

La no discriminación por preferencia sexual: una nota

MIGUEL CARBONELL*

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 modificó el ahora párrafo quinto del artículo 1º de la carta magna a efecto de precisar que no se puede discriminar por razón de “preferencia sexual” –antes solamente se refería al indeterminado concepto de “preferencias”, lo que podía generar ciertas ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición.¹

La reforma deja claramente señalado que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o para negarles cualquier derecho, con lo cual expande uno de los aspectos que se han considerado como parte de los llamados *derechos sexuales* o *derechos vinculados con el ejercicio de la sexualidad*.²

El tema de la protección frente a la discriminación por motivos de preferencia sexual es especialmente importante, también por razones no solamente teóricas, sino sobre todo prácticas. La sociedad mexicana, según lo acreditan los resultados de las dos encuestas nacionales sobre discriminación de 2005 y 2011, es profundamente discriminadora hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual. Esto se refleja en actitudes y conductas sociales muy diversas –incluso en los estereotipos que suelen repetir inopinadamente los medios de comunicación acerca de los homosexuales–, algunas de las cuales han sido prohibidas por la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en su artículo 9º (*véanse* las fracciones II, XV, XXIII, XXVII y XXVIII).²

La prohibición de discriminar por razón de preferencia sexual debe ser la punta de lanza para alcanzar una plena equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Dicha equiparación podría deducirse actualmente de diversos compromisos internacionales que han sido firmados por el Estado mexicano y quizá también del párrafo primero del artículo 4º constitucional,⁴ interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de estado civil.

* Profesor e investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y consejero de la CDHDF.

1 Sobre su contenido, véase Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

2 Al respecto, véase Paul R. Abramson et al., *Sexual rights in America*, New York, New York University Press, 2003.

3 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003, última reforma publicada el 9 de abril de 2012. Disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/262.pdf>>, página consultada el 15 de junio de 2012.

4 Véase el argumento que se expone en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 4ª edición, México,

En el horizonte por la igualdad entre parejas homosexuales y heterosexuales está el tema del matrimonio con plenos derechos –incluyendo, desde luego, el de la adopción–.⁵ Aunque en el Distrito Federal ya se pudo avanzar gracias a una reforma a la legislación civil local –convalidada plenamente por la Suprema Corte–,⁶ en las demás entidades federativas este asunto enfrenta grandes resistencias, tanto culturales como políticas e incluso religiosas.

Precisamente a raíz del análisis de la constitucionalidad de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una sentencia que puede ser estimada como bastante garantista tomando en cuenta las posturas más conservadoras que con frecuencia suelen imponerse en nuestro máximo tribunal, hizo valiosas consideraciones sobre la protección de las relaciones homoafectivas y su tutela constitucional, las cuales pueden apreciarse en las siguientes tesis jurisprudenciales:

FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES). La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe

ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.⁷

MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 146 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 29 DE DICIEMBRE DE 2009, NO CONTRAVIENE EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si bien es cierto que la Constitución General de la República no contempla el derecho a contraer matrimonio, también lo es que la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, por la que se reconfigura la institución del matrimonio, se inscribe como una medida legislativa constitucionalmente razonable, toda vez que, conforme a lo resuelto por este Tribunal en Pleno en el amparo directo 6/2008, en sesión de 6 de enero de 2009, la orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo, por lo que tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre con las heterosexuales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no. En tal sentido, en respeto a la dignidad humana resulta exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mis-

5 Al respecto, véase Evan Gerstmann, *Same-sex marriage and the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004. Porrúa/CNDH/UNAM, 2011, pp. 233-235.

6 Se trata de la sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

7 SCJN, "Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales)", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo xxxiv, agosto de 2011, p. 871, tesis: P. XXIII/2011.



mo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que, en un momento dado, decida adoptar (sociedades de convivencia, pactos de solidaridad, concubinatos o matrimonio), razón por la cual, la decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para ampliar la institución del matrimonio y comprender a las parejas del mismo sexo, lejos de contravenir los postulados fundamentales los refuerza, al igualar las uniones de las parejas, sean heterosexuales u homosexuales.⁸

