

Análisis de los argumentos de la Corte a favor del matrimonio de personas del mismo sexo

Opinión personal

No se debe contaminar el proceso electoral con temas tan polémicos, los sectores conservadores pueden sentirse agraviados y volcarse en las urnas contra quienes apoyen la reforma legislativa.

Si bien es cierto que no debe discriminarse a nadie, máxime por su preferencia sexual, no debemos romper con los principios éticos que dieron lugar al matrimonio y a la familia tradicional entre hombre y mujer como célula básica de la sociedad.

Argumentos en contra del matrimonio entre homosexuales

Si el matrimonio es todo (también la unión entre dos varones, o dos mujeres, o tres o más personas en combinaciones variables),

pronto pasará a no de ser una institución jurídica de interés público a nada.

1) EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCIÓN ESENCIALMENTE HETEROSEXUAL.

Éste es un dato antropológico del que el Derecho suele limitarse a tomar nota. Una unión formal entre personas del mismo sexo será otra cosa, pero no debe ser estimado un matrimonio.

2) LA UNIÓN ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO NO CUMPLE LAS MISMAS FUNCIONES SOCIALES POR LAS QUE EL DERECHO REGULA Y PROTEGE EL MATRIMONIO, POR LO QUE NO TIENE SENTIDO ATRIBUIRLE TODA LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

No se trata de negar que dos personas del mismo sexo se puedan querer, sino que eso sea un matrimonio. La razón de ser de la regulación jurídica del matrimonio no es ni la afectividad

entre dos personas, ni la mera situación de convivencia, es la conservación de la familia como célula base de la sociedad.

Quererse, mantener relaciones sexuales y vivir juntos no justifica el derecho a contraer matrimonio. Son aspectos circunstanciales que rodean el núcleo del matrimonio, pero no son el núcleo, no son los aspectos esenciales. Hay muchos tipos de afectividad (entre padre e hijo, entre hermanos, entre amigos, a un animal querido...) que no son matrimonio. Y afirmar eso no es minusvalorarlos, sino reconocer la diferencia.

Sería discriminatorio prohibir al homosexual contraer matrimonio en las mismas condiciones de los heterosexuales, por el solo hecho de ser homosexual. Ello implica que la forma de pensar de la minoría afecte al estilo de vida de la mayoría.

El simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien, no supone necesariamente que pueda hacerlo: así las cosas, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el derecho

le impide casarse con la mujer a la que quiere, sólo por el hecho de que es su hermana? ¿o la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere por la simple razón de que él ya está casado?

Según una definición muy antigua y sencilla, pero que sigue valiendo hoy, justicia es tratar de forma igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales.

Se comete injusticia (y discriminación) cuando se trata de forma distinta (y negativa) sin que exista una razón objetiva, razonable y suficiente para ello; es decir, cuando se trata desigualmente a personas que, en ese aspecto concreto, son iguales.

Negar a alguien que pueda casarse con otra persona de su propio sexo no es discriminarle. Tampoco se discrimina al casado porque no se le permita casarse con otra mujer que no es su esposa, mientras que al soltero sí se le permite. No es

discriminar al homosexual, sino reconocer y defender que el matrimonio es una institución esencialmente heterosexual.

Algunos homosexuales creen que cuando puedan casarse terminarán la discriminación, su inseguridad y la inestabilidad e infidelidad tan frecuentes en las relaciones homosexuales. Desde ese punto de vista, el matrimonio resulta una condición necesaria para lograr la estabilidad emocional y, con ello, la felicidad. Mucho nos tememos que esperan demasiado del matrimonio y que la mera sanción legal no da para tanto. Es verdad que el auténtico matrimonio heterosexual proporciona seguramente tasas de estabilidad, fidelidad y felicidad mucho mayores que las uniones homosexuales. Pero no hay que atribuirle esos efectos a la sanción legal.

