

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y
ADMINISTRATIVO**

***“El Derecho al acceso a la salud de los matrimonios entre personas
del mismo sexo”***

Trabajo académico que para obtener el grado de Maestra en Derecho,
presenta la:

Licenciada Karla Paola Herrera Sepúlveda

**Director de Tesis:
Dr. Giovanni Azael Figueroa
Mejía**

**Co-Directora de Tesis:
Mtra. Fabiola Martínez Ramírez**

Tepic, Nayarit, Junio de 2014

A toda la comunidad académica y estudiosos del derecho, para que este granito de arena sea de provecho en los próximos proyectos académicos.

In memoriam:

Héctor Gamboa Quintero

Fernando Callegos Campoy

Raquel Sepúlveda Alcarado

Excelentes seres humanos cuyas lecciones de vida han dejado huella en la mía...ellos siempre estarán en mi corazón.

A mis familiares, amigos y maestros que siempre creyeron en mí, muchas gracias por su apoyo incondicional y por darme ánimos cuando desfallecía.

A mí misma, por concluir este proyecto, el inicio de muchos más en mi carrera profesional, porque esto es una muestra de que siempre puedo lograr lo que me propongo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
JUSTIFICACIÓN	7
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	13
OBJETIVO	14
HIPÓTESIS	15
REFERENTES TEÓRICOS	16
MÉTODO DE TRABAJO	18
CAPITULO PRIMERO. MARCO CONCEPTUAL	19
1.1. Derechos Humanos de todas las personas	20
1.1.1.- Derecho a la igualdad	26
1.1.2.- Derecho a la libertad	28
1.1.3.- Derecho a la protección de la salud	30
1.1.4.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio libre de la sexualidad y a la libertad de expresión	33
1.1.5.- Derecho a la no discriminación por las preferencias sexuales	38
1.1.6.- Derecho a la dignidad humana	42
1.2.- Las preferencias sexuales y los Derechos Humanos	45
1.2.1. Sexualidad y homosexualidad	47
1.2.2. Nuevos modelos de familia	48
1.2.3. Enfoque psicológico, social y actual	50
1.2.4. Concepto doctrinario y legal de la homosexualidad	51
1.2.5. La tutela del matrimonio y de la protección al acceso a la salud	53
CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO DE TODAS LAS PERSONAS.....	55
2.1. Su reconocimiento en instrumentos internacionales	57
2.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos	57
2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	58
2.1.3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	59
2.1.4. Convención sobre los Derechos del Niño	59
2.1.5. Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas	60
2.1.- Su fundamento legal en México	63
2.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	64
2.2.2. Ley General de Salud	68
2.2.3. Ley del Seguro Social	69
2.2.4. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado	76
2.3. El derecho a la salud en los diferentes sistemas de protección de Derechos Humanos	82
2.3.1. Sistema Interamericano	82
2.3.2. Sistema Europeo	84
2.3.3. Sistema Africano	86
CAPÍTULO TERCERO. EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN OTROS PAÍSES.....	88
3.1.- Países que reconocen el derecho a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo	90

3.1.1.- Holanda	91
3.1.2.- Bélgica	92
3.1.3.- España	93
3.1.4.- Canadá	97
3.1.5.- Sudáfrica	98
3.1.6.- Noruega	98
3.1.7.- Dinamarca	99
3.1.8.- Suecia	100
3.1.9.- Islandia	101
3.1.10.- Argentina	102
3.1.11.- Uruguay	104
3.1.12.- Inglaterra	105
3.1.11.- Estados Unidos de Norteamérica	107
3.2.- Países que reconocen el derecho a la salud de las uniones entre personas del mismo sexo	109
3.2.1.- Francia	109
3.2.2.- Hungría	110
3.2.3.- Colombia	111
CAPÍTULO CUARTO. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN MEXICO	118
4.1.- Su regulación	120
4.1.1.- Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	120
4.1.2.- Código Civil para el Estado de Coahuila Pacto Civil de Solidaridad.	123
4.1.3.- Código Civil Federal	125
4.1.4.- Código Civil para el Estado de Nayarit	126
4.2.- Su tutela jurisdiccional	127
4.2.1.- Acción de Inconstitucionalidad 2/2010	129
4.2.2.- Juicios de amparo interpuestos para acceder al derecho a la salud	135
CONCLUSIONES	141
PROPUESTA	143
FUENTES DE CONSULTA	145

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo de investigación es demostrar que la negativa del acceso a los servicios de salud por parte de los matrimonios entre personas del mismo sexo, es motivada por un trato desigual a estas parejas en razón de su preferencia sexual, lo que conlleva a una discriminación de sus personas y a la vulneración de sus derecho a la dignidad, igualdad, salud, certeza jurídica, entre otros derechos fundamentales, generando un estado de indefensión frente a particulares y frente al propio Estado

La unidad de análisis es el derecho a la salud; las variables son: I) La negativa de acceso a tal derecho y II) la vulneración del derecho fundamental de acceso a los servicios de salud que toda persona tiene. Indicadores de las variables: Las leyes del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Antecedentes.

La discriminación hacia las minorías ha existido siempre. Una de las que persiste aún es aquella que se vierte sobre los grupos homosexuales. Como respuesta a ello, organizaciones nacionales e internacionales han luchado por lograr un trato justo y equitativo tanto en la investigación, como su incorporación en actividades de orden social, político y legal, a veces, a la par de algunas legislaciones que protegen dichos grupos. Sin embargo, la postura de algunos gobiernos y de las personas en general, respecto del trato y reconocimiento que tienen que dar, se encuentra determinado por viejos estereotipos sociales, culturales y determinación de roles tradicionales.¹ No hay que olvidar que los derechos fundamentales fueron creados sin distinción alguna, con el afán de proteger al ser humano *per se*.

Entre los instrumentos más importantes que los tutelan, se encuentran: Carta de las Naciones Unidas de 1945, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950, Pacto

¹ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Derechos de los Homosexuales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Diputados LVIII Legislatura, 2000, Colección Nuestros Derechos, p. 3.

internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunque algunos doctrinarios no lo consideren como catálogo, no puede omitirse hacer mención del Reporte Roth hecho en 1993 por el Parlamento Europeo en materia de reconocimiento de derechos de homosexuales y lesbianas; el Comité de Derechos Civiles y Asuntos Internos de este Parlamento informó sobre asuntos relativos a la situación de la igualdad de derechos de lesbianas y homosexuales, en respuesta al reporte, el Parlamento Europeo expidió, en febrero de 1994, una resolución que entre sus puntos estableció:

- Llamar a los Estados Parte a abolir toda la legislación que penalizara o representara discriminación contra las actividades sexuales entre personas del mismo sexo.
- Que la misma edad para consentir en las relaciones sexuales fuera considerada o aplicada tanto a homosexuales como a heterosexuales.
- Terminar con la desigualdad en el trato contra personas de orientación homosexual contenido en las disposiciones jurídicas y administrativas de leyes como la de seguridad social, incluidos los beneficios en esta materia, de adopción, de sucesiones, en los códigos penales y en todas aquellas que contengan este tipo de discriminación.
- Que junto con las organizaciones nacionales de homosexuales y lesbianas se tomaran medidas y se iniciaran campañas contra los crecientes actos de violencia que se ejecutaban contra homosexuales y que se aseguraran de que los agresores fueran juzgados por los delitos correspondientes.
- Que junto con las organizaciones de lesbianas y homosexuales se tomaran medidas para iniciar campañas para combatir todas las formas de discriminación contra homosexuales y lesbianas.

- Recomendó que los Estados Parte tomaran medidas que aseguraran la participación y acceso de organizaciones culturales de mujeres y hombres en los presupuestos nacionales sobre la misma base de otras organizaciones sociales, sin que fuera una desventaja para ello que dichas organizaciones estuvieran formadas o dirigieran sus actividades a homosexuales o lesbianas.

Esta resolución fue confirmada por el Parlamento Europeo el 17 de septiembre de 1996, durante la reunión que con motivo del reporte anual sobre derechos humanos se celebró en la Unión Europea.²

En 1999, durante la última sesión celebrada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, éste declaró de forma general, que los derechos a la privacidad y a la igualdad de los homosexuales y las lesbianas estaban protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo que respecta al tema del acceso a la salud y su reconocimiento para ellos, son pocos los avances que se han suscitado en los países, destacan Canadá y Argentina en 1996 y 1997-1998 respectivamente; algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica en 1997 y 1998; Hungría en 1996 y Dinamarca en 1998, en donde se estableció que las parejas del mismo sexo tenían prácticamente los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

Ahora, por lo que ve al reconocimiento civil de las personas del mismo sexo, como matrimonio o uniones, Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Dinamarca, Suecia, Portugal, Islandia,³ Argentina, Inglaterra, Uruguay, algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica, permiten el matrimonio, en tanto Francia, Hungría, Colombia, Brasil e Italia reconocen beneficios o derechos a las parejas de homosexuales que viven en uniones de hecho.⁴

² *Ibidem*, pp. 23-25

³ Disponible en <http://www.abc.es/20100611/internacional/matrimonio-homosexual-201006111757.html> Consultada el 12 de Enero de 2011. Cabe destacar que el parlamento islandés aprobó por 49 votos a favor y ninguno en contra la ley que autoriza el matrimonio gay.

⁴ MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Alba, *op. cit.*, nota 1, p. 97.

JUSTIFICACIÓN

Los matrimonios entre personas del mismo sexo son una realidad en México, sin embargo, la reglamentación para que accedan a los servicios de salud no es suficiente.

El derecho al acceso a la salud, en tanto que es un derecho humano, no debe estar sujeto para su otorgamiento a condición alguna, ni tampoco, en razón de orientación sexual, lo anterior, con base en lo estipulado en los distintos tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos ha suscrito México, así como lo señalado por la Carta Magna en su artículo 1o. y la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Estado además, debe de velar por la real eficacia de los derechos humanos reconocidos a todas las personas que residen en México.

Luego, cuando dos personas del mismo sexo acuden a la ciudad de México –por ser la única en su legislación- a celebrar contrato de matrimonio y, posteriormente regresan a sus lugares de residencia, cuando uno de los cónyuges acude ante el Instituto Mexicano del Seguro Social o el de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado a registrar a su consorte, las autoridades encargadas de ello niegan el ejercicio de este derecho, escudándose en la literalidad de las leyes que rigen a dichas instituciones, discriminando así, a las familias conformadas por personas del mismo sexo. En tal virtud, es necesario reformar dichas leyes federales, a efecto de garantizar el ejercicio de este derecho humano sin discriminación alguna, tal como lo establece la Constitución y como fue el espíritu de los legisladores locales.

Para tal efecto, el 9 de marzo de 2010, los diputados Enoé Margarita Uranga Muñoz, del Partido de la Revolución Democrática y Rubén Ignacio Moreira Valdez, del Partido Revolucionario Institucional, presentaron ante la Cámara de Diputados, la iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de las leyes del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la cual fue dictaminada y aprobada el 9 de noviembre de ese mismo año y enviada a la Cámara de Senadores el 11 siguiente. Este órgano, luego de efectuarle modificaciones, la aprobó el 3 de noviembre de 2011 y

devolvió la minuta el 9 de ese mismo mes y año a la Cámara de origen para los efectos constitucionales conducentes; data desde la cual no se ha registrado movimiento alguno.

La otra opción es realizar una interpretación conforme de lo señalado por dichas legislaciones, a fin de promover el respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades encargadas de proporcionar los servicios de salud, recordando que es una **obligación que todas las autoridades de todos los niveles de gobierno tienen, y que su inobservancia es causal de responsabilidades administrativas.**

El fin último, es el respeto a los derechos humanos y de esta forma, tener una mejor sociedad.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En 2006 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal acuñó la conocida Ley de Sociedades en Convivencia, mediante la cual las parejas del mismo sexo podían elegir "convivir" con un propósito de vida, sin embargo esta figura era permitida solamente en el Distrito Federal y no se contempló en ninguno de sus artículos el derecho al acceso a la salud, ya que este rubro corresponde a dos leyes generales vigentes, la Ley del Seguro Social y la del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó por mayoría de 39 votos a favor, el matrimonio entre personas del mismo sexo, -reforma a la cual se le reconoció su constitucionalidad, como se verá en los capítulos correspondientes-, otorgándoseles además, el derecho de adopción; no así su derecho al acceso a la salud, seguridad social, impuestos, herencia, pensión por viudez o el acceso a las técnicas de reproducción asistida; el avance es plausible, sin embargo, nuevamente hay un vacío legislativo.

En diferentes entrevistas a las autoridades encargadas de los Institutos Mexicano del Seguro Social y del de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (IMSS e ISSSTE respectivamente) se han pronunciado que aun cuando las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio *NO DARÁN ACCESO A LA SALUD A ESTE TIPO DE UNIONES, YA QUE LO QUE LA LEY LES PERMITE ES NADA MÁS GARANTIZARLO A LAS PAREJAS DE SEXO DIFERENTE*.⁵

En México, el artículo primero constitucional prevé el derecho de igualdad, es decir, que todas las personas gozarán de los derechos humanos que contempla la Carta Magna así como de las garantías para su protección, sin discriminación por razones de sexo, religión, condición social, preferencias u otras. A su vez, el artículo cuarto constitucional en su párrafo cuarto establece que *"toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y*

⁵ Tomado de: <http://juarezgay.mx/2010/08/19/requiere-modificaciones-ley-del-imss-para-atender-a-matrimonios-gay-2/> consultado el 20 de enero de 2012.

modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución.

Estos derechos consagrados representan el estándar mínimo que una persona debe de gozar, lo anterior, con base en los compromisos adquiridos por los Estados y en este caso, por México, al suscribir tratados internacionales en esta materia, los cuales forman parte del derecho positivo vigente en el país y que encuentran similitud en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en relación a los derechos a la igualdad y no discriminación, mismos que deberán de prevalecer en todo momento y lugar, otorgando con ello certeza jurídica a los particulares frente al Estado, entonces: ¿Se vulnera el derecho al acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo ante la negativa por parte de las instituciones públicas encargadas de prestar el servicio? ¿Estos matrimonios tienen certeza jurídica de protección de la salud? ¿En qué se fundamenta la negativa de proporcionar el acceso a la salud de las personas homosexuales que han contraído matrimonio? ¿Dónde queda el compromiso de México adquirido en diferentes instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? Y lo más importante, ¿dónde quedan los derechos fundamentales de los matrimonios gay que también son personas?

Lo anterior sin olvidar que el derecho mexicano encuentra su fuente tanto en normas internas como en aquellas del derecho internacional que se han elevado a rango constitucional y con ello, todos los derechos que se incluyen en estas fuentes deben de ser observados por los Estados Parte, destacando entre ellos el de la dignidad humana, el cual se advierte como el respeto a todo ser humano por el simple hecho de serlo y, la base de otros derechos como el de igualdad, libertad, no discriminación, entre otros, tomando en cuenta que es indispensable que se respeten para que exista eficacia en la observancia de los mismos.

Sobre este aspecto se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada 1a. XCVII/2007, en Materia Constitucional. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 793, así como el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la tesis aislada 14o A.12 K, en materia Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVII, t. 2, febrero de 2013, p. 1345, de rubros y textos siguientes:⁶

"DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. *El derecho constitucional al mínimo vital cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona - centro del ordenamiento jurídico- no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean."*

"DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. *En el orden constitucional mexicano, el derecho al "mínimo vital" o "mínimo existencial", el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123, aunado al*

⁶ Números de registro IUS 172545 y 2082743.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que en su conjunto o unidad forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera) por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho pues si se carece de este mínimo básico las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido "la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión". Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso, por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente, esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso."

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son las razones por las que las instituciones públicas niegan el acceso a los servicios de salud a los matrimonios entre personas del mismo sexo?

¿Se vulnera el derecho a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo ante la negativa por parte de las instituciones públicas encargadas de prestar el servicio?

¿Estos matrimonios tienen certeza jurídica de protección de la salud?

¿Dónde queda el compromiso de México adquirido en diferentes instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?

¿Dónde quedan los derechos fundamentales de las parejas gay que también son seres humanos?

OBJETIVO

En el presente trabajo, el objetivo, es responder a las preguntas de investigación planteadas, demostrar la hipótesis de que negar el acceso a la salud a los matrimonios entre personas del mismo sexo vulnera derechos fundamentales –entre ellos la dignidad humana y el del acceso a la salud- tutelados por el Estado Mexicano y por los tratados internacionales celebrados por éste, los cuales son derecho positivo vigente. Demostrar que es necesario otorgar los instrumentos necesarios para hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos.

HIPOTESIS

Negar el acceso a la salud a los matrimonios entre personas del mismo sexo vulnera principios de certeza jurídica, derechos fundamentales de igualdad, dignidad humana, acceso a la salud, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, genera discriminación y obstaculiza la efectividad de los derechos en un sector de la sociedad, en razón de su preferencia sexual. La incorporación en el marco normativo mexicano de preceptos que permitan el acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo establecerá la certeza jurídica de goce de dichos derechos.

REFERENTES TEÓRICOS

MARCO CONCEPTUAL: Discriminación, derechos humanos, minorías, matrimonio, certeza jurídica, vulneración de derechos fundamentales, seguridad social, reconocimiento judicial, reconocimiento legislativo.

MARCO HISTÓRICO: Desde 1989, fecha en que se reconoció la unión civil entre personas del mismo sexo en Dinamarca y cuyo efecto permeó en casi todos los países de Europa hasta la fecha actual, en que aún se discuten en algunos países si se permite o no el matrimonio entre personas del mismo sexo y los derechos que les son inherentes.

MARCO LEGAL: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y, Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones General 13, 14 y 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Leyes: General de Salud, del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Código Civil Federal y Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, Código Civil para el Estado de Nayarit.

MARCO COMPARATIVO: Países en los que se permite el matrimonio y otras uniones civiles, pactos de solidaridad, sociedades en convivencia, en la mayoría, se garantiza el acceso a los servicios de salud a los cónyuges o parejas del mismo sexo, otorgado a raíz del consorte o pareja que goza de los beneficios de seguridad social.

MARCO SOCIOCULTURAL: Los modelos tradicionales de familia han cambiado, en México existen familias monoparentales o conformadas por personas del mismo sexo que desean llevar una vida en común y gozar de los mismos derechos que tienen las parejas heterosexuales. Desde esta óptica, podría considerarse como un derecho social el acceso a la salud, el cual se le niega a las parejas gay por cuestiones de discriminación.