MATRIMONIO. LA EXISTENCIA DE DIVERSAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, NO IMPIDE LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE AQUÉL PARA COMPRENDER DICHAS UNIONES. La evolución en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, se ha reflejado en la implementación de diversas

normas y acciones, entre las que se encuentra la aprobación, en diversos países y en el propio Distrito Federal, de leyes que regulan las llamadas “sociedades de convivencia” o “pactos de solidaridad”, para reconocer y proteger las uniones de hecho de personas del mismo sexo. No obstante, si bien es cierto que a través de estas figuras se consigue una cierta paridad entre aquellas uniones y el matrimonio, también lo es que tales legislaciones lo equiparan, en lo general, al concubinato, sin que logren alcanzar el mismo reconocimiento y protección jurídica de los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio civil. Así, la existencia previa de una figura legal distinta a la institución del matrimonio, no impide que se permita el acceso a este último, ya que no existe limitación constitucional alguna para que el legislador ordinario amplíe el concepto de matrimonio para comprender las relaciones heterosexua-

8 SCJN, “Matrimonio entre personas del mismo sexo. La reforma al artículo 146 del código civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009, no contraviene el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo xxxiv, agosto de 2011, p. 877, tesis: P. XXVIII/2011.

les y las homosexuales que, por igual, pueden resultar estables y permanentes.⁹

En el derecho comparado es abundante la información tanto legislativa como jurisprudencial que nos permite tener una visión más amplia de la no discriminación por razón de preferencias sexuales. Por un lado, el criterio de las preferencias sexuales aparece con frecuencia en los listados de características, con base en las cuales está prohibido tratar de forma diferente a las personas. Por otra parte, los tribunales constitucionales de varios países y las cortes internacionales han ido apuntalando criterios interpretativos para evitar ese tipo de discriminación.

En Estados Unidos la Suprema Corte había sostenido en 1986 la constitucionalidad de las leyes que sancionaban penalmente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos (*Bowers v. Hardwick*), pero este criterio fue abandonado en junio de 2003 en un caso en el que la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que contenía ese tipo de sanciones para tales conductas (*Lawrence v. Texas*).¹⁰

Desde 1996, sin embargo, la Corte estadounidense había aceptado que no pueden existir normas que prohíban tomar medidas a los órganos públicos a favor de las personas homosexuales. Lo anterior, fue en el caso *Romer v. Evans*, donde se discutía la constitucionalidad de una enmienda a la Constitución de Colorado que impedía que cualquier órgano público concedie-

ra ningún tipo de derecho especial o ayuda a las personas homosexuales, lesbianas o bisexuales.

En un sentido parecido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias protegiendo a personas homosexuales.¹¹ Por ejemplo, en 1999, en el caso *Salgueiro da Silva v. Portugal* el Tribunal aprecia una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a que a un padre homosexual se le había negado la custodia de su hija alegando justamente su condición homosexual. En 2003, reconoce en otro caso el derecho de un homosexual a continuar con el arrendamiento de una vivienda que había compartido con su compañero (*Karner v. Austria*).¹²

Como quiera que sea, en nuestro país la reforma de junio de 2011 al párrafo quinto del artículo 1º constitucional supone un avance en la protección de la dignidad de todas y todos y en un reconocimiento a la plena igualdad entre las personas con preferencias heterosexuales y homosexuales. Dichas preferencias no pueden ser utilizadas para dar un trato diferenciado a dos o más personas; si eso sucede, se estaría violando la Constitución y como un gran número de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La no discriminación por preferencias sexuales es un paso civilizatorio en un país como México, tan acostumbrado a la represión de las preferencias no heterosexuales y tan abiertamente proclive a los estereotipos discriminadores.

9 SCJN, "Matrimonio. La existencia de diversas formas de reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo, no impide la ampliación del concepto de aquél para comprender dichas uniones", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo xxxiv, agosto de 2011, p. 879, tesis: P. XXVII/2011.

10 Sobre el caso *Bowers*, véase Miguel Carbonell, "Bowers versus Hardwick: cuando el derecho entra en la recámara", en *Lex. Difusión y análisis*, núm. 119, México, mayo de 2005, pp. 33-35. Sobre *Lawrence* hay un importante trabajo de Laurence Tribe, "Lawrence v. Texas: the 'fundamental right' that dares not speak its name", *Harvard law review*, núm. 117, Boston, 2004, pp. 1893 y ss.

11 Para una aproximación teórica al tema de la no discriminación por preferencia sexual bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, véase el ensayo de Michele Grigolo, "Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject", en *ejil*, vol. 14, núm. 5, 2003, pp. 1023-1044, disponible en <<http://www.ejil.org/pdfs/14/5/446.pdf>>, página consultada el 15 de junio de 2012.

12 Citados en David Giménez Gluck, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 246.