Influyen mucho más la complementariedad entre los sexos y el esfuerzo de los cónyuges por vivir de acuerdo con unos valores.

Si se llega a aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, la insatisfacción de los homosexuales con sus relaciones seguirán siendo exactamente la misma. Eso no lo puede arreglar el Código Civil.

En Occidente, el primer caso en que se llama matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo se ha dado en Holanda y sólo muy recientemente (ley del año 2000, en vigor desde abril de 2001), y el segundo en Bélgica (ley de 2003). Algunos Estados de EEUU (Massachussets, Vermont) están dando pasos en la misma dirección.

En la Historia occidental nunca antes se ha considerado que sea matrimonio la relación homosexual, incluso en sociedades y épocas en que las relaciones homosexuales estaban bien consideradas moral y socialmente (p. e., en la antigua Grecia). Por tanto, sí que es una novedad radical. La versión que conocemos ahora es fruto de una evolución en la que se han

logrado muchas mejoras que en su momento fueron inconcebibles y hoy nos parecen evidentes.

La prohibición del matrimonio de niños pequeños y del matrimonio acordado por los padres, la igualdad entre hombre y mujer, el matrimonio interracial, el matrimonio civil, el divorcio, por poner unos ejemplos, no siempre han sido admitidos, y hoy nos parecen incuestionables. Permitir que se puedan casar entre sí los homosexuales, ¿no será un estadio más en la evolución y el progreso del concepto occidental de matrimonio?”

Ciertamente, el matrimonio ha cambiado mucho a lo largo de la Historia, incluso sin salirnos de Occidente. Pero ha pasado por etapas muy variadas, y es discutible que su historia se pueda entender como una evolución lineal y coherente hacia mejor, siempre y en todo. Algunas características del matrimonio tradicional (p. e., la indisolubilidad) fueron una ardua conquista cultural frente al divorcio muy generalizado antes. Todos los ejemplos enumerados en la pregunta han pasado por fases

variadas de aceptación o cuestión a lo largo de la Historia del matrimonio occidental. Todos, menos la heterosexualidad, que nunca hasta ahora ha sido cuestionada. Esto hace pensar que se trata de algo más nuclear, más esencial, en lo que está en juego la identificabilidad social misma de la institución; por lo tanto, una cualidad más indisponible que el resto.

Algunos antropólogos han proporcionado ejemplos muy aislados de culturas extrañas en los que algo parecido a una familia tiene como núcleo a dos personas del mismo sexo. Sin embargo, esos ejemplos no guardan ninguna relación con el concepto de matrimonio occidental ni con el matrimonio que tienen en la mente los homosexuales que pretenden casarse.

Pero, aunque no fuera así, ya sabemos que en otras culturas tienen conceptos de matrimonio distinto del nuestro, sin que por ello tengamos que admitirlos. Piénsese en la poligamia en su versión poliginia (un hombre con varias esposas). Una cosa es que podamos comprender lo que ha llevado a otras culturas a

adoptar estas instituciones, y otra que queramos admitirlas como modalidades de matrimonio.

La lista de cuáles son esos beneficios no es unánime. En EEUU los grupos de gays dicen que ascienden al millar. Probablemente no sean tantas o la mayoría de ellas sean irrelevantes. En México se habla de concederles derecho de sucesión hereditaria, pensión de viudedad, régimen económico “paramatrimonial”, efectos de la ruptura de la pareja, limitación de los plazos de residencia para que la pareja adquiera la nacionalidad, subrogación en el arrendamiento, preferencia para tener un trabajo en la misma ciudad y posibilidad de adoptar.

Muchos de estos efectos beneficiosos se pueden solucionar por la vía privada (p. e., la herencia, haciendo testamento; el régimen económico y los efectos de la ruptura, realizando un contrato civil previo entre los convivientes). Otros vienen siendo concedidos ya por la jurisprudencia. Casi todos pueden obtenerse en la figura de sociedad de convivencia, que se

aplican tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Sin embargo, es discutible que se les deban reconocer algunas de estas posibilidades (p. e., la de adoptar conjuntamente). Precisamente, los mismos argumentos que sirven para afirmar que no son lo mismo sirven para decir que el Derecho no los debe tratar con una equivalencia total.

