por tanto, la circunstancia de que los jueces nacionales citen criterios contenidos en resoluciones emitidas por la Corte Interamericana se debe, no propiamente a la utilización del método del derecho constitucional comparado, sino a su obligación de atender el parámetro de análisis del control de convencionalidad, el cual se conforma, además de con los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y los contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, también con los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte².

² Vid. tesis aislada P. LXVIII/2011 (9a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA

Sin embargo, lo que es innegable es que la necesaria y constante referencia al sistema interamericano, así como la obligación de las autoridades judiciales mexicanas de acatar el principio *pro persona*, ha obligado a los juzgadores al conocimiento y a una permanente remisión a resoluciones dictadas por tribunales constitucionales extranjeros, a fin de tener una perspectiva más amplia en relación con el alcance e interpretación judicial que se le ha dado a los derechos humanos y sus garantías, que se ha constituido en un referente orientador muy útil y cada vez más utilizado al momento de resolver un asunto local, lo cual se ha visto reflejado en las sentencias que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación han emitido en tiempos recientes.

BIBLIOGRAFÍA

1. Pegoraro, Lucio. "El Método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado"; Revista de Estudios Políticos (novena época), número 112, abril-junio 2001.
2. Pegoraro, Lucio. Derecho Constitucional Comparado 1. Ed., Porrúa-UNAM, México, 2016.
3. Bobbio, Norberto, "El problema del positivismo jurídico", México, Distribuciones Fontamara, 1995.
4. Cárdenas, Jaime *et al.*, "Para entender la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", México, Nostra Ediciones, 2007.
5. Touraine, Alain, "Igualdad y diversidad, las nuevas tareas de la democracia", México, FCE, 1999.