MARCO TEÓRICO: Iusnaturalismo en sus corrientes histórica, racionalista, Racionalismo jurídico y el Iusnormativismo, en lo referente al concepto de los derechos humanos.

METÓDO DE TRABAJO

- Discursivo: al analizar diferentes puntos de vista
- Sistemático, ordenado y coherente.
- Deductivo: de lo general a lo particular.
- Analógico: comparación entre los sistemas jurídicos de otros países y entre las familias a la que pertenece México (la neorrománica)
- Histórico: origen y evolución de los derechos fundamentales.
- Fenomenológico: al ser una investigación con objetividad.
- Científico: suma de todos los métodos.

CAPITULO PRIMERO. MARCO CONCEPTUAL

El objetivo de este capítulo es abordar lo concerniente a los conceptos de los derechos humanos de todas las personas, como lo son el de igualdad, libertad, protección a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio libre de la sexualidad y a la libertad de expresión, a la no discriminación por las preferencias sexuales y a la dignidad humana; así como el de sexualidad y homosexualidad, nuevos modelos de familia, su concepto doctrinario y legal y, puntualizar la tutela del matrimonio y de la protección al acceso a la salud que serán materia del presente trabajo y con ello, establecer los parámetros de la importancia de estudiar este tema.

Los derechos humanos forman parte del individuo, fueron reconocidos inherentes a él aún antes de la existencia del Estado. Sólo después de éste, se han reconocido los derechos sociales, culturales y económicos, pues son una consecuencia de los primeros.

En el devenir histórico, son innumerables los documentos que han reglamentado y proclamado la importancia de los derechos humanos y por qué deben de ser respetados por los Estados Partes que se adhieren a cada tratado. Basta recordar las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial para recordar cómo las personas fueron reducidas a un estatus menor que el de "cosas". Millones de judíos fueron sacrificados con la excusa de que no tenían derecho alguno y marcados como animales mediante la estrella cosida en sus ropas.

Aún a pesar de las décadas que han pasado después del holocausto, el mundo entero sigue avergonzándose de tales eventos. Esta fue una de las razones por las cuales se creó la Organización de las Naciones Unidas, en donde por primera vez se reconoció la dignidad de las personas, su derecho a la libertad, a ser tratados de igual forma y a no ser discriminadas por razón alguna.

Los Estados que así la firmaron, proclamaron en el preámbulo de la misma que se esforzarían para que tanto los individuos como las instituciones inspirándose constantemente en ella, promoverían mediante la enseñanza y la educación, el respeto a esos derechos y libertades y asegurarían, a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y

aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.⁷

De tal forma que, derechos humanos, discriminación, libertad, igualdad, salud, familia, sexualidad, matrimonio, certeza jurídica, vulneración de derechos fundamentales, seguridad social, reconocimiento judicial, reconocimiento legislativo serán algunos de los conceptos fundamentales para llevar a cabo esta acometida.

1.1. Derechos Humanos de todas las personas

La historia de los derechos humanos es inacabable, pues aun en nuestros días continúa escribiéndose. Ejemplo de ello es el estudio por parte de filósofos, humanistas y teólogos –entre ellos los pensadores de la antigua Grecia y Roma, Santo Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria–, hasta aquellos que se pronunciaron al respecto después de las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, en todos ellos, los derechos humanos sufrieron una evolución. Al inicio se reconocieron como “derechos humanos”⁸ aquellos inherentes a las personas por el simple hecho de serlo, los cuales debían de ser respetados por el Estado y este a su vez debía darles libertad e igualdad ante sus semejantes y ante el Soberano. Posteriormente se exigió alguna forma de hacerlos efectivos ante los atropellos del gobierno y sus representantes, surgiendo con ellos los derechos denominados de tercera generación –los sociales– entre los que destaca el derecho a la protección de la salud, reconociéndose a todos los derechos humanos, el carácter de universales y a fin de protegerlos se plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948 cuáles eran los derechos fundamentales del individuo, constituyendo con esto uno de los antecedentes más importante en esta materia.

⁷ Véase el preámbulo de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx>, página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, consultada el 19 de enero de 2012.

⁸ Para mayores referencias véase NICOLETTI, Javier Augusto, “Derecho Humano a la Salud: Fundamento y Construcción”, *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, 120-129-57: 2008 (41): DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Serie Doctrina Jurídica, núm. 361; GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal, *Derechos Fundamentales*; LAPORTA, F. *El concepto de los Derechos Humanos*, España, UNIA, 2001; PÉREZ LLUNO, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2004.

Para Laporta, el preguntarse acerca de que *derechos* son inalienables y qué *derechos* no lo son, sólo puede basarse en argumentos referidos al concepto de persona humana que está en la base de cada concepción moral, a los bienes u objetivos morales que se defiendan o a los ideales sociales que se propugnen. Además, indica que es preciso distinguir la titularidad de un *derecho* del ejercicio de un *derecho*. Cualquiera podría decidir no ejercer algún *derecho* que tuviera, pero lo que no podría hacer es renunciar a ser titular de ese *derecho*.⁹

Cabe resaltar la característica de fuerza vinculante de los Derechos Humanos. Esto es equivalente a decir que son conjuntos de normas algunas de las cuales no admiten excepciones y que, por ejemplo, imponen algún deber sobre alguien que en ningún caso puede estar autorizado a ignorar

Lo que se quiere afirmar con ello, es que los Derechos Humanos implican deberes de realizar ciertas *clases* de acciones y que tales deberes no admiten excepción alguna *a priori*. En ningún caso pueden tales derechos dejar de ser respetados por ninguna acción de la clase de acciones que exigen o prohíben las normas correlativas.

Un derecho es *absoluto* cuando no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no puede ser nunca infringido justificadamente y debe ser cumplido sin ninguna excepción.¹⁰ En apoyo a esta idea, se ha distinguido entre *satisfacer un derecho*, cuando el deber correlativo se cumple, *infringir un derecho*, cuando el deber correlativo no se cumple, *violar un derecho*, cuando el *derecho* es infringido injustificadamente y *sobrepasar un derecho*, cuando es infringido justificadamente, es decir, cuando hay justificación para *no* cumplir el deber correlativo.

Para entender mejor cómo fue evolucionando el reconocimiento de los Derechos Humanos, es necesario ubicarnos en el contexto del Estado donde éstos fueron reconocidos, es decir, en qué condiciones se encontraba el territorio

⁹ LAPORTA, F., *op. cit.*, nota 8, pp. 23-44.

¹⁰ NICOLETTI, Javier Augusto, *op. cit.*, nota 8, p. 52.

físico, político y organizacional del Estado, en virtud de ello, cabe anotar aquí la clasificación de Pablo Lucas Verdú¹¹ respecto de los tipos de Estado.

- Tipo de estado: Liberal, nacional, socialismo, monarquía, república, comunismo, socialismo.
- Forma de estado: Estado Federal, Centralizado, Confederado (Confederación Helvética, Unión Europea).
- Forma de gobierno: Monarquía, república, directorio
- Sistema de gobierno: Parlamentarismo o presidencialismo.
- Régimen político: Totalitario, autoritario y democrático.

Dado que los Derechos Humanos no son etéreos, puesto que protegen bienes de la persona que se consideran fundamentales, requieren de un marco institucional político y jurídico que los haga verdaderamente operativos. Ese marco es la llamada *sociedad democrática*, entendiendo por esta, en términos generales, una sociedad libre y plural. Ahora bien, como sabemos, las llamadas "sociedades democráticas" han sido objeto de cambios y evoluciones a lo largo de la historia y, uno de sus pilares —los Derechos Humanos— también han ido desarrollándose en etapas sucesivas.

Éstos, en tanto construcción histórica, surgieron centrados en el campo de los *Derechos Civiles y Políticos (derechos de primera generación)*: los *Derechos civiles* responden a la libertad individual de conciencia, de pensamiento y de expresión; los *Derechos políticos* responden a la posibilidad de participación política de todos los individuos. Posteriormente, surge una creciente conciencia universal acerca de la necesidad de delimitar y proteger, además, a los llamados *Derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación)*: acceso al bienestar social, a la salud, al trabajo, a la vivienda y a la educación.

En principio, esta distinción de categoría en los Derechos Humanos tiene como diferencia principal el modo en que son considerados. Los *Derechos civiles* y *políticos* eran susceptibles de aplicación inmediata y requerían obligaciones de abstención por parte del Estado; mientras que los *Derechos económicos, sociales*

¹¹ Citado por FERRERO COSTA, Raúl (comp.), *Derecho constitucional general. Materiales de enseñanza*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Universidad de Lima, 2004, p. 308.

y *culturales* debían ser implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva, con obligaciones positivas implícitas. Los *Derechos civiles y políticos* eran considerados como derechos frente a los poderes públicos, como límite impuesto a la *arbitrariedad* del Estado, los *Derechos económicos, sociales y culturales* se plantean, por el contrario, como exigencias de los individuos o de los grupos frente al Estado, a fin de que éste proporcione los medios que hagan posible una vida humana digna o un nivel de vida adecuado.

La clasificación de los *derechos* fue gestando una dualidad cada vez mayor considerando:

- Los *derechos sociales*: la dignidad de la persona humana en relación con un hombre situado social e históricamente y a necesidades concretas; a diferencia de los *derechos individuales*, para los cuales la persona era considerada abstracta —un hombre genérico—, encerrada en un esquema racionalista (el propio del individualismo iluminista).

- Los *derechos sociales* como derechos que tienen un origen histórico y social concreto; a diferencia de los *derechos individuales* entendidos como derechos superiores y anteriores al Estado.

- Los *derechos sociales* con la finalidad de pormenorizar las exigencias del valor de igualdad; mientras que los *derechos individuales* servían para especificar ante todo, aunque no exclusivamente, el valor de la libertad.

Sin embargo, existe una estrecha relación entre la vigencia de los *Derechos civiles y políticos* y la de los *Derechos económicos, sociales y culturales*, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. En la **Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968**, para lograr una superación de esta dualidad inicial, se proclamó la **indivisibilidad de los Derechos Humanos**, afirmándose que para alcanzar la plena realización de los *Derechos cívicos y políticos* es indispensable el goce de los *Derechos económicos, sociales y culturales*. En el artículo 50. de la Proclamación de Teherán se afirma que *para que pueda alcanzarse el goce de la máxima libertad y dignidad para la humanidad*, es preciso que las leyes de todos

os países reconozcan a *cada ciudadano*, sea cual fuere su raza, idioma, religión o partido político, la libertad de expresión, de información, de conciencia y de religión, así como el *derecho a participar* plenamente en la vida política, económica, social y cultural de su país.¹²

Los Derechos de Segunda Generación se consideran entonces condición necesaria para ejercer y poder hacer efectivos los demás derechos, porque su posesión o carencia determinan los mínimos de una vida digna y el ser incluido o excluido de la sociedad. Los derechos fundamentales de carácter liberal y democrático relacionados con las libertades no pueden alcanzar su cumplimiento si no quedan conectados a los *Derechos económicos, sociales y culturales*. Sin la realización de estos, aquellos quedarían expuestos como meras declaraciones retóricas.

En concordancia con ello surgen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.¹³

México, suscribió dichos documentos internacionales para la protección de los derechos humanos, incorporándolos a la Constitución de 1857 desde un punto de vista iusnaturalista, a contrario sensu de lo que ocurrió en la de 1917, donde se refleja el sentido iuspositivista. Por cierto, con la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos, de junio de 2012, se reconoce constitucionalmente la prohibición de discriminar en razón de las preferencias sexuales de una persona, con ello se constitucionaliza la protección de las personas de orientación sexual diferente, las cuales son el sujeto del objeto a analizar en este trabajo de investigación.

¹² Artículo 5o. de la Proclamación de Teherán, proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, tomado de http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file_biblioteca/pdf/1290 página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, consultada el 20 de enero de 2012.

¹³ Para ver la fecha en que México firmó dichos convenios internacionales, véase: http://www.sre.gob.mx/images/stories/marco_normativos/marco.pdf disponible en la página web de la Secretaría de Relaciones Exteriores, consultada el 15 de enero de 2012.

Para Bastida, el modelo positivista transforma los derechos humanos en derechos fundamentales, los incorpora como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con el uso lícito de la fuerza física que ostenta en monopolio el Estado. Reclamar un derecho fundamental no consistirá en apelar sin más al respecto a un derecho natural de la persona.¹⁴ Los considera como fundamentales aquellos que se entienden como básicos o esenciales del ser humano, que son inherentes al desarrollo de su personalidad, esta fundamentalidad de los derechos emana del ser humano, no del deber ser de la norma constitucional. Son absolutos.

Carbonell cita a Pérez Luño respecto de su distinción entre los derechos humanos y los derechos fundamentales de la siguiente manera:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a eludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.

Los derechos humanos añoran a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas y, que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados.¹⁵

La positividad de los derechos es importante porque son absolutos, un freno para el Estado y además, oponibles a terceros.

¹⁴ BASTIDA, Francisco J., *El fundamento de los Derechos Fundamentales*, 2003, p. 42, tomado de <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf> consultado el 10 de agosto de 2012.

¹⁵ CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, Serie Doctrina Jurídica núm. 185, pp. 4-14.

1.1.1. Derecho a la igualdad

Este derecho se consagró por primera vez¹⁶ en el artículo 7o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –aun cuando en 1945 dentro del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se menciona que se suscribía tal documento buscando la igualdad de derechos de hombres y mujeres– estableciendo que todos son iguales ante la ley y por ello tienen derecho a igual protección por la misma, dando el derecho también de protección a cualquier persona que se pretenda discriminar por algún motivo, en el goce de los derechos contenidos en tal Declaración. Dentro de los derechos que enmarcan esa igualdad se establece el del matrimonio y a fundar una familia y disfrutar de los derechos que derivan de aquél,¹⁷ el derecho a la seguridad social,¹⁸ a la salud, asistencia médica y servicios sociales y a los seguros de desempleo, enfermedad, invalidez y vejez.¹⁹ Por su parte los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecen que los Estados Parte deben de hacer efectivos los derechos proclamados y resguardar el que no se suprima ninguno. En la misma tesitura se encuentran las Observaciones Generales número 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.²⁰

¹⁶ Para mayor referencia, véase: <http://www.un.org/es/documents/udhr/udhr.html>, posteriormente se mencionaría también en el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948); artículos 3o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, ratificada hasta 1982); números 2o, inciso 2o, y 5o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); punto I de la Proclamación de Bogotá, otorgada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus preceptos 1o. y 4o. para el presente; artículos 1o. y 25 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ordinal 3o. de La Carta Democrática Interamericana celebrada el 11 de septiembre de 2001.

¹⁷ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸ Numeral 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁹ *Ibidem*, precepto 25.

²⁰ La competencia para que estos Comités conocieran de denuncias elaboradas por particulares en contra de México se da con la aceptación de los Protocolos adicionales al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y 2002, ratificados el 15 de marzo de 2002 el primero de ellos y el segundo el 20 de septiembre de 2007. Para mayor referencia, véase: <http://www2.odhhr.org/spanish/la/cpr/comp.htm> y <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mbidg=no-B-17&lang=es&inc=on> consultada el 05 de mayo de 2012.

En México, este derecho está tutelado en los artículos 10. y 40. de la Carta Magna, así como en el precepto 10. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.²¹

Pero, ¿qué es el derecho a la igualdad? Implica tratar igual a personas en igualdad de circunstancias y desigual si se encuentran en situaciones distintas.

De acuerdo con el diccionario de la Real Lengua Española, igualdad ante la ley es un *Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos.*²²

En palabras de Carbonell, existen distintos tipos de igualdad,²³ aunque el que nos interesa en este trabajo, es el jurídico, respecto del cual opina que es un concepto indeterminado, que requiere de un esfuerzo creativo importante por parte del intérprete al momento de juzgar si una determinada norma o situación puede lesionarlo.²⁴

Para Silva Meza y Valls Hernández, la igualdad puede comprenderse desde diversos planos como el filosófico, el ético, entre muchos más, pero para el universo jurídico, este principio se traduce como el derecho con que cuentan todos los individuos de gozar de los mismo derechos y obligaciones fundamentales, sin importar las diferencias particulares que se presentan en todos los seres humanos, ya sea en su estilo de vida, forma de pensar, credo, tipo de familia, sólo por mencionar algunos.²⁵

En este trabajo, se hará referencia a este derecho en el sentido establecido en el párrafo primero del artículo primero de la Constitución Política de los Estados

²¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

²² Tomado de la página web del Diccionario de la Real Lengua Española http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=igualdad, consultado el 03 de mayo de 2012.

²³ Véase CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, nota 15, pp. 163-169.

²⁴ *Ibidem*, p. 168. Reitera que Francisco Rubio Llorente tenía razón cuando afirmaba que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los "términos de la comparación", entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.

²⁵ SILVA MEZA, Juan y VALS HERNÁNDEZ, Sergio, *Transsexualidad y Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*, México, Porrúa, 2011, p. 190.

Unidos Mexicanos, en el sentido de que "... todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte así como de las garantías para su protección ...", entonces, si así es, los matrimonios del mismo sexo que contraen matrimonio –sujetos en este trabajo–, cuyos integrantes en lo individual tienen derecho al acceso a la salud, también tienen derecho, como institución y como también sucede en los matrimonios heterosexuales, a poder afiliarse a su cónyuge para que goce de los servicios de salud que el o ella le pueda brindar por conducto de la filiación adquirida por dicho vínculo. Sin embargo, esto no sucede, ya que las disposiciones de las leyes que regulan los servicios de acceso a la salud, no contemplan este tipo de uniones; en consecuencia, todos los matrimonios conformados por personas del mismo sexo, ven vulnerado su derecho a la igualdad en razón de no poder tener acceso a los servicios de salud que su cónyuge les puede proporcionar, lo cual está prohibido por la Carta Magna y los Tratados Internacionales que México ha suscrito y que están vigentes.