Los Homosexuales suelen estar de acuerdo en que éste no es el auténtico problema. Aunque las parejas de homosexuales hubieran alcanzado por otras vías el mismo régimen que las uniones heterosexuales, para ellos el matrimonio es una prioridad. Lo que está en juego no es solucionar unos problemas concretos, sino su lucha por la equiparación total.

Una persona homosexual puede adoptar un niño él solo. Luego no hay una auténtica necesidad por este lado.

De todas formas, la cuestión no es esa, sino si lo mejor para el niño adoptado es ser adoptado por homosexuales o tener un padre y una madre heterosexuales.

Dos hombres, por muy buenos padres que sean, estarían privando al niño del cuidado y del cariño de una madre. Tal vez puedan ser buenos padres, pero nunca una buena madre.

La misma tenacidad que tienen los homosexuales por lograr que se les permita casarse entre ellos indica que el nombre les importa o que para ellos es más que un nombre lo que está en juego. Si el nombre es irrelevante, debería serlo también para cambiar la ley actualmente vigente.

En cualquier caso, para el Derecho es muy importante mantener el sentido propio de las palabras. El matrimonio es la unión comprometida entre un hombre y una mujer. Dos homosexuales no pueden contraer matrimonio porque no son hombre y mujer, sino dos hombres o dos mujeres. La unión entre

homosexuales no es matrimonio, del mismo modo que una asociación civil, no es una sociedad anónima y ésta una sociedad anónima bursátil.

Si el matrimonio es todo (también la unión entre dos varones, o dos mujeres, o tres o más personas en combinaciones variables), pronto pasa de ser una institución de interés público, a no ser nada. Y esto no supone un juicio de valor respecto de las uniones homosexuales, del mismo modo que para un contrato de permuta no supone nada malo no ser compraventa.

Quienes afirman que el matrimonio es una palabra, desconoce que las palabras y sus sentidos están vivos en la medida en que se relacionan con la evolución de la sociedad misma. Las palabras nacen, “se reproducen” y desaparecen, y su sentido se amplía o se reduce, pasa a ser peyorativo o positivo, se especializa o se generaliza, etc. Reducir la cuestión sobre esta materia a la discusión sobre el significado de una palabra es quedarse en un marco muy superficial y puntual que podría

arreglarse si, simplemente, la Real Academia Española cambiara su definición en su próxima edición. Más bien, parece que encubre una negativa a reconocer la evolución de la vida y la sociedad mismas”.

La discusión sobre esta materia no se centra sólo en una palabra. Pero sí en el concepto y la institución a las que la palabra se refiere. No se trata de negar el matrimonio homosexual porque lo dice la Real Academia de la Lengua o la doctrina de derecho familiar mexicana, sino porque la realidad a la que se refiere esa palabra (una realidad antropológica, social y jurídica; es decir, no meramente lingüística) tiene un fundamento en las cosas que se entiende que no debe ser cambiada así como así.

Lo que se quiere proteger es la institución, no la palabra. La palabra es más bien la cáscara del concepto, es decir, parte de lo que lo protege. No queremos que cambie la palabra porque no queremos que cambie el concepto; y no queremos que

cambie el concepto porque pensamos que eso afectará a la concepción de qué es un matrimonio en la sociedad, y en último término a lo que piensan que es un matrimonio las personas que se plantean casarse y las personas que se casan. Y todo ello supera el ámbito de lo lingüístico.

¿Cómo puede pensarse que un cambio que suprime un elemento estructural identificativo de una institución, no va a afectar en absoluto a la familia misma?

De hecho, lo que se pretende con este cambio es una modificación del concepto mismo de matrimonio. Y sobre si eso afectará o no a los matrimonios concretos, no hay más que pensar si la emisión de moneda falsificada afecta o no a los que tienen en su poder moneda verdadera, o si la puesta en circulación de vino de una denominación de origen que no lo es realmente afecta o no a los verdaderos productores, o si el ejercicio de una profesión que exige unos conocimientos determinados (medicina, ingeniería, arquitectura, abogacía)

por parte de una persona que carece del título oficial afecta o no a los que sí la tienen.

Por tanto, más que hablarnos del concepto de matrimonio vigente en nuestra sociedad, indican el concepto que a los autores de esas frases les gustaría que estuviera vigente.

Que nuestra sociedad sea democrática y pluralista no significa que no tenga una determinada concepción de las instituciones que regula y protege. Al contrario: las regula y las protege precisamente porque tiene una determinada concepción “fuerte” de ellas. ¡Claro que nuestra sociedad impone una determinada concepción del matrimonio! Por eso no se admite la bigamia (que no sólo no está permitida, sino que es delito), ni la inscripción del matrimonio polígamo. Nuestro concepto de matrimonio tiene unas raíces muy variadas que incluyen lo antropológico y lo religioso, pero han cristalizado en algo distinto que nos es común a todos.

Ciertamente, en algunos aspectos importantes de la regulación del matrimonio existen discrepancias de fondo entre creyentes y no creyentes, en un estado secular (p. e., respecto al divorcio).

Pero el concepto de matrimonio que tenemos unos y otros es el mismo y se ha forjado en la misma tradición jurídico-cultural, y ese concepto incluye la heterosexualidad como rasgo determinante.

En este punto, no es una minoría con fuerte presencia en la sociedad (la cristiana) la que pretende imponer su concepción del matrimonio a una mayoría no cristiana (o que no se considera tal) de la sociedad. Más bien, lo que ocurre es que una minoría mucho menor (la homosexual) pretende imponer su propia concepción de matrimonio a la abrumadora mayoría de la sociedad (tanto creyente, como no creyente).

Dicho de otro modo: también los heterosexuales que apoyan el matrimonio homosexual tienen una concepción heterosexual del matrimonio.

Ellos sabrán por qué están dispuestos a ceder en esto. Probablemente se piense que es lo que parece más moderno, mayoritario, tolerante y progresista, pero no es descartable que haya algo de falta de reflexión. El análisis de las respuestas de la gran mayoría de los que apoyan el matrimonio homosexual apuntan en ese sentido

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a favor de las uniones homosexuales

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 581/2012 consideró una *distinción* que se traduce en una *exclusión y restricción* de derechos.

En efecto, al hacer una referencia específica a un contrato celebrado “entre un solo hombre y una sola mujer”, el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca *distingue* entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales conformadas por dos mujeres o dos hombres. De esta forma, el precepto *excluye* a las parejas homosexuales del acceso a la figura del matrimonio, toda vez que de acuerdo con la definición legal, éste sólo puede estar conformado por un hombre y una mujer. En consecuencia, dicha disposición *restringe* el matrimonio a las parejas homosexuales.

De igual forma, el precepto impugnado constituye un acto de discriminación basado en la *preferencia sexual* de las personas. Ésta constituye el único criterio por el cual se elige una pareja del sexo opuesto o del mismo. En este sentido, si el artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca establece que el matrimonio es un “contrato celebrado entre *un solo hombre y una sola mujer*”, excluye de esta figura de manera universal a las parejas homosexuales. Por lo tanto, el factor de distinción,

exclusión o restricción entre ambos tipos de pareja es la preferencia sexual.

Esta distinción impide el reconocimiento o ejercicio de los derechos de las personas excluidas. Las parejas homosexuales que deciden formar una familia son titulares del derecho fundamental consagrado en el artículo 4º constitucional a recibir protección jurídica para ese efecto por parte del Estado.