1.1.2. Derecho a la libertad

Este derecho también está tutelado en distintos tratados internacionales signados por México.²⁶

El derecho a la libertad comprende distintos rubros: la libertad de pensamiento, el libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, de profesión, de elegir a qué trabajo dedicarse, la libertad de ejercer la sexualidad de forma responsable, la libertad respecto de quién enamorarse y con quién casarse. Es en estos últimos sentidos, que se entenderá el derecho a la libertad cuando se haga mención del mismo en el desarrollo del presente trabajo.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, es *la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos/ Facultad que se disfruta en las naciones bien*

²⁶ Artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los 30. y 90. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 70. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 45 de Carta de la Organización de los Estados Americanos; artículo 30. de la Carta Democrática Interamericana celebrada el 11 de septiembre de 2001; artículo 60. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.²⁷

La libertad cobra sentido cuando es reconocida a todos por igual; obviamente el reconocimiento de la libertad en condiciones de igualdad no genera, por sí mismo y de forma automática, un igual ejercicio de la libertad por cada persona: el ejercicio de las libertades depende también de los medios con que cuenta cada uno para realizarlo. De la misma manera, la igualdad tiene sentido cuando se acompaña con la libertad, podría decirse que para el ejercicio de cualquiera de estos derechos, es necesario el otro.²⁸

Existe una clasificación aceptada por la mayoría de los doctrinarios en la que distinguen entre una libertad positiva y una negativa, entendiendo por la primera, la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, el elemento distintivo es la voluntad y, por libertad negativa la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos. Esta última puede ser prejurídica o jurídica; es del primer tipo cuando una determinada conducta no está jurídicamente regulada y en consecuencia, puede ser libremente realizada o no por una persona; es jurídica cuando el ordenamiento le asegura a una persona la posibilidad de realizar una conducta sin interferencias y sin constricciones.²⁹

Ahora, si se utiliza el concepto de libertad negativa para definir los derechos de libertad, esto generará ámbitos de inmunidad a favor de los individuos, que no pueden ser traspasados por el Estado, que constituyen límites negativos (de no hacer) para los poderes públicos, que están obligados a no interferir en las conductas amparadas en esos derechos. Algunos autores como Alexy³⁰ los llaman derechos defensas y sostienen que existen tres grupos distintos de estos. El primero de ellos, está constituido por derechos a que el Estado no impida u

²⁷ Tomado de http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta/TIPO_BUS_3411111/libertad página web del Diccionario de la Real Academia Española, consultado el 14 de mayo de 2012.

²⁸ CARBONELL, *op. cit.*, nota 15, p. 302.

²⁹ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 97, tomado de Carbonell, *op. cit.*, nota 15, p. 304.

³⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CUP, 2002, p. 188, tomado de Carbonell, *op. cit.*, nota 15, p. 313.

obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho y el tercero, derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del sujeto de derecho.³¹

Carbonell afirma que existe en general un principio de libertad conforme al cual, cualquier ámbito exento de regulación está permitido para los particulares; en otras palabras, en todo aquello en lo que no existan reglas se entiende que las personas pueden conducirse como lo prefieran.³² Esta libertad está tutelada en la Constitución y en los Tratados Internacionales celebrados por México, sin embargo, es necesario también que la persona pueda estar ajena a las diversas formas de sujeción que existen hoy día, de forma que sea capaz de desarrollar sus planes de vida de manera autónoma, esto es, tutelar la libertad positiva. Para lograrlo, los Estados democráticos modernos asumen una serie de tareas que les permitan a las personas contar con los elementos necesarios para desarrollar sus planes de vida.³³

Ahora, para algunas personas el casarse y elegir a la pareja con quien formarán una familia es un plan de vida. En México, este es uno de los Derechos Fundamentales que se ha extendido a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Sin embargo, este derecho a la libertad no puede ser ejercido en su totalidad cuando las prerrogativas derivadas de este vínculo no aplican por igual a los matrimonios homosexuales, tal y como se verá en los párrafos siguientes.

1.1.3. Derecho a la protección de la salud

La protección a la salud ha sido objeto de tutela en distintos documentos internacionales.³⁴ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, se puede

³¹ *Ibidem*, p. 314.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 315.

³⁴ Artículo 25 inciso Iii, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 1, inciso Ij de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; XI y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; ratificada por México el 02 de marzo de 1981 y depositado el instrumento de adhesión ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el 24 de Marzo de 1981; artículo 11 párrafo I inciso f) y 12 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículos 9o., 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 9o. y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos

entender por ésta "un Estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".³⁵ Cabe resaltar cómo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social y al seguro social.³⁶ En forma similar se hizo pronunciamiento en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Como es bien sabido, este derecho es considerado dentro de los denominados *Derechos Humanos de Segunda Generación*, comprendido en el marco de los *Derechos Sociales, Económicos y Culturales*.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, da cuenta de que estos derechos tienen una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En sentido objetivo, pueden entenderse como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En su sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos. Referirse a Derechos Económicos, Sociales y Culturales implica referirse a una cuestión ligada a la subjetividad, porque la sociedad y la

Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" ratificado por México el 08 de marzo de 1990 y depositado el instrumento ante la Organización de los Estados Americanos el 16 de abril de 1990, así como en el preámbulo del mismo, artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de los Niños; artículos 3o. y 4o. de la Carta Democrática Interamericana celebrada el 11 de septiembre de 2001; artículos 6o., 33, 34 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Observaciones Generales números 13 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

³⁵ Párrafo dos del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada en la Conferencia Internacional celebrada en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, en julio de 1946. Tomado de: http://www.who.int/features/history/1111/60th_anniversary_chronology_es.pdf consultada el 15 de mayo de 2012.

³⁶ Esto significa que los Estados deben de: a) Tutelar los derechos sin discriminación; b) Tomar las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio; c) demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para hacer efectivos los objetivos del Pacto; d) establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados; e) lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua; f) no dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que esta prohibida o severamente restringida la regresividad; g) destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir el Pacto; h) acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles; i) en periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y, j) asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

cultura contienen significados esenciales para la construcción de un proyecto propio de desarrollo humano.

La interpretación que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud y su vinculación con los demás derechos fundamentales, es por demás interesante:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica y el derecho a no padecer injerencias. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.³⁷

La protección de la salud y el desarrollo de los correspondientes sistemas sanitarios asistenciales es una de las tareas fundamentales –en términos políticos y económicos– de los Estados democráticos contemporáneos y representa una de las claves de los Estados de bienestar. Carbonell afirma que de la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad debe tener por lo menos las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad. Es decir, el sujeto de este derecho es toda persona, los servicios sanitarios públicos son financiados principalmente por impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de aquellos que tengan capacidad económica suficiente y, la calidad es un requisito tanto de la existencia misma del sistema comprendido globalmente como un elemento para alcanzar un mínimo de igualdad entre quienes acceden a servicios públicos de salud y de quienes lo hacen a servicios privados.³⁸

En México es el párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional que consagra el derecho a la protección de la salud, además de imponer obligaciones positivas por parte del Estado, las cuales se llevan a cabo mediante la Ley General de

³⁷ Véase CARBONELL, *op. cit.*, nota 15, p. 828.

³⁸ *Ibidem*, p. 816.

salud, cuyo arábigo 2o., establece las finalidades del derecho a la protección de la salud,³⁹ también se menciona en el apartado B del numeral 2o. de la Carta Magna.

Para que una persona pueda hacer efectivo ese derecho en la República Mexicana, es necesario que pertenezca a alguno de los tres sistemas que actualmente prestan servicios de salud: el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y el Seguro Popular. En los primeros dos casos, es necesario que la persona sea trabajadora —al servicio del Estado o de otros particulares— quien tiene la posibilidad de afiliar a su vez a sus parientes por afinidad o consanguinidad, el trabajador a su esposa y la trabajadora a su esposo, no así en el caso de que a quien se quiera afiliar sea de su mismo sexo, pues la legislación no lo permite; es por ello, que, en el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo, el **derecho a la protección de la salud no es efectivo.**

1.1.4. Derecho al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio libre de la sexualidad y a la libertad de expresión.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es la facultad que tiene todo ser humano de realizarse de acuerdo a sus particulares valores, ideas, aptitudes y gustos, de elegir cómo vivir su vida, decidir si contrae matrimonio o no y con quién lo hace; procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal; su libre opción sexual, en forma libre y autónoma y, su identidad personal, conformada a su vez por la identidad sexual y la identidad de género, al ser estas últimas referentes de la percepción de la persona sobre sí misma y de su proyección, como tal, hacia los demás.⁴⁰

Dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra el del ejercicio libre de la sexualidad, lo cual se traduce, en una de las formas de la libre expresión, esto es, que una persona pueda expresar cuál es su forma de vivir y su

³⁹ Entre ellas, las siguientes: I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades; II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana; III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.

⁴⁰ SILVA MEZA, Juan, *op. cit.*, nota 25, p. 186.

sexualidad. Sólo gracias a la libertad personal los hombres y mujeres desarrollan su personalidad verdadera por lo que necesitan la ayuda de la sociedad, del Estado y del derecho.

Asociado a este concepto se encuentra el de diversidad sexual, el cual está construido sobre la base de tres conceptos: 1) prácticas sexuales, 2) preferencia sexual y, 3) identidad sexogenérica. Entiéndase por la primera, como las elecciones específicas que cada persona toma en el ejercicio de su sexualidad, es decir, la elección de su objeto de placer o deseo, sin tomar en cuenta la identidad que asuma.⁴¹

La preferencia y orientación sexual⁴² hace referencia al deseo sexual o erótico-afectivo orientado preferentemente hacia mujeres, hombres o ambos y, se puede describir con las siguientes categorías:

- a) Bisexualidad: atracción erótica y/o afectiva por otras personas sin importar su sexo o género.
- b) Heterosexualidad: atracción erótica y/o afectiva hacia personas de sexo o género distinto al identificado como propio.
- c) Homosexualidad: atracción erótica y/o afectiva hacia personas del mismo sexo o género.

La identidad sexogenérica alude a un campo más amplio que la orientación o preferencia sexual, porque incluye las maneras de autodenominarse y presentarse frente a los demás. Es la construcción de identidades en relación con la sexualidad y es un proceso único e individual que permite a las personas construir su personalidad y sentirse parte de la comunidad en que viven, abarca aspectos biológicos, de identidad y expresión en relación con el género, de preferencia sexual, de maneras de expresar el deseo y de prácticas para

⁴¹ Consejo Nacional para la Prevención la Discriminación, *Guía para la Acción Pública contra la Homofobia*, México, Ediciones Conapred, 2012, Colección Guías para la Acción Pública, p. 11.

⁴² Capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un sexo o género diferente al suyo o de un mismo sexo o género o de más de un sexo o género, así como a la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Tomado de Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, versión en español, p. 6, disponible en http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf sobre mencionar que este término es el de mayor aceptación a nivel internacional, aunque en la Carta Magna y en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se use el de "preferencia sexual".

realizarlo. Es un conjunto de elementos que trascienden el ámbito social, es decir, la sexualidad y la diversidad de sus expresiones dependen también de situaciones históricas, pedagógicas, culturales, simbólicas e imaginarias de la sociedad. Así, se reconoce que las identidades que asumen las personas y las formas de agruparse sexo-afectivamente son resultado de los aspectos que constituyen su intimidad, como gustos, deseos y prácticas.⁴³

Luego, por diversidad sexual o ejercicio libre de la sexualidad se puede entender todas las posibilidades de asumir y vivir la sexualidad –distinta en cada cultura y persona–, la práctica, la orientación y la identidad sexogenéricas. Suele referirse a prácticas o identidades no heterosexuales. Es el reconocimiento de que todos los cuerpos, todas las sensaciones y todos los deseos tienen derecho a existir y manifestarse sin más límite que el respeto a los derechos de los otros.⁴⁴

Se asevera que a fin de que una persona pueda tener un libre desarrollo de su personalidad, ésta debe de ser capaz de expresar sus ideas, sus relaciones interpersonales, sus derechos reproductivos, ejercer libremente su sexualidad, derecho al matrimonio, a la no discriminación, a la salud y, en lo que respecta al presente trabajo, el ejercicio de los derechos humanos inherentes a la persona, con plena libertad, con efectividad, con respeto por los mismos.⁴⁵

Todos estos derechos se encuentran tutelados en distintos instrumentos internacionales.⁴⁶

En particular, el del libre desarrollo de la personalidad se encuentra protegido por la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, pues dentro de los preceptos que la componen, se protege el derecho a la libre

⁴³ Consejo Nacional para la Prevención la Discriminación, *op. cit.*, nota 41, pp. 12-13.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁵ Prueba de ello son los diferentes tratados internacionales que se han proclamado, mencionados en notas anteriores. Cada vez se puntualiza más en la importancia de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, a fin de alcanzar un estado de plenitud y felicidad, fin último del hombre.

⁴⁶ Artículo IV de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 17, 18 inciso 1, 19 inciso 2, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9o., 11 y 12 inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 11, 13 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988 ratificado por México el 16 de abril de 1966, artículos 3o. y 4o. de la Carta Democrática Interamericana celebrada el 11 de septiembre de 2001; artículo 6o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

expresión de las ideas, siempre y cuando no atente contra la integridad y dignidad de persona alguna.

Dentro de él, se encuentra implícito el de formar una familia y que el Estado la proteja como un todo y a cada uno de sus miembros, así como el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Lo anterior en congruencia con las Observaciones Generales números 16 y 19 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.⁴⁷

Para el Estado, se justifica que el texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos recojan a la intimidad, como manifestación concreta de la separación entre el ámbito privado y el público.

En su sentido original, el derecho a la intimidad, concepto relacionado con el de libre desarrollo de la personalidad se asocia con la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida. Para el Tribunal Español, este derecho tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respecto de su dignidad. Atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, no se garantiza una "intimidad" determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familiar, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del público; se garantiza un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los límites de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio.⁴⁸

⁴⁷ Observación General número 19 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 1990, disponible en: http://www.unhcr.ch/ths/doc.nsf/03e4492f624f618b2c1256d30005651c_S1/E.E.G0441305.pdf consultada el 03 de mayo de 2012.

⁴⁸ Sentencias 231/1988, 134/1999, 115/2000, citadas por Carbonell, *op. cit.* nota 17, p. 162.

Es respecto del numeral 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido sentencias partiendo del concepto de vida privada, dando una amplia protección.⁴⁹

En palabras de Carbonell, el derecho al honor se entiende "en los textos constitucionales modernos y por algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en dos vertientes: la primera, desde el punto de vista objetivo o factual, a partir de la cual el honor de una persona guardaría estrecha relación con la reputación social que la misma tuviera, la reputación, desde este punto de vista, sería algo contrastable en términos de verdad o falsedad y remitiría a una consideración sociológica. La segunda vía es de carácter subjetivo y está determinada por el concepto de honor que tenga respecto de sí mismo un sujeto; es decir, el honor, en este segundo supuesto se identificaría con la propia estimación, con la autoestima. La lesión del honor se produce cuando se afecta la dignidad de una persona, a través del menoscabo sobre el reconocimiento que los demás tienen de ella, de su integridad moral o del prestigio, consideración o imagen social."⁵⁰

En la sociedad mexicana, el reconocer el vínculo matrimonial que une a dos personas y respetarlo ante los demás forma parte del honor de la pareja que así se ha unido, así como de sus integrantes, también se manifiesta a través del respeto que las instituciones le den en los diferentes trámites que pueden efectuar los consortes. Por ejemplo, un matrimonio conformado por personas del mismo sexo, al momento de ejercer su derecho de registrar como beneficiaria dentro de los servicios de salud a que tenga acceso, a su cónyuge y recibir una negativa por parte del personal que labora en esa institución, con argumentos como "no está permitido ese matrimonio en este Estado, así que no lo reconocemos", "ustedes no tienen derecho a esto", "las leyes generales que nos regulan no nos permiten realizar el trámite que usted solicita", se encuentra frente al menoscabo de su honor como persona y como matrimonio, por la reputación social que se le denota, además de que podría influir en la autoestima de estas personas, al sentirse

⁴⁹ Véase Caso *Dudgeon contra Reino Unido*, sentencia del 22 de octubre de 1981, disponible en <http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20UK.htm> consultada el 20 de mayo de 2012.

⁵⁰ CARBONELL, *op. cit.*, nota 15, p. 170.

menospreciadas por la sociedad en que viven, lo que no permite, por supuesto, un libre desarrollo de la personalidad ni del ejercicio libre de la sexualidad.⁵¹

1.1.5. Derecho a la no discriminación por las preferencias sexuales.

La prohibición de discriminación⁵² es una de las distintas manifestaciones que adopta el principio de igualdad en los textos modernos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, generalmente se refieren a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad –raza, lugar de nacimiento, origen étnico, sexo, entre otras, y que, en virtud de ello, no pueden modificar, o 2) posiciones asumidas voluntariamente –preferencias sexuales, opiniones, filiación política ó credo religioso- pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa.⁵³

Las personas con orientación sexual distinta forman parte de una minoría que a través del tiempo ha transitado por una lucha –que aún continúa- para el reconocimiento de sus derechos.

Prueba de ello, es el reconocimiento que poco a poco se ha ido efectuando en los Tratados Internacionales⁵⁴ celebrados por los Estados miembros de

⁵¹ Véase la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con título “*Derecho al libre desarrollo de la personalidad*”, Tesis: P. I.XVI, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, I. XXX, Pleno, diciembre de 2009, p. 7.

⁵² Distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Tomado de Consejo Nacional para la Prevención la Discriminación, *op. cit.*, nota 41, p. 20.

⁵³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 15, p. 178.

⁵⁴ Véase el artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el precepto 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el similar 2.1. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Principio 1o. de los Principios de Yogyakarta de 2006, adoptado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.

organismos como la Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos,⁵⁵ así como en las resoluciones que en la materia han dictado los órganos encargados de velar por el cumplimiento de éstos, tales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el desarrollo jurisprudencial que los diferentes Tribunales sobre Derechos Humanos han emitido, como el Europeo.⁵⁶

Como se analizó en el epígrafe relacionado con el derecho al desarrollo de la libre personalidad, la diversidad sexual se entiende como todas las posibilidades de asumir y vivir la sexualidad –distinta en cada cultura y persona–, la práctica, la orientación y la identidad sexo-genéricas; suele referirse a prácticas o identidades no heterosexuales.

Es el reconocimiento de que todos los cuerpos, todas las sensaciones y todos los deseos tienen derecho a existir y manifestarse sin más límites que el respeto a los derechos de los otros.⁵⁷ Ello no significa que tenga que existir algún trato diferenciado, al contrario, solamente es una expresión más de un ser humano en su libre ejercicio de escoger cómo vivir y con quien.