En este sentido, el legislador de Oaxaca incurrió en una omisión al no haber emitido normas tendientes a proteger a las familias homoparentales como la que conforman las quejasas.

La figura mediante la cual el legislador otorgó reconocimiento y protección a las parejas que desean conformar una familia es el matrimonio. El acceso a esta figura está restringido únicamente a las parejas heterosexuales, excluyendo a las homosexuales. Por lo tanto, ante la ausencia de normas que protejan a las familias homoparentales, el único medio para obtener la

protección de la familia homoparental de las quejas en el Estado de Oaxaca es que se les permita el acceso a la figura del matrimonio. Al respecto, es importante destacar que en la **acción de inconstitucionalidad 2/2010**, la Suprema Corte distinguió claramente conceptos que antes se consideraban indisolublemente unidos, como los de familia, matrimonio y procreación.

De conformidad con la reforma de once de junio de dos mil once al artículo 1º constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado mexicano sea parte gozan del mismo nivel que la Constitución por existir una interrelación funcional entre ambos. Además, en la misma reforma se consagró el deber de las autoridades estatales de interpretar la Constitución y los tratados internacionales de conformidad con las normas que estos instrumentos establecen. En este sentido, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* al señalarse que todas las

autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate.

Con base en lo anterior, el artículo 1º constitucional, así como el 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en esos ordenamientos sin discriminación alguna, incluyendo la discriminación motivada por la preferencia sexual de las personas. La finalidad de este régimen se traduce en procurar el mayor beneficio para el hombre, en atención al principio *pro homine*, de tal manera que los derechos a la igualdad y no discriminación se garanticen y protejan de la manera más amplia posible.

De acuerdo con las consideraciones expuestas por la Suprema Corte en el expediente **varios 912/2010** sobre la mecánica para abordar el denominado control de convencionalidad, éste constituye un método de interpretación para lograr la mayor protección de un derecho y no un modelo de control de normas jurídicas. Así, se procede a realizar el control de convencionalidad y justificar por qué debe concederse el amparo.

La igualdad ante la ley como principio de justicia implica que las personas deben ser tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias, en otras palabras, dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dichas circunstancias deberán ser gobernadas por reglas fijas, por lo que la discriminación o el favor en el trato de los individuos puede hacerse sólo en virtud de circunstancias relevantes que lo justifiquen, a fin de evitar un trato desigual.

Ahora bien, la Constitución permite que la conceptualización tradicional del matrimonio, considerado como el celebrado entre un hombre y una mujer, pueda modificarse acorde con la realidad social. En este sentido, con la transformación de las relaciones humanas a distintas formas de relaciones afectivas, sexuales y de solidaridad mutua, así como las modificaciones legales relativas a la institución del matrimonio, se ha redefinido dicho concepto.

No se comparte que constitucionalmente, e incluso de acuerdo con tratados internacionales, el hecho de que se celebre entre un hombre y una mujer sea un elemento esencial del matrimonio, toda vez que la finalidad primordial de esta institución es la procreación y, por lo tanto, la formación de una familia ideal.

El matrimonio entre personas del mismo sexo no es una amenaza y oposición a la conservación de la familia, pues la transformación y secularización del matrimonio y de la sociedad

ha resultado en una gran diversidad de formas de construir una familia que no surge necesariamente del matrimonio entre hombre y mujer. En este sentido, la finalidad reproductiva aludida se ha desvinculado de dicha figura y, en cambio, ha encontrado sustento, principalmente, en los lazos afectivos, sexuales y de identidad, de solidaridad y de compromiso mutuo de quienes desean tener una vida en común.

El derecho a casarse no sólo comporta el derecho a tener acceso a los *beneficios expresivos* asociados al matrimonio, sino también el derecho a los *beneficios materiales* que las leyes adscriben a la institución.¹ En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad “un derecho a otros derechos”. Los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas.² En el orden jurídico mexicano existen una gran

¹ Sunstein, Cass, “The Right to Marry”, *Cardozo Law Review*, vol. 26, núm. 5, 2005, pp. 2083-2084.

² Sobre este punto, véase *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999), sentencia de la Corte Suprema de Vermont.

cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: **(1)** beneficios *fiscales*; **(2)** beneficios de *solidaridad*; **(3)** beneficios *por causa de muerte de uno de los cónyuges*; **(4)** beneficios de *propiedad*; **(5)** beneficios en la *toma subrogada de decisiones médicas*; y **(6)** beneficios *migratorios* para los cónyuges extranjeros.³ Algunos ejemplos pueden servir para mostrar cómo la privación de estos beneficios materiales afecta la calidad de vida de las parejas homosexuales.

Dentro de los *beneficios fiscales* previstos en la Ley del Impuesto sobre la Renta, por ejemplo, se encuentran los siguientes: **(i)** la exención en el pago del impuesto sobre la renta cuando el ingreso derive de una donación realizada por uno de los cónyuges o de los retiros efectuados de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez para los “gastos del matrimonio” (fracciones XIX y XXII del artículo 109); y **(ii)** las deducciones personales por concepto de pago de honorarios

³ Con algunas variantes, la clasificación es de Sunstein, *op. cit.*, pp. 2090-2091.

médicos, dentales y gastos hospitalarios efectuados por uno de los cónyuges para el otro, y las primas por seguros de gastos médicos complementarios o independientes de los servicios de salud proporcionados por instituciones públicas de seguridad social cuando el beneficiario sea el cónyuge (artículo 176).

En cuanto a los beneficios derivados de los deberes de *solidaridad* en el matrimonio, la Ley del Seguro Social considera al cónyuge del asegurado o pensionado como su “beneficiario” para efectos de dicha ley (artículo 5 A), lo que significa que el cónyuge se convierte en el acreedor de todas las prestaciones que le corresponden al asegurado o pensionado, mismas que son inembargables salvo que existan obligaciones alimenticias (artículo 10). A manera ejemplificativa, existen “asignaciones familiares” que consisten en una ayuda por concepto de carga familiar que se concede a los beneficiarios del pensionado por invalidez y en donde los cónyuges o concubinos reciben el porcentaje más alto de la cuantía de la pensión (artículo 138). Y desde luego, el cónyuge de un asegurado tiene derecho a

recibir la asistencia médica, de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria garantizada por la seguridad social (artículo 87).

En el mismo sentido, en materia de *alimentos* el Código Civil contempla, por ejemplo, un derecho preferente sobre los sueldos, ingresos y bienes del cónyuge que tiene a su cargo el sostén económico de la familia. En conexión con este derecho, la Ley Federal del Trabajo establece la prohibición de realizar descuentos en los salarios de los trabajadores, salvo en los casos en los que los mismos sean para el pago de pensiones alimenticias “a favor de la esposa” (artículo 110).

En cuanto a los beneficios *por causa de muerte* de uno de los cónyuges, el Código Civil de Oaxaca establece que el cónyuge supérstite tiene derecho a heredar en la sucesión intestamentaria. En caso de que se haya conformado la sociedad conyugal y muera uno de los cónyuges, el Código Civil también establece que el que sobrevive mantiene la

posesión y administración del fondo social, mientras no se verifique la repartición.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo establece que tendrán derecho a recibir indemnización en los casos de muerte por riesgo de trabajo la viuda o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de cincuenta por ciento o más (artículo 501). En la misma línea, la Ley del Seguro Social contempla una gran cantidad de beneficios que se le otorgan al cónyuge de una persona asegurada o pensionada cuando ocurre la muerte de ésta (artículos 64, 127, 130, 159, 172 A).