Se ha afirmado que no considerar a las preferencias sexuales dentro de las formas de la discriminación, negaría los derechos inalienables que tienen los seres humanos.⁵⁸ Existen países en los cuales aún es considerado un delito penal el ser homosexual.⁵⁹

⁵⁵ AG/RES.26/01 (XI-Oct-10 "Derechos Humanos, orientación sexual e Identidad de Género", que ratifica los similares DG/RES.24/35 (XXXVIII-Oct-08) y AG/RES. 25/04 (XV-SMD-09), ambas del mismo título, mediante las cuales se condenan los actos de violencia y violaciones de derechos humanos en contra de personas por razón de su orientación sexual e identidad de género e insta a los Estados parte a adoptar todas aquellas medidas que contribuyan a dichas violaciones, y garanticen el pleno acceso a la justicia para las víctimas. Tomado de: *SHYAMBI Z.A. Inam, op. cit.*, nota 25, pp. 28-29.

⁵⁶ Un ejemplo de ello, lo es la sentencia dictada dentro del Caso *Kucner vs Austria*, Consultable en http://tgh.porudna-prava.cz/folder05/kucner_v_austria.pdf

⁵⁷ Consejo Nacional para la Prevención la Discriminación, *op. cit.*, nota 41, p. 15.

⁵⁸ Véase: De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 31624V, miércoles 15 de diciembre de 2010, disponible en http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/12/15/10101215_01.html#DictionesAD consultada el 20 de diciembre de 2011, artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precepto 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; numeral 1o. de la Convención Americana de Derechos Humanos; arábigo 3o. del "Protocolo de San Salvador" de 1988, ordinal 9o. de la Carta

Al respecto, Europa transitó por un periodo de concientización social y política a favor de los derechos de las parejas homosexuales y de la eliminación de la discriminación. Así, en varios países se aprobaron leyes de parejas para homosexuales, leyes de unión civil con independencia del sexo e incluso leyes para el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales.⁶¹ El Parlamento Europeo emitió varias resoluciones promoviendo la eliminación de la discriminación por orientación sexual a las parejas.⁶²

Cobra relevancia en este punto el hecho de que las leyes y en concreto, el Derecho, se creó como un instrumento para la humanidad, para que rigiera sus relaciones entre los particulares y frente al Estado, al respecto, aquel ha tenido que evolucionar conforme lo ha hecho la sociedad, ya que corría el riesgo de considerarse anacrónico y dejar de ser útil y eficaz,⁶³ luego entonces, al existir en la sociedad otro tipo de familias –tema que se abordará en otro epígrafe: el

Democrática Interamericana celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶¹ Véase MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *Los homosexuales y el matrimonio*, España, Ediciones Académicas, 2005.

⁶² Por mencionar algunas, las leyes publicadas en Hungría (1996), Francia (1999), Portugal (2001), Dinamarca (1989/1999), Noruega (1993), Finlandia (2001), Alemania (2001), Suecia (1994-2003), Reino Unido (2005), República Checa (2006), Holanda (2000) y Bélgica (2003).

⁶³ Recomendación 924/81 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Resolución del Consejo de Europa de 1981 sobre las Uniones de Hecho*, donde se insta a los Gobiernos a adoptar las medidas necesarias para equiparar las parejas de hecho al matrimonio; Recomendación del Parlamento Europeo de 1994, *Resolución sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (A-0028/94, DOC. 28.02.94)* donde se insta a los Gobiernos a la equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio y la eliminación de la discriminación por orientación sexual, postulando el acceso de aquellos al matrimonio; Resolución del Parlamento Europeo de 29 de diciembre de 2000, en la que se solicita a los Estados miembros que garanticen a las parejas del mismo sexo la igualdad de derechos con respecto a las parejas y a las familias tradicionales, consultable en <http://www.ucm.es/info/qr/biblioteca/Parejas%20de%20hecho/resolucion%20tema%20derechos%20gr%20b.pdf> consultada el 18 de noviembre de 2012. Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003, donde vuelve a insistir a los Estados: *“que reconozcan las relaciones no matrimoniales tanto entre personas de distintos sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio”*, instando además a la Unión Europea a que *“incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo y a que desarrolle propuestas concretas al respecto”*. Véase también las resoluciones: Lustig-Prean y Beckett vs Reino Unido, Smith y Grady vs Reino Unido, Salgueiro da Silva Mouta vs Portugal, S.L. vs Austria, Goodwin vs Reino Unido, Van Kück vs Alemania.

⁶⁴ Una situación similar se vivió cuando se reformaton los códigos civiles o se aprobaron leyes independientes que permitieran el divorcio, pues en un inicio el matrimonio estaba considerado *cuasi un acto para toda la vida*, por lo que, al permitirse el divorcio se estaba desvirtuando la institución de aquel; el mismo sentido se palpó cuando se reconocieron derechos a las parejas que convivían sin estar casadas –se creó entonces la figura del concubinato– y que hoy día tiene reconocidos los derechos que le son propios a las personas que en él conviven.

Derecho debe evolucionar a fin de ser práctico y sobre todo, eficaz. Por ello es de suma importancia la regulación que se haga sobre la protección de los derechos de todas las personas sin importar su orientación sexual, ya que esta es sólo una característica de su sexualidad, que es inherente al hecho de su humanidad.

En ese sentido, el artículo 1o. de la Constitución no especificaba a que se refería el término "preferencias" –aunque se sobreentendía que era a las sexuales–; hecho que se discutió en el Senado cuando se propuso añadirle esta palabra, dentro del citado numeral, con el argumento de ser necesario explicitar la prohibición de toda discriminación por motivo de tales preferencias, nada más acertado.⁶³

Día a día, cientos o miles de personas sufren discriminación en la calle, en el trabajo, en las escuelas, en sus familias y en la sociedad por razón de su orientación sexual; en ocasiones esta discriminación no solamente afecta la psique de las personas, sino que también incide en agresiones que van desde las palabras hasta los golpes, torturas e incluso la muerte.

Lo anterior, va en contra de lo estipulado en el artículo 9o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, el cual estipula que:

Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad de oportunidades de las personas. Se consideran conductas discriminatorias: **fracción VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico**

⁶³ Lo anterior, toda vez que aun cuando el 11 de junio de 2003 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en su artículo 4o. se estipula que se *considera por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que basada en las preferencias sexuales, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas*. Este hecho se seguía presentando constantemente en los ámbitos cotidianos de la vida de las personas que tienen una orientación sexual homosexual, para la mayoría, el hecho de que se estipulara en una ley federal no era suficiente, por ello, *el haber adicionado la palabra "sexuales" según de la palabra preferencias, constitucionaliza una protección a esta minoría, ya que de esta forma será obligatorio respetar a las personas en esta situación, pues de no hacerlo estarían en contra de lo estipulado en la Carta Magna*. Esto da más fuerza al movimiento que va en pro de los derechos de las personas con orientación homosexual. Por otro lado viene a complementar lo que el artículo 1o. del mismo estatuto dispone sobre la congruencia entre los instrumentos internacionales firmados por México y las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales, refiriéndose a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto significa que no tendría que impedir el control de convencionalidad del todo, sino que, al ser ahora, *explícitamente un derecho establecido en la Constitución, el juzgador debe de vigilar por la observancia del mismo*.

o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios. **XIII.** Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana. **XIV.** Impedir la libre elección de cónyuge o pareja; **XV.** Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación. **XX.** Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga. **XXVIII.** Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual.

Como se puede ver, el hecho de que se realicen esas conductas discriminatorias atenta contra los derechos humanos de las personas, amén de las diversas recomendaciones e informes que la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha elaborado.⁶⁴

En ese sentido, cabe resaltar que, lo verdaderamente importante no es cuántos instrumentos existan para hacer efectivo el respeto a las personas sino, como lo señala Ferrer Mc-Gregor,⁶⁵ que el derecho tutelado sea efectivo y esto solamente será, para el caso en el que se estudia, cuando los matrimonios conformados por personas del mismo sexo dejen de ser discriminadas por la legislación heteronormativa que en materia de salud existe en México. Solo entonces, dejarán de violentarse los derechos humanos de este grupo social.

1.1.6. Derecho a la dignidad humana

Ha sido reconocida en la mayor parte de los documentos internacionales⁶⁶ protectores de derechos humanos así como en las Constituciones Democráticas de los Estados Nacionales.

⁶⁴ Véase: Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre violaciones a los derechos humanos y delitos cometidos por homofobia en: <http://www.cndh.org.mx/inde/35>, Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (ENADIS 2010). Resultados sobre diversidad sexual <http://www.conapred.org.mx/redes/userfiles/files/Enadis-2010-DES-Acceso-001.pdf> consultado el 21 de mayo de 2012.

⁶⁵ Conferencia impartida en la Universidad Autónoma de Nayarit, en Tepic, Nayarit, febrero de 2012.

⁶⁶ Primer y quinto considerandos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los cuales a la letra citan: *que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos Fundamentales del Hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y se han declarado resueltos a promover el progreso*

Se sitúa en el último de los epígrafes de este primer apartado del capítulo primero, al considerarse como el derecho del cual se derivan los otros, pues, al reconocer la dignidad del ser humano como tal, se está reconociendo el derecho que tiene de ser libre, de ser tratado igual en igualdad de circunstancias ante otras personas, de no ser discriminado, de poder desarrollar su personalidad, su vida privada, sus emociones –sin perjudicar a terceros– de forma libre y expresar sus sentimientos, ideas y sueños sin temor a ser humillado, encarcelado, sodomizado, expuesto al ridículo.

Este derecho fue conculcado durante la segunda guerra mundial ya que, en ese momento, el hecho de ser homosexual indicaba ser considerado como indigno y, en consecuencia, no podía pensarse en que se tenía derecho a tener una familia y criarse, por ejemplo. Es por ello, que el hecho de que se haya firmado la Carta de las Naciones Unidas y, posteriormente los instrumentos internacionales a que se le ha hecho mención, es relevante, pues se cita a la dignidad como la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tan solo el hecho de reconocerle la humanidad a otro ser humano, significó reafirmarse como seres humanos a aquellos que intervinieron y a los que habían considerado como individuos de segunda clase u objetos.

En términos de un efectivo y pleno ejercicio de ciudadanía, solo a partir del acceso y del respeto a los derechos humanos y garantías se contribuirá al cambio en la sociedad y se garantizarán los principios de igualdad y equidad, así como el derecho a la no discriminación de las personas que asumen una identidad homosexual. Sin estas condiciones no pueden salvaguardarse ni las libertades fundamentales ni la dignidad humana ni la integridad física de las personas de esta minoría.

ocial y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; y su artículo 10; primer y segundo considerandos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos, los cuales textualmente establecen: Considerando que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana; el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 11; artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Es importante mencionar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo civil 06/2008, entendió por dignidad humana un derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, que supone el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuantos, o bien, decidir no tenerlos, la de escoger su apariencia personal, así como su libre opción sexual.⁶⁷ Además, luego de ello, el Pleno aprobó la siguiente tesis que guarda relación con el hecho:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURIDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMAS DERECHOS FUNDAMENTALES.- El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones de étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentra, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues solo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁶⁸

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, en base a lo que señala la Declaración Universal de Derechos Humanos a la dignidad humana como un derecho fundamental. De la misma forma, en el artículo 10. de la Carta

⁶⁷ Ver engrose de la Acción de Inconstitucionalidad 02/2012, p. 237-238, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/> consultada el 20 de enero de 2012.

⁶⁸ Tesis: P.LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, I. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se le ha dado el carácter de inviolable, ordenando que debe de ser respetada y protegida.

En palabras de Silva Meza y Valls Hernández, la dignidad es un valor intrínseco del que gozan todos los individuos por el simple hecho de pertenecer a la especie humana.⁶⁹

Estos autores, citan un concepto de dignidad humana emitido por la Corte Constitucional de Colombia, en la siguiente tesitura:

En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93). La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, cuanto tal, único en relación con otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es "un fin en sí misma". Pero además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.⁷⁰

1.2. Las preferencias sexuales y los Derechos Humanos

En el presente epígrafe se dará una idea de cómo la homosexualidad ha sido castigada desde su existencia, cómo las personas que han sido catalogadas en tal orientación sexual han sido objeto de tratos degradantes y humillantes, y tratadas como todo, menos como seres humanos. Posteriormente, de forma breve, se anotarán las conquistas que en materia de derechos humanos se han obtenido y que, aunque pocas, representan un avance en el reconocimiento a las diferencias de quienes de forma valiente, decidieron ejercer su sexualidad en la forma en que la sentían.

Las sociedades cambian, con frecuencia, mediante oposiciones dialécticas. El cénit y nadir de los cambios sociales está enmarcado en la contradicción de grupos que se ajustan al cambio y otros que resisten. En ocasiones, el nadir de

⁶⁹ SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, p. 186.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 21-22.

ciertas presunciones o prejuicios encuentra una reacción virulenta por parte de sectores con intereses particulares que pendían de esos prejuicios o de grupos religiosos con pretendida hegemonía para ordenar lo que las personas deben hacer con sus vidas. Tal es el caso de la homofobia

La homofobia —el miedo y rechazo a la homosexualidad— surgió con la idea misma del sujeto homosexual: cuando la sociedad lo concibió como un *tipo* de persona distinto a los “normales” y lo intentó reprimir y controlar. La fobia a la homosexualidad ha recorrido un largo camino en las sociedades. Las formas en que se ha manifestado han cambiado con el tiempo, adaptándose a cada derrota jurídica y cultural pero, desafortunadamente, han logrado persistir aun en muchos espacios. Sin embargo, la fuerza o virulencia con la que las autoridades y el derecho han reflejado, perpetuado y avalado la homofobia es consistentemente más débil en la medida en la que la ciencia exhibe que los supuestos que le sostienen son prejuicios infundados; en la medida en la que la sociedad se reconoce y se acepta como un agregado plural y no un cuerpo homogéneo y, —de particular importancia para el caso que nos atañe— conforme los derechos fundamentales proscriben su permanencia en el espacio público y en el orden jurídico.

Se destacan tres etapas mediante las cuales se ha perpetuado la homofobia:⁷¹ la represión penal,⁷² la patologización médica y el encubrimiento jurídico. Las dos primeras surgieron en el siglo XIX y caducaron al cerrar el siglo XX. Sin embargo, la tercera forma no ha desaparecido aún: el encubrimiento es el arma que se utiliza para reprimir y controlar aún hoy a aquellos etiquetados como homosexuales.

⁷¹ Informe de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal presentado dentro de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, p. 5. Disponible en la página web de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: <http://dsyr.cide.edu/documents/30258440-Informe-022010.pdf> consultado el 20 de enero de 2012.

⁷² Para abundar en el tema, véase a *BANOS LEMOINE*, Carlos Arturo, “Peccado, delito y enfermedad. El estigma de ser homosexual. Notas de sociología crítica a propósito de las uniones homosexuales en América Latina”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, México, publicación semestral del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, volumen 1, número 1, junio de 2008, p. 66.; *MONSIVAIS*, Carlos, *La gran vedada*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Debate Feminista y Letra S, Salud, Sexualidad y Sida, 2001.; *MUNOZ RUBIO*, Julio, (coord.) *Homofobia: faberinto de la ignorancia*, CEIICH y Colegio de Ciencias y Humanidades de la UNAM, México, 2010, Colección Debate y Reflexión; Comisión Nacional de Derechos Humanos, *estadísticas respecto de crímenes de odio contra los homosexuales*.

1.2.1. Sexualidad y homosexualidad

En 1973 se emitió un dictamen por parte de la Asociación Americana de Psiquiatría que fue publicado en 1974 donde la homosexualidad fue desclasificada como una enfermedad mental del *Manual Diagnóstico y Estadístico de Desórdenes Mentales (Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders/DSM)*⁷³ En dicho documento se argumentó, entre otras razones, que era científicamente incorrecto catalogar a la homosexualidad como patología, porque confrontaba a la comunidad homosexual con la profesión psiquiátrica y porque dicha clasificación era mal utilizada por algunas personas fuera de dicha profesión que desean negar derechos civiles a los homosexuales.⁷⁴

Por su parte, la Asociación Americana de Psicología en 1975 también la desclasificó como desorden mental, reconociendo que se trataba de una orientación sexual y no un desajuste mental. Añadió que no existía evidencia confiable de que este tipo de orientación afecte el funcionamiento psicológico, aun cuando las circunstancias sociales y de otra índole en la que viven los homosexuales incluyen perjuicio y discriminación, lo que en ocasiones provoca desolación.⁷⁵

Sin embargo, no fue sino hasta el 17 de mayo de 1990 que la Organización Mundial de la Salud reconoció que la homosexualidad estaba mal catalogada como patología mental, lo anterior a través de su Asamblea General, eliminándola, en consecuencia, de la Clasificación Internacional de Enfermedades.⁷⁶

⁷³ GILFOYLE, Nathalie F.P. y Paul M. SMITH, representantes de la Asociación Americana de Psicología, en Estados Unidos de Norteamérica, *Amicus curiae* presentado dentro del caso no. 8147994 en la Corte Suprema del Estado de California, "re marriage cases", sección de Apelaciones, el 26 de septiembre de 2007 pp. 9-10. Tomado de la página web de la American Psychological Association (Asociación Americana de Psicología en español) en: <http://www.apa.org/about/offices/ops/amicus/marriage-cases.pdf> consultado el 18 de noviembre de 2011. Véase también FIGARI, Carlos, en "Per scientiam Ad Iustitiam, Matrimonio igualitario en Argentina", *Revista Medicorum Londrina*, Argentina, Universidad Nacional de Catamarca, vol. 15, no. 1, enero-junio, 2010, p. 133, consultado en línea en la página web: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0E2BQFj311BQ&url=http%3A%2F%2Fwww.light.org.ar%2Farchivo%2FLibro_Senadores2.pdf&ei=ToufseV44DjQPNXj4CAg&usq=AFQCNELWbsAryPM37MWcm3P5J_FHPNo4Q&vcm=59930103.11221

⁷⁴ Informe que envió la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *op. cit.*, nota 71, p. 7.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 8.