Entre los derechos de *propiedad* derivados del régimen de sociedad conyugal que establece el Código Civil se encuentran los siguientes: **(i)** cesación de los efectos de la sociedad conyugal para el cónyuge que abandonó por más de seis meses el domicilio conyugal de forma injustificada desde el primer día del abandono; **(ii)** el derecho a que una vez disuelto

el matrimonio se realice el inventario, partición y adjudicación de los bienes; y **(iii)** el derecho a que toda cesión de una parte de los bienes propios de cada cónyuge al otro se considere como donación, sin gravámenes económicos para el que recibió el bien.

En cuanto a la *toma subrogada de decisiones médicas*, el Código Civil de Oaxaca establece que los cónyuges tendrán el cargo de tutor ante la incapacidad de uno de ellos, ejerciendo con ello todos los derechos y obligaciones que la figura de la tutela confiere al mismo. De igual manera, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios Médicos confiere derechos al cónyuge, en su calidad de familiar o tutor del otro cónyuge, para la toma de varias decisiones médicas. En este sentido, se requiere de su autorización escrita en casos de urgencia o cuando su cónyuge se encuentre en un estado de incapacidad transitoria o permanente, para practicarle cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico que se requiera, así como para los

procedimientos médico quirúrgicos necesarios de acuerdo al padecimiento de que se trate. En el mismo sentido, como tutor de su otro cónyuge, podrá tomar la decisión de internarlo en un hospital ante su incapacidad transitoria o permanente (artículo 75 de la Ley General de Salud).

En cuanto a las decisiones médicas *post mortem*, la Ley General de Salud establece que, en un orden de prelación en el que se le da prioridad al cónyuge, éste deberá dar su consentimiento para que se tomen las siguientes decisiones: **(i)** si el cuerpo de su cónyuge o sus componentes son donados en caso de muerte, salvo que el fallecido haya manifestado su negativa (artículo 324); **(ii)** prescindir de los medios artificiales cuando se compruebe la muerte encefálica del otro cónyuge (artículo 345); **(iii)** prestar el consentimiento para la práctica de necropsias en el cadáver de su pareja (artículo 350 Bis 2); y **(iv)** si las instituciones educativas pueden utilizar el cadáver del cónyuge fallecido (artículo 350 Bis 4).

En cuanto a los beneficios *migratorios*, de acuerdo con la Ley de Migración, los cónyuges extranjeros pueden acceder a distintos estatus migratorios por el hecho de estar casado con un mexicano (artículos 52, 55, 56 y 133). El acceso a la *nacionalidad* también es un beneficio que otorga la Ley de Nacionalidad al cónyuge extranjero de un mexicano que haya residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud (artículo 20).

Como puede observarse, el matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos. En este sentido, negarle 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”. No existe ninguna justificación racional para darle a los homosexuales *todos* los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles *un conjunto incompleto* de derechos

cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja.⁴ No podría decirse que se trate de un “conjunto incompleto” de derechos, toda vez que no existe ninguna figura jurídica a la que puedan acogerse las parejas homosexuales que pretendan desarrollar una vida familiar.

Así, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una *doble discriminación*: no sólo se priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se les excluye de los beneficios materiales. Por lo demás, esta exclusión no sólo afecta a las parejas homosexuales, sino también a los hijos de esas personas que hacen vida familiar con la pareja. En efecto, 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, ya sea a los procreados en

⁴ Sobre este punto, véase *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415; 908 A. 2d 196 (N.J. 2006), sentencia de la Corte Suprema de Nueva Jersey.

anteriores relaciones heterosexuales o utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida. De igual manera, dicha discriminación repercute directamente en esos menores.⁵ En esta línea, la medida impugnada se traduce también en un *trato diferenciado* por parte de la ley hacia los hijos de las parejas homosexuales, que los colocan en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.⁶

⁵ Al respecto, véase *Baker v. State of Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999), sentencia de la Corte Suprema de Vermont.

⁶ Este tema fue desarrollado en *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415; 908 A. 2d 196 (N.J. 2006), sentencia de la Corte Suprema de Nueva Jersey.