No obsta decir que, la patologización⁷⁷ de la homosexualidad dio pie a su estigmatización, pero ahora arropada por la sociedad. Esta no siguió el ejemplo de la ciencia, por lo que ha sido esta última la que se ha encargado de demostrar que los miedos que alimentan a y que se alimentan de los prejuicios no tienen razón de ser.

Ahora bien, una vez mencionadas las diversas posturas, se afirma que la homosexualidad no es una enfermedad ni padecimiento mental, sino una forma de ejercer la sexualidad, se estudiará brevemente la forma en que las personas la viven y cómo transitan por ella.

1.2.2. Nuevos modelos de familia

Para hablar del concepto "familia" es necesario primero situarnos en el sistema jurídico del cual se vaya a hablar. Así, en el anglosajón, la familia abarca las relaciones que existen entre los distintos miembros de ella, es decir, los lazos de segundo, tercer y cuarto grados, incluyendo en ella los que se creen por afinidad. Ejemplo de ello son Estados Unidos e Inglaterra.⁷⁸

Dentro de la familia neorrománica, se concibe a la familia bajo un régimen patriarcal monogámico, constituyendo así una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco. México pertenece a este sistema jurídico y, dentro de la costumbre adquirida del derecho romano, se consideró conformada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan.⁷⁹

Es de destacar la labor legislativa del Estado de San Luis Potosí, el cual en diciembre del 2008 promulgó un código familiar donde, en la exposición de motivos relata la importancia de la familia, primigenia al Estado y a cualquier otra institución positiva; aborda la institución familiar considerándola como la unión permanente de personas vinculadas por el matrimonio o el concubinato y, por

⁷⁷ Es decir, que se le considerara como una enfermedad.

⁷⁸ SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colón, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Harla, 1996, p. 7.

⁷⁹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General personas y familia*, 10ª edición, México, Porrúa, 1997, pp. 429-432.

parentesco de consanguinidad, afinidad y civil, basada en los principios y valores humanos para lograr el desarrollo integral de cada uno de sus miembros.

Para los efectos de este trabajo, familia es el grupo de personas vinculadas en virtud del parentesco –por consanguinidad, civil o de afinidad- el matrimonio o el concubinato y a partir de los cuales se crean derechos y obligaciones entre sus miembros, así como la satisfacción de sus necesidades básicas y su formación en todos los ámbitos, resaltando entre ellos la educación y la formación de valores.

A juicio de Faquer⁸⁰ se han difuminado los límites entre legitimidad e ilegitimidad familiar, puesto que han comenzado a ser aceptadas y reconocidas situaciones familiares y vitales que durante décadas fueron rechazadas o simplemente obviadas. Es el caso de las parejas heterosexuales que conviven sin estar casadas, las familias sin hijos o las familias adoptivas. Este mismo proceso de reconocimiento y aceptación han comenzado a experimentar las familias monoparentales, tanto las formadas tras el divorcio, como las que configuran una madre soltera y su hijo, o las reconstituidas, formadas a partir de otras uniones anteriores.

Sin embargo, a otras formas de familia presentes en nuestra sociedad se les sigue rechazando y carecen de un reconocimiento social. Se trata de las familias integradas por padres gays o madres lesbianas, estas familias carecen de reconocimiento social. Uno de los indicadores es la dificultad que encuentra la sociedad para denominarlas. El término que se ha aceptado es el de familias homoparentales.⁸¹

Al respecto, desde 1987 la Barra de Abogados de Estados Unidos reportó que entre el 40% y 50% de los hombres homosexuales vivían en pareja en relaciones estables y de largo plazo y que este acoplamiento se elevaba al 70% en el caso de las lesbianas.

Asimismo, la sociedad reconoce públicamente las expresiones de amor y compromiso entre los individuos, otorgándoles respeto y legitimidad como

⁸⁰ Citado por MONTEJO REDONDO, Olga, Parentalidad, conyugalidad y nuevos modelos familiares, Biblioteca de la Asociación Vasco-Navarra de Terapia Familiar, p. 3.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 2-3.

pareja,⁸² el matrimonio es una conducta expresiva, este es uno de los actos con los que se forma una familia, la cual goza de todos los derechos que le corresponde a fin de protegerla, luego, el llevado a cabo entre personas del mismo sexo debe de tener el mismo reconocimiento que el celebrado entre heterosexuales.

1.2.3. Enfoque psicológico y social actual

Existen varios autores que han tratado el tema de la homosexualidad desde sus orígenes hasta las teorías de cómo se llega a ser, si se nace o se elige. Estas teorías se pueden dividir en biológicas y psicológicas.⁸³

Dentro de las biológicas existen tres tipos:

a) Teoría genética.- Sostiene que la homosexualidad es innata, su origen está en los genes, principalmente, la presencia de determinadas características asociadas al cromosoma X transmitido por la madre. También que los hombres homosexuales tienen una alta probabilidad de tener parientes también homosexuales en la familia, los cuales llegan incluso, hasta los primos.

b) Teoría hormonal.- Parte de la premisa que existe la homosexualidad por una descompensación en el nivel de hormonas. Comparó a hombres con diferente orientación sexual, con homosexuales, esperando que éstos tuvieran mayores niveles de estrógeno y menores de andrógenos que los heterosexuales, y que lo mismo sucedería con las lesbianas (mujeres que sienten atracción sexual hacia otras mujeres).

c) Teoría neuroanatómica.- Pretende demostrar que la homosexualidad deviene de un área del hipotálamo. Los estudios demostraron que el tamaño de éste era igual entre los hombres y mujeres heterosexuales y homosexuales que fueron estudiados.

Por su parte, las teorías psicológicas, se subdividen en.⁸⁴

⁸² La Corte en Canadá y en Sudáfrica se han pronunciado al respecto.

⁸³ SORIANO RUBIO, Sonia, "Origen y causa de la homosexualidad". *Derechos Humanos, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, número 56, sección de Prevención, 2002, pp. 71-82.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 75-78.

a) Teoría psicoanalítica.- En 1905 Freud definió a la homosexualidad como *la inversión en la elección del objeto sexual*. Planteaba que era causa de la inversión del complejo de Edipo o cuando éste no se había superado.

b) Teoría conductual.- Afirma que la sexualidad es al nacer un impulso neutro que se va modelando a partir de diversas experiencias de aprendizaje. Por tanto, la homosexualidad, al igual que la heterosexualidad o la bisexualidad, es una cuestión de socialización mediatizada por experiencias específicas de aprendizaje que tienen su origen en la imitación y en las contingencias del refuerzo de la propia conducta.

Cabe aclarar que todas estas teorías sufrieron críticas y sus resultados no fueron del todo óptimos, por lo que hasta el día en que esta investigación se realiza, **no existe teoría alguna que explique el cómo o qué causa la homosexualidad. Esto dependerá de las características particulares de cada persona.**

Lo que sí se sabe, es que la decisión de aceptar e integrar la propia homosexualidad como un aspecto del propio autoconcepto e identidad personal y social es una elección de vida. Una persona puede elegir si desarrolla o no su identidad homosexual.

1.2.4. Concepto doctrinario y legal

Dentro de los países que han otorgado su reconocimiento, protección y eficiencia a las parejas formadas por personas del mismo sexo se encuentran España, Reino Unido, Sudáfrica, Canadá, Bélgica, entre otros.⁸⁵ El objetivo de estos países ha sido reconocer jurídicamente el status que guardan las uniones de este tipo, no vulnerando con ello, los derechos humanos que se contienen en las constituciones de cada uno de ellos y en la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo.

⁸⁵ Antes de que estos países se pronunciaran al respecto, el Parlamento Europeo se pronunció al respecto en su Resolución sobre la igualdad de Derechos de los homosexuales y las Lesbianas en la Comunidad Europea, disponible en el buscador de sentencias de la página web de la Unión Europea bajo número Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994. D.O.C.28.02.94. *cf* <http://www.uem.es/info/rqtr/biblioteca/Parejas%20de%20hecho/resolucion%20europ%20de%20los%20g%20h.pdf> consultada el 18 de noviembre de 2012.

En algunos países se les ha reconocido con todas las letras: matrimonio, en otros se conoce como "uniones de hecho", unos países han hecho este cambio mediante la modificación de ciertos artículos de sus códigos civiles o en sus constituciones, aunque otros, han tenido que efectuarlos para dar cumplimiento a las resoluciones de sus órganos judiciales, quienes se pronunciaron por la inconstitucionalidad de las leyes que prohibían el matrimonio entre personas del mismo sexo, al tiempo que les impedían tener acceso a los derechos humanos básicos: salud, igualdad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad de expresión; más adelante se detallará la forma en que estos países regulan actualmente el régimen de seguridad social a las uniones de este tipo.

Opinión del Tribunal de Estrasburgo

La cultura jurídica internacional, desde 1948 (año de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la ONU) hasta la fecha, ha evolucionado dentro de los cánones inherentes a la doctrina de los derechos humanos, a fin de depurar y redimensionar constantemente el derecho a la igualdad (que supone el derecho a no sufrir discriminación). En consecuencia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, ampliaron el alcance interpretativo de los derechos civiles, postulando de manera tajante el principio de no-discriminación, así como de acceso, goce y ejercicio a todos los derechos.

A través de múltiples protocolos facultativos y de documentos preparatorios, ha seguido su curso la evolución del principio de no-discriminación, lográndose, incluso, que este principio ya se empiece a aplicar para el caso específico de las y los homosexuales. Los más recientes eslabones de esta evolución en este sentido son: a) la eliminación de la homosexualidad como enfermedad dentro de la clasificación empleada por la Organización Mundial de la Salud (en 1990); b) el reconocimiento de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas,⁸⁶ como

⁸⁶ En inglés: International Lesbian and Gay Association o I.L.G.A. fue fundada en agosto de 1978 en Coventry, Inglaterra, como federación de organizaciones locales para la defensa de los derechos de las minorías de identidad sexual alternativa. Actualmente cuenta con cerca de 650 agrupaciones de alrededor 90 naciones de todos los continentes. Ver: <http://ilga.org/>

"organización con estatus consultivo", por parte del Consejo Económico y Social de la ONU (en diciembre de 2006) y c) los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de género (en marzo del 2007) que, entre otras cosas, declaran explícitamente que las legislaciones nacionales que penalizan la homosexualidad están violando el derecho internacional de no discriminación.

En el marco de todos estos cambios socio-jurídicos a nivel mundial es que se han presentado las reformas legales latinoamericanas en cuanto al reconocimiento, paulatino y tibio pero sostenido, de los derechos civiles de las personas homosexuales. En este marco se crearon las nuevas figuras jurídicas que reconocen, sustentan, protegen y garantizan derechos civiles para beneficio claro y contundente de las parejas homosexuales, a saber la "unión de hecho o civil" (Argentina y Brasil), la "sociedad de convivencia" y matrimonio (México) y la "unión concubinaría y matrimonio" (Uruguay).

Estas figuras jurídicas, sin duda, distan mucho de poseer el grado de avance que ha sido posible obtener en otras latitudes, en donde la unión homosexual avalada jurídicamente ya ha asumido la figura de matrimonio como tal. Así ha sucedido en los Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005) y Sudáfrica (2006); países a los que se suma el estado de Massachusetts (Estados Unidos de Norteamérica), que lo legalizó en el 2004, y el estado de Israel, que si bien no lo contempla dentro de su legislación nacional, se reconoce plenamente el matrimonio celebrado en el extranjero, a todas las parejas del mismo sexo que se internan en su territorio. Esto jamás hubiera sido posible si no se hubiera dado el largo proceso de desestigmatización de la homosexualidad, del cual se ven ya algunos frutos.

1.2.5. La tutela del matrimonio y de la protección al acceso a la salud

No obstante que todos los países latinoamericanos fundamentan sus pactos constitucionales en la doctrina de los derechos humanos, de clara raíz liberal, ésta no ha logrado influir de modo decisivo en algunos campos del devenir social.

En América, solamente Canadá, Vermont, en Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Uruguay y México se han preocupado por el tema del acceso a la salud entre los matrimonios conformados por personas del mismo sexo. Y cada una de ellas, lo ha hecho desde su muy peculiar estilo.

Pero para el caso del presente epigrafe, importa como el porqué del silencio legislativo de estos países que aún siguen incumpliendo con las obligaciones contraídas al momento de suscribir las convenciones americanas de derechos humanos, los pactos de derechos, así como los diferentes instrumentos de derecho internacional público y privado que han suscrito, ratificado y puesto en marcha.

La reforma en materia de derechos humanos recién aprobada por las legislaturas de los Estados Unidos Mexicanos dio muchas cosas positivas al sistema jurídico mexicano, pero lo que resalta en este apartado, es el hecho de establecer claramente que a partir de dicha reforma, esta constitucionalizada la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual. Esto es un parteaguas que se espera ayude a que las iniciativas de reformas pendientes en el Congreso de la Unión para poder dar certeza jurídica a las parejas del mismo sexo en materia de acceso a la salud, sean una realidad. Mientras tanto, de nada sirve el hecho que dos personas se casen en México y regresen a sus estados de origen, pues deberán de pasar por el viacrucis de recibir una negativa por parte de la institución prestadora de servicios de salud, para después interponer un amparo y esperar que se le conceda a través de la sentencia que emita un juez de distrito, el cual ordene a la autoridad responsable, registrar al cónyuge del mismo sexo ante el IMSS o el ISSSTE y pueda tener acceso a los servicios que otorgan tales instituciones. Hecho ello, se dará cabal cumplimiento a los fines que señalan tanto los tratados internacionales suscritos por México en esta materia, como lo estipulado en la Carta Magna, la ley reglamentaria del artículo 4o. constitucional y las que regulan el funcionamiento de los prestadores de servicios de salud.

Es necesario cambiar esto, no se puede seguir vulnerando los derechos de una minoría y esperar que haya un reconocimiento judicial antes que uno legislativo. Entonces, ¿para qué está el Congreso de la Unión?

CAPÍTULO SEGUNDO. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO HUMANO DE TODAS LAS PERSONAS

De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, para los Estados Partes, la salud, es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.⁸⁷

La lectura especializada en Derechos Humanos le señala tres rasgos fundamentales: la universalidad, la inalienabilidad y que son absolutos. ¿Es posible expresar esta misma afirmación respecto del Derecho Humano a la Salud?⁸⁸

El primer rasgo afirma que se trata de Derechos que todos los seres humanos, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren, son poseedores de ellos, simplemente, por su condición humana.⁸⁹ Se afirma esto, porque:

❖ Se trata de un *derecho* que los seres humanos, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren, son poseedores de este, simplemente, por su condición humana y por la esencial igualdad de todos.

❖ A los efectos de la titularidad de este *derecho*, los nombres propios y las descripciones definidas son perfectamente irrelevantes. Es decir, nadie es poseedor del *derecho a la salud* por ser quién es, por llamarse como se llama o por ocupar una posición definida en cualquier relación social.

❖ La obligación de promover este Derecho Humano, el deber de no violarlo o conculcarlo, es de todos. Se trata de un deber positivo y general.

Entonces, cabe decir que la concepción de Salud propugna un ideal social de plenitud y promueve un concepto de persona autónoma, responsable y capaz de renunciar al ejercicio de cualquier derecho si así le pareciera necesario. Si así es y, tomando en cuenta el carácter absoluto de los Derechos Humanos analizado líneas arriba, cabe preguntarse: ¿es el *Derecho Humano a la Salud un derecho*

⁸⁷ Párrafo dos del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de La Salud, aprobada en la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, en julio de 1946, tomado de la página web de la Organización Mundial de la Salud (World Health Organization) como se le denomina en inglés), en: http://www.who.int/features/history/WHO_60th_anniversary_chronology_es.pdf consultada el 29 de enero de 2012.

⁸⁸ NICOLETTI, Javier Augusto, *op. cit.*, nota 8, p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 51.

absoluto? Sin lugar a dudas. Porque es un derecho que implica el deber de realizar ciertas acciones, no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia y no admite excepciones respecto de su protección y promoción.⁹⁰

Para hablar acerca de la salud es necesario adentrarse en un aspecto básico e indispensable de la vida del hombre: el Derecho Humano a la Salud es considerado un Derecho Fundamental, para poder vivir dignamente, tener un reconocimiento en el propio contexto social, contar con un mínimo de garantías sociales, tener garantizado este derecho.

A este respecto, el presente trabajo se centrará, a la imposibilidad de tener garantizado este derecho por parte de los cónyuges del mismo sexo que, celebrando su matrimonio en el Distrito Federal, regresan a su ciudad de origen e intentan hacer valer su derecho de acceso a la salud, dando de alta a su esposo(a) ante las instituciones del Seguro Social (IMSS) o del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y éstas se niegan, fundando dicha negativa en que sus leyes reglamentarias no contemplan este tipo de derechos para las uniones de personas del mismo sexo.⁹¹

Esto implica, no solamente la negativa de las autoridades en garantizar un derecho fundamental como lo es el acceso a la salud, sino también, el desconocimiento de las nuevas familias que existen desde hace décadas en México. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado al

⁹⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁹¹ En el capítulo cuarto del presente trabajo se abordará la lucha por acceder a este derecho que han emprendido los más de veintiséis matrimonios gay que, en virtud de las negativas del IMSS e ISSSTE, no han dejado otra opción más que interponer juicios de amparo. Al día en que se escribe este trabajo, existen cuatro fallos que han otorgado el amparo a cuatro parejas del mismo sexo que recibieron la negativa por parte de estas instituciones. El primer fallo protector fue a favor de una pareja de mujeres, quienes consiguieron que el IMSS registrara a la esposa de una de ellas como su derechohabiente. El segundo fallo protector ordenó dejar sin efectos el oficio signado por el Jefe de Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas de la Delegación Regional Norte del ISSSTE, como autoridad ordenadora del acto reclamado, y a la Directora de la Clínica de Medicina Familiar "B" de Juárez, de la Delegación Regional de Zona Norte del ISSSTE, en el que no se reconoció como su familiar en primer grado (cónyuge) al esposo del quejoso y, por consiguiente se le negó la afiliación a esta institución, acto que fue dejado sin efectos y se registró exitosamente a esta pareja de esposos. Los siguientes dos fallos fueron uno en contra del IMSS y otro en contra del ISSSTE. Aun están pendientes de resolverse amparos en el mismo sentido, derivado de las tres nuevas negativas por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social: una en Michoacán, una en Oaxaca y una más en el Distrito Federal.

respecto sobre la importancia de reconocer los diferentes tipos de familia⁹² que conviven hoy día en México. No solamente se trata de la familia tradicional, sino de aquella constituida por abuelos y nietos, tíos y sobrinos, dos madres e hijos, dos padres e hijos, entre otras.⁹³

El problema de fondo relativo al Derecho Humano a la Salud es hoy, no tanto el de justificarlo, como el de protegerlo. No es un problema filosófico el de los Derechos Humanos, sino político. El respeto de la autonomía, de la dignidad, de la integridad y, particularmente, la protección y promoción del Derecho Humano a la salud física, mental y social, representan el gran desafío al cual deben hacer frente con holgura los profesionales en sus diferentes prácticas.

2.1. Su reconocimiento en instrumentos internacionales

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud, se enumerarán los más importantes:

2.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

En su artículo 25, párrafo primero afirma que:

toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios

⁹² Cf. Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República. Disponible en: <http://supremacortecolombia.blogspot.com>

⁹³ Herrera Sepúlveda, Karla Paola. *La maternidad subrogada, una nueva forma de filiación en Nayarií*. Tesis para obtener el grado de licenciatura, Nayarií, 2005, p. 4.

sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad... Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social

2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Es considerado por algunos doctrinistas como el instrumento más exhaustivo sobre el derecho a la salud dentro del derecho internacional de los derechos humanos. Fue aprobado en 1966 y entró en vigor diez años más tarde, en 1976.⁹⁴ En su artículo 12, párrafo primero, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y en su segundo párrafo, a título de ejemplo se indican diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho".⁹⁵

Es pues, este artículo 12 del Pacto, una de las regulaciones más completa del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos, al haber sido objeto –como se comentó en líneas anteriores, de una extensa y muy rigurosa Observación General (la número 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Entre los aspectos más relevantes de ésta, se encuentra la forma en que se entiende el derecho a la salud, pues el Comité señala que debe de ser entendido como un derecho muy amplio, a partir del cual se genera no solamente la posibilidad de contar con atención médica en caso de enfermedad, sino que abarca una amplia gama de factores.

⁹⁴ Tomado de la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescri.htm> Consultado el 20 de enero de 2012.

⁹⁵ Estas medidas consisten en: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

2.1.3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Esta convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con su artículo 19.

En su artículo 5o., se establece que de conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2o. de dicha Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales y, en particular, el Apartado e), inciso iv), el cual se refiere al derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

Posteriormente, en octubre de 1999, se firmaría el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁹⁶ donde se reconocería la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con su artículo 2o.

2.1.4. Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁷

Esta fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, fecha en que se abrió a la firma y ratificación de los Estados Partes, luego, en 1990, al cumplirse el requisito que este mismo documento estableció para entrar en vigor, comenzó a ser derecho vigente, hasta la fecha. Cabe resaltar que los Estados Partes, se comprometieron a adoptar un régimen especial en materia penal a todo aquel que tuviere menos de 18 años, pues fue la edad que se consideró era necesaria para acreditar a alguien como "niño".

⁹⁶ Tomado de la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en [http://www.unhcr.ca/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RF.5.3.144.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ca/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RF.5.3.144.Sp?OpenDocument), consultado el 30 de enero de 2012.

⁹⁷ Para mayor referencia, véase la página web antes citada en: <http://www.unhcr.org/spanish/law/cre.htm>

En sus artículos 25 y 26 se establece el derecho a la salud, a la seguridad social, incluso el seguro social y el deber de adoptar por parte de los Estados firmantes, las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

2.1.5. Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas

El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades se encuentra el derecho a la libertad sexual, entre los segundos, el derecho a un sistema de protección relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Este derecho debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

El comité interpreta el derecho a la salud como la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos⁹⁸ esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevaletentes en un determinado Estado Parte: disponibilidad, accesibilidad,⁹⁹ aceptabilidad y calidad.

⁹⁸ Anexo 22º período de sesiones (2000) Observación general No 14, El disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), en SILVA GARCÍA, Fernando, (coord.), *Giustitismo Judicial. Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011, pp. 492-493.

⁹⁹ La cual presenta cuatro dimensiones a saber: no discriminación, accesibilidad económica o asequibilidad, acceso a la información, aceptabilidad, que significa ser respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y ciclo de vida, y

Existen temas especiales de alcance general sobre el acceso a la salud. Uno de ellos es el que se desprende del párrafo dos del artículo dos y del artículo tres del Pacto, los cuales prohíben cualquier discriminación en el acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de esta, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de cualquier otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la Observación general número 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

Ahora, los Estados Partes tienen obligaciones legales de carácter general, específicas, internacionales y básicas.

Entre las primeras se encuentran aquellas obligaciones inmediatas que incluye el que sea ejercido sin discriminación alguna¹⁰¹ y la obligación de adoptar medidas¹⁰¹ en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.

Por otro lado, al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la

deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

¹⁰⁰ Párrafo dos del artículo 2 del Pacto, el cual cita: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafo uno.

obligación de respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud; esta a su vez, comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover.

En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos, los **representantes de las minorías**, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado y en relación con el estado de salud.¹⁰²

Las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ésta proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud.

La obligación de cumplir requiere en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Asimismo, deben adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar del derecho a la salud. También tienen la obligación de cumplir un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

¹⁰² SILVA GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, nota 98, p. 500.

Al respecto, es importante mencionar que en la Observación General número 8, el Comité se expresó sobre la relación existente entre las sanciones económicas y al respecto de los derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien no sólo los Estados Partes en el Pacto y por consiguiente, son los que tienen la obligación de rendir cuentas por cumplimiento de éste, todos los integrantes de la sociedad –particulares, incluidos los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector de la empresa privada- tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes deben crear un clima que facilite el cumplimiento de esas responsabilidades.

La Declaración de Alma-Ata¹⁰³ ofrece una orientación sobre las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12, entre las cuales resalta el de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.

Luego, el Comité confirma que entre las obligaciones de prioridad se encuentra la de proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

Como consecuencia, si un Estado Parte viola alguno de los preceptos del Pacto, se hará acreedor a una sanción. Para ello es importante hacer la diferencia entre la incapacidad de un Estado en cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones.

2.2.- Su fundamento legal en México

Regular la protección de la salud en México, es el resultado de diversos eventos. Luego de la expedición de las Leyes de Reforma (1859) que abolieron los fueros eclesiásticos y desconocieron a las órdenes religiosas, tocó al Estado mexicano velar por la salud de sus habitantes. En 1891 se expidió el primer código sanitario del México independiente, cuyos contenidos se convirtieron en la actual

¹⁰³ Ver: <http://www.alma-ata.es/declaraciondealmata/declaraciondealmata.html> consultada en 31 de enero de 2012.

Ley General de Salud. A raíz de la revolución de 1910, el derecho a la protección de la salud adoptó un carácter social, dado que su regulación fue puesta en manos del Congreso.¹⁰⁴

En razón de ello es que es indispensable resaltar que México se encuentra en un proceso de transición derivado de la reforma en materia de derechos humanos ocurrida el 10 de junio de 2011, en la cual, la esfera de protección de los derechos humanos se amplió, al reconocer en los Tratados Internacionales de los cuales México es Parte, los derechos humanos que éstos contemplan.

2.2.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En torno a este derecho el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha expresado así:

... el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población, (...) por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de las personas y de la colectividad; (...) los servicios de salud se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; (...) son servicios básicos de salud, entre otros, los consistentes en: a) la atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud¹⁰⁵.

Para ser efectivo, el derecho a la protección de la salud requiere la participación del individuo, la sociedad y el Estado, por medio de las entidades que se enfocan a realizar tal labor. Entre sus características específicas destacan las siguientes:¹⁰⁶

- a) Sobresale del concepto de garantías individuales.
- b) Sus titulares pueden ejercerlo libremente.

¹⁰⁴ Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales*, 2ª edición, México, 2005, p. 69.

¹⁰⁵ Tesis P. XIX/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, I, XI, marzo de 2000, p. 112.

¹⁰⁶ Para mayor información, véase: Silva García, Fernando, *op. cit.*, nota 92, [pp. 489-511].

- c) Es un derecho universal, pues protege a todo ser humano.
- d) Su parte medular consiste en el acceso a los servicios de salud.

Un ejemplo de cómo el Estado participa de ello, es la reforma en materia de derechos humanos presentada¹⁰⁷ y aprobada por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos en la Cámara de Senadores, acceida el 10 de junio de 2011, mediante la cual se reformó la denominación del Título Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar "De los Derechos Humanos y sus Garantías", así como el artículo 1o. de la misma legislación, el cual ahora señala:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

¹⁰⁷ No se debe soslayar la participación que en esta iniciativa tuvieron los legisladores de distintos partidos políticos, grupos de la sociedad civil, la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión en el grupo de Garantías Sociales y el trabajo coordinado por la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con integrantes de la Academia y organizaciones no gubernamentales, así como de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Para arribar a dicho resultado, la Cámara Alta tomó en cuenta, entre otras,¹⁰⁸ las siguientes consideraciones: a) la opinión de Kofi Annan sobre los constantes cambios culturales, políticos y sociales, que sufre la sociedad, en los que también las familias se vuelven más diversas y la obligación de protegerlas, inscritas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, requiere que las sociedades y los Estados reconozcan y respeten dicha diversidad y que ayuden a toda familia a garantizar el bienestar y la dignidad de todos sus integrantes, independientemente de las decisiones que tomen en la vida, b) en virtud de dicha realidad y dado que la diversidad sustenta el principio de igualdad y no discriminación, que es básico para el derecho internacional de los derechos humanos, se establece que el término familia, al que se refiere el artículo 29 de la citada reforma debe entenderse en plural “las Familias” englobando así, los distintos tipos de familias; c) la incorporación de los tratados internacionales en el texto constitucional obedece a que otorgan mayor y mejor protección a los derechos humanos de las personas en nuestro país, d) es necesario explicitar la prohibición de toda discriminación por motivo de las preferencias sexuales de las personas, en razón a la realidad a la que se enfrentan por estos motivos muchos

¹⁰⁸ Entre las otras consideraciones tomadas en cuenta para esta reforma, por su importancia, destacan: a) los derechos humanos se orientan por una serie de principios básicos: la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de hombres y mujeres; b) dicho reconocimiento se encuentra sustentado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros; estos instrumentos han servido como base para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, una de las vías para insertar adecuaciones en el ámbito jurídico de los Estados, por ello, las comisiones consideraron en reconocer constitucionalmente dichas prerrogativas y establecer las garantías necesarias para lograr la efectividad de su protección, c) al momento de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, además de la Carta Magna como referente, también será obligatorio acudir a lo estipulado en los tratados internacionales; d) La Secretaría de Gobernación, en su acuerdo adoptado en la Decima Segunda Sesión Ordinaria del Pleno de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, el 10 de diciembre de 2009, admite que la discriminación es, la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de alguno o algunos de los derechos fundamentales de las personas, minorías, grupos, colectivos u otros análogos, por la comisión de hechos jurídicos ilícitos realizados por personas físicas o morales particulares, autoridades, personas servidoras públicas, dependencias o cualquier entidad de los poderes públicos federales, del Distrito Federal, estatales o municipales, con intención o sin ella, por acción u omisión, sin motivo o causa que sea racionalmente justificable, por motivo de su origen étnico, nacional, lengua, sexo, género, identidad indígena, identidad de género, expresión de rol de género, edad, discapacidades, condición jurídica, social o económica, apariencia física, condiciones de salud, características genéticas, embarazo, religión, opiniones políticas, académicas o filosóficas, identidad o filiación política, preferencias sexuales, estado civil, sunitismo, arabisismo, islamismo o cualquiera otra análoga prevista en las leyes.

hombres y mujeres que llegan a ser discriminadas en los ámbitos familiar, escolar, laboral y social, que ha producido agresiones físicas, verbales, psicológicas, tortura e incluso la muerte y, e) el no considerar a las preferencias sexuales como una de las formas de la discriminación, negaría los derechos inalienables que tenemos todos los seres humanos, por eso es necesario avanzar en esta lucha contra la discriminación no solo de quienes están segregados o excluidos, sino también en favor del fortalecimiento de la igualdad y dignidad humana.

Luego, de las conclusiones acordadas,¹⁰² destacan aquellas que señalan que la persona es la titular de los derechos humanos –incluidos aquellos establecidos en los tratados internacionales celebrados por nuestro país y que agregan alguna garantía a la Constitución– y que el fortalecimiento de los derechos humanos requiere la armonización del texto constitucional con las normas internacionales.

De esto se desprende que, con base en los instrumentos internacionales que México ha suscrito y que son derecho vigente, y, concatenado con lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 4o. de la Constitución, **todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales, entre ellos, del derecho al acceso a la salud y a la protección de ésta, sin discriminación en razón de su preferencia sexual, luego, un matrimonio conformado por personas del mismo sexo debe de gozar de los derechos antes citados, entonces, si es su deseo acceder a los beneficios de seguridad social que uno de los cónyuges puede proporcionar al otro en virtud de su afiliación a uno de los institutos de seguridad social en el país, las autoridades encargadas de ello –aun cuando su legislación no lo provea expresamente– en base al principio de interpretación conforme señalado en el párrafo segundo del citado precepto, deben de**

¹⁰² Es importante resaltar que, dentro de los objetivos del aborción de reforma está el de introducir plenamente el concepto de derechos humanos a la Constitución Mexicana, 2. Garantizar la máxima jerarquía y eficacia normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del orden jurídico mexicano, 3. Introducir expresamente los derechos humanos que no se encuentran reconocidos en la Constitución, 4. Incorporar el principio de interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, 5. Fortalecer la protección de los derechos humanos reconocidos por la Constitución a la luz del derecho internacional, 6. Fortalecer las garantías y los mecanismos de protección de los derechos humanos, Conclusión tercera, tomada de la sentencia emitida en la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010, nota b), párrafo 43.

proporcionarlo, de lo contrario, se está ante una discriminación de las personas en razón de su orientación sexual, se violentan sus derechos a la igualdad, libertad sexual y libre desarrollo de la personalidad, protección de la salud y a su dignidad humana, además de que se incurre en responsabilidad internacional por parte del Estado Mexicano.

Entonces, como se mencionó al inicio del presente capítulo, se estudiará el estado de la cuestión en el país, en referencia a las leyes que reglamentan el derecho a la salud.

Previo a ello, es necesario acotar la disposición constitucional prevista en el artículo 123 constitucional, fracción XXIX, la cual establece que:

Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil. XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

Este artículo cobra relevancia porque forma parte de la hipótesis en que está basado este trabajo.

2.2.2. Ley General de Salud

Esta ley es reglamentaria del artículo 4o. constitucional.¹¹⁰

En su artículo 2o. se definen cuáles son los objetivos del derecho a la protección de la salud, destacando entre ellos,

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. la prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;

III. la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

¹¹⁰ Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

VI. el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII. el desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Su importancia radica en que los objetivos que plasma son recogidos en las leyes del Seguro Social y del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado, tal y como se verá en los epígrafes siguientes.

2.2.3. Ley del Seguro Social

Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995, en su artículo 2o. se define la finalidad de la seguridad social, la cual es garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Señala también, que el Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.¹¹¹

En las fracciones V, IX, XI, XII, XIII, XIV y XV de su artículo 5o. se pueden encontrar los conceptos que este ordenamiento tiene por trabajador, sujeto o sujetos de aseguramiento, asegurados, beneficiarios, derechohabientes, pensionados, cuotas obrero patronales o cuotas.

Por su parte, el precepto 8o. señala que los derechohabientes para recibir o en su caso, seguir disfrutando de las prestaciones que esta Ley otorga, deberán cumplir con los requisitos establecidos en la misma y en sus reglamentos.

En el supuesto en que se estudia, los matrimonios entre personas del mismo sexo, en su calidad de trabajadores, sujetos de aseguramiento, asegurados, beneficiarios, derechohabientes, deberían poder incorporar a sus cónyuges a este régimen. Enseguida se plasma el contenido de los artículos que interesan:

¹¹¹ Artículo 4o. de la Ley del Seguro Social actualizada, consultado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92.pdf> consultado el 27 de enero de 2012.

Artículo 64. Si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, el Instituto calculará el monto constitutivo al que se le restará los recursos acumulados en la cuenta individual del trabajador fallecido, a efecto de determinar la suma asegurada que el Instituto deberá cubrir a la institución de seguros, necesaria para obtener una pensión, ayudas asistenciales y demás prestaciones económicas previstas en este capítulo a los beneficiarios.

... Las pensiones y prestaciones a que se refiere la presente Ley serán:

II. A la viuda del **asegurado** se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél, tratándose de incapacidad permanente total. La misma pensión corresponde al **viudo o concubinario** que hubiera dependido económicamente de la **asegurada**. El importe de esta prestación no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida;

... A las personas señaladas en las fracciones II y VI de este artículo, así como a los ascendientes pensionados en los términos del artículo 66, se les otorgará un aguinaldo anual equivalente a quince días del importe de la pensión que perciban.

Nótese que se refiere a que, en caso de fallecimiento del asegurado, la pensión se le otorgará a la viuda o concubina del asegurado ó al viudo o concubinario de la asegurada ¹¹².

Artículo 65. Sólo a falta de **esposa** tendrá derecho a recibir la pensión señalada en la fracción II del artículo anterior, la **mujer** con quien el **asegurado** vivió como si fuera su **marido** durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con **la** que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado tenía varias concubinas, ninguna de ellas gozará de pensión ¹¹³.

Aquí se establece que si el asegurado no tuvo esposa, pero sí concubina, será ella quien, en caso de fallecimiento de aquél, recibirá la pensión.

Artículo 84. Quedan amparados por el seguro de enfermedades y maternidad:

II. El pensionado por:

- a) Incapacidad permanente total o parcial;
- b) Invalidez;
- c) Cesantía en edad avanzada y vejez, y
- d) Viudez, orfandad o ascendencia;

¹¹² *Ibidem*, artículo 64.

¹¹³ *Ibidem*, numeral 65.

III. La **esposa** del **asegurado** o, a falta de ésta, la **mujer** con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.

Del mismo derecho gozará el **esposo** de la **asegurada** o, a falta de éste el **concubinario**, siempre que hubiera dependido económicamente de la **asegurada**, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior;

IV. La **esposa** del **pensionado** en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de **esposa**, la **concubina** si se reúnen los requisitos de la fracción III.

Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;

... Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:

a) Que dependan económicamente del **asegurado** o **pensionado**, y
b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de esta Ley ¹¹⁴

Este artículo se refiere a las personas que van a quedar amparadas por el seguro de maternidad y enfermedades. En el caso del asegurado, será la esposa o concubina; en el de la asegurada, su esposo o concubinario.

Artículo 127. Cuando ocurra la muerte del **asegurado** o del **pensionado** por invalidez, el Instituto otorgará a sus beneficiarios, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo, las siguientes prestaciones:

I. Pensión de viudez;

II. Pensión de orfandad;

III. Pensión a ascendientes;

IV. Ayuda asistencial a la **pensionada** por viudez, en los casos en que lo requiera, de acuerdo con el dictamen médico que al efecto se formule, y

V. Asistencia médica, en los términos del capítulo IV de este Título.

En caso de fallecimiento de un **asegurado**, las pensiones a que se refiere las fracciones I, II y III de este artículo se otorgarán por la institución de seguros que elijan los beneficiarios para la contratación de su renta vitalicia. A tal efecto, se deberán integrar un monto constitutivo en la aseguradora elegida, el cual deberá ser suficiente para cubrir la pensión, las ayudas asistenciales y las demás prestaciones de carácter económico previstas en este capítulo. Para ello, el Instituto Mexicano del Seguro Social otorgará una suma

¹¹⁴ *Ibidem*, artículo 84.

asegurada que, adicionada a los recursos acumulados en la cuenta individual del trabajador fallecido, deberá ser suficiente para integrar el monto constitutivo con cargo al cual se pagará la pensión, las ayudas asistenciales y las demás prestaciones de carácter económico previstas en este capítulo, por la institución de seguros.

Cuando el trabajador fallecido haya tenido un saldo acumulado en su cuenta individual que sea mayor al necesario para integrar el monto constitutivo para contratar una renta que sea superior a la pensión a que tengan derecho sus beneficiarios, en los términos de este capítulo, estos podrán retirar la suma excedente en una sola exhibición de la cuenta individual del trabajador fallecido, o contratar una renta por una suma mayor.

La renta vitalicia se sujetará a lo dispuesto en el artículo 159 fracción IV de esta Ley.

En caso de fallecimiento de un pensionado por riesgos de trabajo, invalidez, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, las pensiones a que se refieren las fracciones I, II, y III de este artículo se otorgarán con cargo al seguro de sobrevivencia que haya contratado el pensionado fallecido.¹¹⁵

La ley del Seguro Social, en este precepto, contempla el supuesto de muerte por invalidez del asegurado (a) y establece los diferentes tipos de pensiones que se pueden otorgar a los beneficiarios del o la asegurada: pensiones de viudez o ayuda asistencial, en su caso, a la esposa o concubina del asegurado o pensionado y al esposo o concubinario de la asegurada, pensión por orfandad a los descendientes y pensión a los ascendientes, todos de los asegurados o pensionados.

Artículo 130. Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión.

La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibidem*, artículo 127.

¹¹⁶ *Ibidem*, numeral 130.

En este artículo se puntualiza sobre la pensión de viudez, la que será otorgada a la esposa del asegurado o pensionado, si no hubiere, tendrá derecho la concubina de éste. Misma situación se presentará en el caso del viudo de la asegurada o pensionada por invalidez, o en su caso, del concubinario de esta.

Artículo 133. El derecho al goce de la pensión de viudez comenzará desde el día del fallecimiento del **asegurado** o **pensionado** por invalidez y cesará con la muerte del **beneficiario**, o cuando la **viuda**, **viudo**, **concubina** o **concubinario** contrajeran matrimonio o entraran en concubinato. El disfrute de esta pensión no se suspenderá porque aquéllos desempeñe (sic) un trabajo remunerado.

La **viuda**, **viudo**, **concubina** o **concubinario** pensionados que contraigan matrimonio, recibirán una suma global equivalente a tres anualidades de la cuantía de la pensión que disfrutaban¹¹⁷.

Aquí se establece el momento a partir del cual será efectiva la pensión de viudez para los beneficiarios y cuándo fenecera

Artículo 138. Las asignaciones familiares consisten en una ayuda por concepto de carga familiar y se concederá a los beneficiarios del **pensionado** por invalidez, de acuerdo con las reglas siguientes:

I. Para la **esposa** o **concubina** del **pensionado**, el quince por ciento de la cuantía de la pensión;

II. Para cada uno de los hijos menores de dieciséis años del pensionado, el diez por ciento de la cuantía de la pensión;

III. Si el **pensionado** no tuviera ni **esposa** o **concubina**, ni hijos menores de dieciséis años se concederá una asignación del diez por ciento para cada uno de los padres del pensionado si dependieran económicamente de él;

IV. Si el **pensionado** no tuviera ni **esposa** o **concubina**, ni hijos, ni ascendientes que dependan económicamente de él, se le concederá una ayuda asistencial equivalente al quince por ciento de la cuantía de la pensión que le corresponda, y

V. Si el pensionado sólo tuviera un ascendiente con derecho al disfrute de asignación familiar, se le concederá una ayuda asistencial equivalente al diez por ciento de la cuantía de la pensión que deba disfrutar.

Estas asignaciones familiares se entregarán de preferencia al propio **pensionado**, pero la correspondiente a los hijos podrá entregarse a la persona o institución que los tenga bajo su cargo directo, en el caso de no vivir con el pensionado.

Las asignaciones familiares cesarán con la muerte del familiar que la originó y, en el caso de los hijos, terminarán con la muerte de estos o

¹¹⁷ *Ibidem*, precepto 133.

cuando cumplan los dieciséis años, o bien los veinticinco años, aplicándose en lo conducente lo dispuesto por el artículo 134 de esta Ley.

Las asignaciones familiares concedidas para los hijos del pensionado con motivo de no poderse mantener por sí mismos, debido a inhabilitación para trabajar por enfermedad crónica, física o psíquica, podrán continuarse pagando hasta en tanto no desaparezca la inhabilitación.

El Instituto concederá en los términos de este artículo, las asignaciones familiares a los hijos del pensionado, mayores de dieciséis años, si cumplen con las condiciones mencionadas¹¹⁸.

Las reglas para la distribución de las asignaciones familiares se contemplan en este artículo, considerando en primer término, a la esposa o concubina del asegurado o pensionado y al esposo o concubinario de la asegurada.

Artículo 140. El Instituto concederá ayuda asistencial al **pensionado** por invalidez, con excepción de los casos comprendidos en las fracciones IV y V del artículo 138, así como a los **viudos o viudas** pensionados, cuando su estado físico requiera ineludiblemente, que lo asista otra persona de manera permanente o continua. Con base en el dictamen médico que al efecto se formule, la ayuda asistencial consistirá en el aumento hasta del veinte por ciento de la pensión de invalidez o viudez que esté disfrutando el pensionado¹¹⁹.

En este arábigo se explica cómo se otorgará la ayuda asistencial a los pensionados por invalidez, viudos o viudas que necesiten, por su condición física, de la asistencia permanente o continua de otra persona.

Artículo 165. El asegurado tiene derecho a retirar, como ayuda para gastos de matrimonio, una cantidad equivalente a treinta días de salario mínimo general que rija en el Distrito Federal, proveniente de la cuota social que aporte el Estado en los términos de la fracción IV del artículo 168 de esta ley para los trabajadores que reciban ésta y con las aportaciones patronales y del Estado a la Subcuenta de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez para los trabajadores que no reciban cuota social en sus cuentas individuales, conforme a los siguientes requisitos:¹²⁰

I. Que tenga acreditado un mínimo de ciento cincuenta semanas de cotización en el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, en la fecha de celebración del matrimonio;

¹¹⁸ *Ibidem*, arábigo E38.

¹¹⁹ *Ibidem* ordinal E40.

¹²⁰ *Ibidem*, artículo 165.

II.- Que compruebe con documentos fehacientes la muerte de la persona que registró como cónyuge en el Instituto, o que, en su caso, exhiba el acta de divorcio, y

III.- Que cualquiera de los cónyuges no haya sido registrado con anterioridad en el Instituto con esa calidad.

Este derecho se ejercerá por una sola vez y el asegurado no tendrá derecho por posteriores matrimonios.

Se insiste en la idea de que "matrimonio" se entiende nada más el conformado por un hombre y una mujer, dejando fuera de este beneficio a los conformados por personas del mismo sexo.

De los preceptos legales transcritos, como se expuso enseguida de cada uno de ellos, se concluye, que la Ley del Seguro Social establece la figura del beneficiario del asegurado (a) o pensionado (a) en su cónyuge de diverso sexo, cuando hace alusión a los términos viuda (o), esposa (o), concubina o concubinario, para el disfrute de los diversos seguros, pero no prevé esa figura de beneficiario, para los cónyuges del mismo sexo.

Ahora bien, esa previsión de la Ley del Seguro Social se considera inconstitucional, pues como se ha indicado, de conformidad con los numerales 4o. y 123. Apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes, como la del Seguro Social, deben proteger a la familia, entendida ésta como una realidad social, es decir, que esa protección no debe abarcar solamente a las familias que surgen del matrimonio de un hombre y una mujer, sino incluso de personas del mismo sexo o de cualquier otro vínculo que denote una relación familiar; razones por las cuales la figura de beneficiario del asegurado (a) o pensionado (a) deben recaer, entre otros, en su cónyuge, con independencia del sexo o preferencias sexuales que tengan cada uno de ellos, ya que de no hacerlo se estaría incumpliendo con la finalidad constitucional de protección de la familia por las leyes, en específico de la Ley del Seguro Social, respecto de la cual, cada uno de los seguros que contempla deben estar encaminados a proteger al trabajador asegurado y a sus familiares, dentro de los cuales se encuentra su cónyuge, aun cuando sea de su mismo sexo.¹²¹

¹²¹ Lo subrayado es del Juez Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, tomado de la resolución al Juicio de Amparo 2256/2010-VI del índice del citado órgano jurisdiccional, emitida el 08 de noviembre de 2010.

Lo señalado es muestra de una interpretación conforme de lo que la ley del Seguro Social señala y que, en tanto no se modifique en los artículos indicados, será este tipo de interpretación, el que dará acceso a los servicios de salud a los cónyuges que hayan celebrado matrimonio con su pareja del mismo sexo.

2.2.4. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado

La ley vigente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2007, es de observancia en toda la República Mexicana y esta dirigida a las dependencias, entidades, trabajadores al servicio civil, pensionados y familiares derechohabientes de la Presidencia de la República, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, incluyendo al propio Instituto, ambas cámaras del Congreso de la Unión, incluidos los diputados y senadores, así como los trabajadores de la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación; el Poder Judicial de la Federación, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados y jueces, así como consejeros del Consejo de la Judicatura Federal; la Procuraduría General de la República; los órganos jurisdiccionales autónomos; los órganos con autonomía por disposición constitucional; el Gobierno del Distrito Federal, sus órganos político administrativos, sus órganos autónomos, sus dependencias y entidades, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, incluyendo sus diputados, y el órgano judicial del Distrito Federal, incluyendo magistrados, jueces y miembros del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, conforme a su normatividad específica y con base en los convenios que celebren con el Instituto y los gobiernos de las demás entidades federativas de la República, los poderes legislativos y judiciales locales, las administraciones públicas municipales y sus trabajadores, en aquellos casos en que celebren convenios con el Instituto en los términos de esta Ley.¹²²

¹²² Artículo 1o. de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado actualizada, tomado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISSSTE.pdf> consultado el 27 de enero de 2012.

En las fracciones II, V, VIII, IX, XII, XVIII, XXIX y XV del artículo 6o. se pueden encontrar las definiciones que este ordenamiento describe para aportaciones, cuotas, derechohabientes, descuento, familiares derechohabientes, pensionado, trabajador, asegurados, beneficiarios.

Cabe destacar lo que la ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado entiende por familiares derechohabientes, en lo que aquí interesa, estos son la esposa o esposo del trabajador o trabajadora, o a falta de éstos, la concubina del trabajador o el pensionado y el concubinario de la trabajadora o la pensionada.

Por su parte, el precepto 8o. señala que los trabajadores están obligados a proporcionar al instituto y a las dependencias o entidades en que presten sus servicios.¹²³

I. La información general de las personas que podrán considerarse como familiares derechohabientes, y

II. Los informes y documentos probatorios que se les pidan, relacionados con la aplicación de esta Ley

Los trabajadores tendrán derecho a exigir a las dependencias o entidades el estricto cumplimiento de las obligaciones que les impone el artículo anterior, así como el que el Instituto los registre al igual que a sus familiares derechohabientes.

El arábigo 11 de esta misma ley indica que los derechohabientes para utilizar los seguros, prestaciones y servicios que les corresponden en términos de esta Ley, deberán cumplir con los requisitos aplicables. En redacción similar, el ordinal 44 señala que el derecho al goce de las pensiones de cualquier naturaleza, comenzará desde el día en que el trabajador o sus familiares derechohabientes cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley.¹²⁴

En su numeral 27 se define que el objeto del seguro de salud a que tendrán derecho todos los derechohabientes del Instituto es, proteger, promover y restaurar la salud de éstos.¹²⁵

En el supuesto que se estudia, los matrimonios entre personas del mismo sexo, en su calidad de trabajadores, pensionados, asegurados, beneficiarios,

¹²³ *Ibidem*, numeral 8o.

¹²⁴ *Ibidem*, preceptos 11 y 44.

¹²⁵ *Ibidem*, ordinal 27. Este mismo artículo establece que el seguro de salud incluye los componentes de atención médica preventiva, atención médica curativa y de maternidad y rehabilitación física y mental.

familiares derechohabientes, deberían poder incorporar a sus cónyuges a este régimen. Enseguida se plasma el contenido de los artículos que interesan:

Artículo 39. La mujer trabajadora, la pensionada, la conyuge del trabajador o del pensionado o, en su caso, la concubina de uno u otro, y la hija del trabajador o pensionado, soltera, menor de dieciocho años que dependa económicamente de éstos, según las condiciones del artículo siguiente, tendrán derecho a:¹²⁶

I. Asistencia obstétrica necesaria a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo.

La certificación señalará la fecha probable del parto para los efectos del artículo 28 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B del artículo 123 Constitucional:

II. Ayuda para la lactancia cuando, según dictamen médico, exista incapacidad física o laboral para amamantar al hijo. Esta ayuda será proporcionada en especie, hasta por un lapso de seis meses con posterioridad al nacimiento, y se entregará a la madre o, a falta de ésta, a la persona encargada de alimentarlo, y

III. Con cargo al seguro de salud, una canastilla de maternidad, al nacer el hijo, cuyo costo será señalado periódicamente por el Instituto, mediante acuerdo de la junta directiva.

En este artículo se puntualiza sobre los beneficios de asistencia obstétrica, ayuda para la lactancia y la canastilla de maternidad a la que solo podrán acceder la esposa del trabajador o pensionado y, a falta de ésta, la concubina de aquellos.

Artículo 40. Para que la trabajadora, pensionada, conyuge o hija menor de dieciocho años y soltera, o en su caso, la concubina, tengan derecho a las prestaciones que establece el artículo previo, será necesario que, durante los seis meses anteriores al parto, se hayan mantenido vigentes sus derechos o los del trabajador o pensionado del que se deriven estas prestaciones.¹²⁷

En el caso de que la trabajadora no cumpla con el requisito de seis meses de antigüedad, la dependencia o entidad de su adscripción, cubrirá el costo del servicio de acuerdo con el tabulador que autorice la junta directiva.

Este precepto continúa con el tema del numeral anotado con anterioridad, con la particularidad que marca las condiciones para que las esposas o concubinas de los trabajadores o pensionados puedan acceder a las prestaciones de asistencia obstétrica, ayuda para la lactancia y la canastilla de maternidad.

¹²⁶ *Ibidem*, artículo 39.

¹²⁷ *Ibidem*, artículo 40.

Artículo 41. También tendrán derecho a los servicios del seguro de salud en caso de enfermedad, los familiares derechohabientes del trabajador o del pensionado que en seguida se enumeran:¹²⁸

I. El cónyuge, o a falta de este, el varón o la mujer con quien, la trabajadora o la pensionada con relación al primero, o el trabajador o el pensionado, con relación a la segunda, ha vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con quien tuviese uno o más hijos(as), siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el trabajador o pensionado tiene varias concubinas o concubinarios, según sea el caso, ninguno de estos dos últimos sujetos tendrá derecho a recibir la prestación.

Los familiares derechohabientes del trabajador o pensionado que tienen derecho a los servicios del seguro de salud, serán solamente la esposa o concubina del trabajador o pensionado, el esposo o concubinario de la trabajadora o pensionada, así lo marca el artículo 41 de la ley del ISSSTE.

Artículo 67. Cuando el trabajador fallezca a consecuencia de un riesgo del trabajo, los familiares señalados en la sección de pensión por causa de muerte del seguro de invalidez y vida en el orden que establece, gozarán de una pensión equivalente al cien por ciento del sueldo básico que hubiese percibido el trabajador en el momento de ocurrir el fallecimiento y la misma gratificación anual que le hubiere correspondido al trabajador como pensionado por riesgos del trabajo. En este caso, el instituto cubrirá el monto constitutivo a la aseguradora, con cargo al cual se pagará la pensión a los familiares derechohabientes.¹²⁹

Los familiares derechohabientes elegirán la aseguradora con la que deseen contratar su seguro de pensión con los recursos relativos al monto constitutivo de la pensión a que se refiere el párrafo anterior.

Por lo que se refiere a los recursos de la cuenta individual del trabajador fallecido, sus familiares derechohabientes podrán optar por:

- I. Retirarlos en una sola exhibición, o
- II. Contratar rentas por una cuantía mayor.

Este artículo trata de la pensión a la que pueden tener derecho los familiares derechohabientes del trabajador (a) o pensionado (a) en caso de que estos fallecieran por un riesgo del trabajo. En términos similares se pronuncia el siguiente artículo, solo que en caso de que la muerte se produzca por incapacidad permanente, total o parcial.¹³⁰

¹²⁸ *Ibidem*, numeral 41.

¹²⁹ *Ibidem*, precepto 67.

¹³⁰ *Cfr.* Con ordinal 68 de la ley del ISSSTE.

Artículo 131. El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este artículo por los familiares derechohabientes será el siguiente.¹³¹

I. El cónyuge supérstite sólo si no hay hijos o en concurrencia con éstos si los hay y son menores de dieciocho años o que no sean menores de dieciocho años pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta veinticinco años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo.

II. A falta de cónyuge, la concubina o concubinario solo o en concurrencia con los hijos o estos solos cuando reúnan las condiciones señaladas en la fracción anterior, siempre que la concubina hubiere tenido hijos con el trabajador o pensionado o el concubinario con la trabajadora o pensionada, o vivido en su compañía durante los cinco años que precedieron a su muerte y ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabajador o pensionado tuviere varias concubinas o la trabajadora o pensionada tuviere varios concubinarios, ninguno tendrá derecho a pensión.

Para efectos de esta Ley, para considerarse como tales los concubinarios deberán acreditar haber vivido en común con el trabajador en forma constante y permanente por un período mínimo de cinco años que precedan inmediatamente a la generación de la pensión o haber tenido por lo menos un hijo en común.

III. A falta de cónyuge, hijos, concubina o concubinario la pensión se entregará a la madre o padre conjunta o separadamente y a falta de éstos a los demás ascendientes, en caso de que hubiesen dependido económicamente del trabajador o pensionado.

IV. La cantidad total a que tengan derecho los deudos señalados en cada una de las fracciones, se dividirá por partes iguales entre ellos. Cuando fuesen varios los beneficiarios de una pensión y alguno de ellos perdiese el derecho, la parte que le correspondiera será repartida proporcionalmente entre los restantes, y

V. Los hijos adoptivos sólo tendrán derecho a la pensión por orfandad, cuando la adopción se haya hecho por el trabajador o pensionado antes de haber cumplido cincuenta y cinco años de edad.

Ahora, si se quiere conocer quiénes tienen derecho a pensión por viudez, u otras, es necesario acudir a este artículo. En él se estipula que el cónyuge que sobreviva al fallecimiento del trabajador (a) o pensionado (a) con hijos o no habiendo, será el primero en el orden; en caso de que no existieran cónyuges supérstite, seguirán la concubina del pensionado o trabajador y el concubinario de la trabajadora o pensionada. En el caso de los hijos adoptivos, será procedente

¹³¹ *Ibidem*, artículo 131.

solamente cuando el trabajador o pensionado los haya adoptado antes de los cincuenta y cinco años.

Artículo 135. Los derechos a percibir pensión se pierden para los familiares derechohabientes del trabajador o pensionado por alguna de las siguientes causas:¹³²

I. Llegar a cumplir dieciocho años de edad los hijos e hijas del trabajador o pensionado, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, siempre que no estén incapacitados legalmente o imposibilitados físicamente para trabajar;

II. Porque la mujer o el varón pensionado contraigan nupcias o llegasen a vivir en concubinato. Al contraer matrimonio la viuda, viudo, concubina o concubinario, recibirán como única y última prestación el importe de seis meses de la pensión que venían disfrutando.

La divorciada o divorciado no tendrán derecho a la pensión de quien haya sido su cónyuge, a menos que a la muerte del causante, este estuviese ministrándole alimentos por condena judicial y siempre que no existan viuda o viudo, hijos, concubina o concubinario y ascendientes con derecho a la misma.

Cuando la divorciada o divorciado disfrutasen de la pensión en los términos de este artículo, perderán dicho derecho si contraen nuevas nupcias, o si viviesen en concubinato, y

III. Por fallecimiento

Llama la atención de este artículo, el hecho de que, en el caso de que el trabajador o la trabajadora se hubieran divorciado y en la sentencia relativa se les hubiere condenado a proporcionar alimentos a sus ex-cónyuges, en caso de que los primeros fallecieren, los últimos podrán gozar de este beneficio, con excepción de que el trabajador (a) o pensionado (a) hubieren contraído nuevas nupcias después del proceso de divorcio.

Como se puede observar del estudio de los preceptos legales antes descritos la Ley del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado, establece la figura del beneficiario del trabajador (a) o pensionado (a) en su cónyuge de diverso sexo, cuando hace alusión a los términos viuda (o), esposa (o), concubina o concubinario, para el disfrute de los diversos seguros; pero no prevé esa figura de beneficiario, para los cónyuges del mismo sexo.

Luego, con base en lo estudiado sobre las obligaciones que adopta el Estado Mexicano al celebrar los Tratados Internacionales y otros instrumentos

¹³² *Ibidem*, artículo 135.

internacionales, la interpretación conforme que debe realizarse en cada una de las interpretaciones que se deriven de la constitución, con base en la reforma en materia de derechos humanos y en el artículo 1o. de la Carta Magna, se afirma que las previsiones enunciadas de la ley en estudio, son inconstitucionales, amén de que, conforme al artículo 4o. de la constitución, la familia debe de ser protegida, al ser una realidad social, entendida esta en su mas amplio sentido, esto significa, atendiendo al concepto que de familia ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de las familias que surgen del matrimonio de un hombre y una mujer y aquella conformada por personas del mismo sexo o de cualquier otro vínculo que denote una relacion familiar, razones por las cuales es necesaria una reforma a esta ley para que la figura de beneficiario del trabajador (a) o pensionado (a) recaiga en su conyuge, con independencia del sexo o preferencias sexuales que tengan cada uno de ellos.

2.3. El derecho a la salud en los diferentes sistemas de protección de Derechos Humanos

En la actualidad existen tres sistemas de protección de Derechos Humanos, estos son el Interamericano, el Europeo y el Africano. De manera concisa se expondrán las ideas más relevantes de éstos y que son indispensables para una mejor integración del presente capítulo.

2.3.1. Sistema Interamericano

Los documentos que rigen el sistema interamericano y que protegen los derechos humanos, entre los cuales se encuentra, por supuesto, el derecho humano a la salud y al acceso a la salud, por la importancia para el presente estudio son los siguientes:

1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional en Bogotá, Colombia,¹³³ en su preámbulo se estipula que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida

¹³³ Consultado en la versión oficial en español de este instrumento, en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 27 de enero de 2012, disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>

en sociedad tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad; que se ha reconocido en múltiples ocasiones que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana; que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución. Su artículo XI establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

2) Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁴ Lo relevante de este documento, es que desde su preámbulo los Estados americanos signatarios reconocen que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, que estos principios se enunciaron en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Conforme a ello, en su numeral 2o. señala la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas legislativas o de otro carácter a fin de que sean efectivos los derechos y libertades reconocidos en este documento.

3) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹³⁵

También llamado "Protocolo de San Salvador", en su artículo 10 enmarca el

¹³⁴ México la ratificó el 2 de marzo de 1981 y se adhirió a ella el 24 de ese mismo mes y año, aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998. Fuente: <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>, consultado el 27 de enero de 2012.

¹³⁵ México lo firmó el 17 de noviembre de 1981, el Senado lo aprobó el 12 de diciembre de 1995, el instrumento de ratificación fue firmado el 08 de marzo de 1996, para ser depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el 16 de abril de 1996, se promulgó el 28 de agosto de 1998 y, finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 01 de septiembre de 1998. Fuente: <http://www.dof.gob.mx>, consultado el 27 de enero de 2012.

Derecho a la Salud de la siguiente forma:¹³⁶

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Si alguno de los Estados Partes llegare a incumplir con los derechos estipulados en este Protocolo, se puede presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, de considerarlo procedente, la remitirá a su vez a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para emitir la sentencia que conforme a derecho corresponda.¹³⁷

2.3.2. Sistema Europeo

La Carta Social Europea, adoptada en Estrasburgo en 1996 consagra en su artículo 11, el derecho a la protección de la salud y estipula que para garantizar su ejercicio, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1) eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y 3)

¹³⁶ Artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Protocolo de San Salvador".

¹³⁷ *Ibidem*, artículo 19; 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.

Por su parte, el precepto 12 de ese mismo ordenamiento estipula el compromiso de los Estados Partes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, entre los cuales se encuentran

1) establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2) a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3) a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social y; 4) a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes y; b) la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes.

En el mismo sentido, el numeral 13 señala que deben de realizar las Partes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica,¹³⁸ en tanto que el arábigo 14 señala los compromisos¹³⁹ que las Partes realizarán

¹³⁸ 1) Velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no este en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado; 2) a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo discriminación alguna en sus derechos políticos y sociales; 3) a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar; 4) a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

¹³⁹ 1) A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio

para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas a beneficiarse de los servicios sociales.

2.3.3. Sistema Africano

En este sistema, el documento más importante para los efectos prácticos de esta investigación, lo es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Este documento fue aprobado el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Los firmantes fueron Estados africanos quienes tuvieron como objetivo, además de la creación de una carta africana que plasmará los derechos humanos, la creación de un organismo cuya función fuera proteger los derechos humanos y de los pueblos. Reconoció además, en su preámbulo, que:¹⁴⁰

Los derechos humanos fundamentales derivan de los atributos de los seres humanos, lo cual justifica su protección internacional y, por otro lado, que la realidad y el respeto de los derechos de los pueblos deberían necesariamente garantizar los derechos humanos, considerando que el disfrute de derechos y libertades también implica el cumplimiento de deberes por parte de todos.

Convencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos;

Firmemente convencidos de su deber de promover y proteger los derechos y libertades humanos y de los pueblos teniendo en cuenta la importancia tradicionalmente concedida en África a esos derechos y libertades.

En su artículo 16 se estipula que todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible y en el párrafo segundo establece la obligación de los Estados firmantes de la Carta de tomar medidas necesarias para proteger la salud de éstos.

o entorno social; 2) a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.

¹⁴⁰ Párrafos seis, siete y diez del preámbulo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.

Como se puede apreciar, existe una amplia gama de instrumentos protectores al derecho humano a la salud y a la protección de ésta, sin embargo, habría que estudiar si este derecho es realmente efectivo para todos y todas, en lo que concierne a este trabajo, para los matrimonios entre personas del mismo sexo. En el capítulo cuarto se puntualizará al respecto.

CAPITULO TERCERO. EL DERECHO AL ACCESO A LA SALUD DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN OTROS PAÍSES

Para iniciar este tema, es necesario hacer la siguiente acotación: Ya se ha establecido cuáles son los derechos humanos inherentes a las personas con orientación homosexual –sujetos de esta investigación-, que gozan entre ellos, del derecho al acceso a la salud, el cual es un derecho humano universal reconocido en distintos tratados internacionales y acogido por la Carta Magna de México.

Ahora, si este derecho en lo individual, es una prerrogativa de cada persona, como se ha establecido y dos personas que contraen nupcias desean compartir y asignar los beneficios de seguridad social del que gozan a su cónyuge –derecho que también está reconocido en forma universal- entonces, en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, esta regla debe de operar por igual.

Establecido este supuesto, y para los objetivos de este capítulo, se abordará el estudio de aquellas legislaciones nacionales en las cuales se ha reconocido este derecho como tal a los matrimonios gays y aquellas en las cuales el legislador ha sido un poco más tímido, y los ha reconocido solamente como uniones de hecho; en opinión de Medina,¹⁴¹ esta legislación comparada puede ser clasificada en:

- 1) Abstencionista.
- 2) Reguladora:
 - a) Con equiparación al matrimonio
 - b) Con negación de los efectos del matrimonio
 - c) Regulación específica de la unión de hecho en forma independiente ó conjunta con el concubinato heterosexual.

En ese sentido, se entenderá por legislaciones abstencionistas, aquellas en las que el legislador no ha tomado ninguna previsión con respecto a las uniones homosexuales, ni las sanciona ni regula sus consecuencias jurídicas¹⁴².

¹⁴¹ MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, pp. 98-100.

¹⁴² *Ibidem*, p. 98.

En este supuesto se encuadran la mayoría de las legislaciones latinoamericanas –con excepción de Argentina,¹⁴³ Colombia,¹⁴⁴ Ecuador,¹⁴⁵ México,¹⁴⁶ Uruguay¹⁴⁷ y Brasil,¹⁴⁸ donde por definición histórica, el matrimonio se había concebido como la unión de un hombre y una mujer, concepto que fuera creado muchas décadas antes de que surgieran los reclamos sociales de los homosexuales por acceder a tener la misma eficacia en sus derechos humanos a aquella con que contaban ya, los heterosexuales y por supuesto, antes de que el Derecho Civil abordara su estudio.

Los Estados que encuadran dentro de las legislaciones reguladoras que reconocen al matrimonio homosexual con los mismos derechos al del heterosexual son, en concordancia con Medina, los que hallan la forma más sencilla de dar solución a la exigencia de este grupo, toda vez que el matrimonio goza de un estatuto completo, basta con remitir la unión marital homosexual a éste, o decir que el matrimonio es la unión entre dos personas, para entender que gozan de los mismos derechos que por siglos se le ha reconocido a aquél compuesto por un hombre y una mujer.¹⁴⁹

Respecto de la postura que niega categóricamente al matrimonio homosexual cualquier equiparación con el heterosexual, se puede ejemplificar con la ley federal que los Estados Unidos de Norteamérica, promulgó en *The defense of marriage act* –Ley para la Defensa del Matrimonio, la cual obtuvo 342 votos contra 67 en la Cámara de Representantes y 85 contra 14 en el Senado, el 12 de julio de 1996– y por la cual, ningún Estado está obligado a reconocer como

¹⁴³ Véase: SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, pp. 326-327 y ley 26618, consultable en: <http://www.boletinoficial.gov.ar/inicio/index.cfm?i=1&lc=22072010>

¹⁴⁴ Véase: <http://www.ogmagazine.com.ar/versosindisponible.php?idN=340> y <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

¹⁴⁵ Ver artículos 66, 67 y 68 de la Constitución del Ecuador, disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion-de-bolivia.pdf> consultada el 20 de enero de 2012.

¹⁴⁶ Véase engrose de la acción de inconstitucionalidad 02/2010, nota 67

¹⁴⁷ Consúltense la Ley 18246, disponible en: <http://www01.parlamento.gub.uy/leyes/ Acceso:TextolEY.asp?Ley=18246&Incluir=>, consultada el 28 de enero de 2012.

¹⁴⁸ Véase: http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2011/05/110504_ultim_brasil_uni01_civil_gays_jrg.shtml consultada el 20 de febrero de 2012.

¹⁴⁹ MEDINA, *op. cit.*, nota 141, p. 99. Aunque Bélgica y Portugal también reconocen los matrimonios gay, no les otorga a éstos, el derecho de la adopción.

matrimonio a las uniones concubinarias del mismo sexo, aun cuando otro lo haga.¹⁵⁰

Colombia, Francia y la comunidad de Aragón en España, encajan dentro de los países que regulan la unión homosexual en forma conjunta con el concubinato heterosexual.

Cataluña será un ejemplo de normatividad que regula las uniones homosexuales en forma independiente.

En algunos casos, esta regulación provendrá directamente del órgano legislativo –sea Parlamento o Congreso– a través de una reforma constitucional o en el Código Civil o Familiar. En otros, será por medio del reconocimiento judicial que se obtenga, resultado del juicio que en lo particular, inició alguien que sintió un detrimento en sus derechos humanos. Tal vez sea más loable el primero de ellos, aunque el segundo es muestra de la independencia que pueda llegar a haber en la división de poderes en un país, y sobre todo, de la importancia que un Estado le dé a los derechos humanos de sus habitantes.

Existen también, por otro lado, países que han prohibido tajantemente cualquier reconocimiento a estas uniones y, en consecuencia, a los derechos al acceso a la seguridad social que pudieran llegar a tener. Ejemplo de ello lo son Puerto Rico y, Estados Unidos de Norteamérica en los siguientes Estados: Kentucky, Iowa, Illinois, West Virginia, Delaware, Utah.

3.1. Países que reconocen el derecho a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo

Como ya se adelantaba, existen algunos países en los que el matrimonio se permite, estos son: Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca, Sudáfrica, Canadá, Argentina, Inglaterra e Israel.

Esta figura jurídica se permitió a raíz del año 2001, cuando Holanda, aprobó el matrimonio a este tipo de parejas. A partir de ahí, once países han seguido su

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 104-106. Cabe mencionar que algunos estados como Vermont, California, aunque luego se hubiere prohibido- Massachusetts, Iowa, Connecticut, New Hampshire, Distrito de Columbia han emitido leyes que autorizan el matrimonio entre personas del mismo sexo, y reconociéndoles los mismos derechos que se otorgan al matrimonio conformado por un hombre y una mujer. Cfr. SILVA MUÑOZ, Juan, *op.cit.*, nota 25, pp. 324, 328-321.

ejemplo, en tanto otros un poco más tímidos, han optado por reconocer civilmente a este tipo de uniones, a fin de no contrariar su orden normativo o para no caer en situaciones en las que la sociedad no esté conforme.

Desde luego, el estudio de la legislación en los países que se ha contemplado como matrimonio, no es exhaustiva, es un estudio panorámico a fin de dar un bosquejo de la situación jurídica que esta figura guarda en los citados Estados.

3.1.1. Holanda

Este es el primer país en el mundo que reconoció el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio.¹⁵¹

Previo a ello, en 1997 su Parlamento sancionó la *Registered partnership law* –ley de registro de parejas– abierta tanto a parejas del mismo sexo como a las heterosexuales que desean el reconocimiento a su unión civil, con efectos similares a los otorgados por el matrimonio, con excepción de la adopción.¹⁵²

Posteriormente, en septiembre del 2000, la Cámara Baja del Parlamento aprobó la ley que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁵³ y la envió al Senado, el cual, el 19 de diciembre del mismo año votó por mayoría para la aprobación del proyecto de ley¹⁵⁴ y entró en vigor el 1 de abril de 2001.¹⁵⁵ misma que, entre las disposiciones legales que modificó fue el Código Civil, en cuyo artículo 30, párrafo segundo ahora señala que “el matrimonio puede ser celebrado por dos personas de distinto o del mismo sexo”¹⁵⁶

¹⁵¹ Tomado de: <http://www.nytimes.com/2000/12/20/world/same-sex-but-homosexual-couples-gain-marriage-and-adoption-rights.html> consultado el 28 de septiembre de 2012.

¹⁵² MEDINA, *op. cit.*, nota 141, pp. 109-110.

¹⁵³ Conocida como la Dutch Act on the Opening Up for Marriage for Same-Sex Partners o Ley sobre la Apertura del Matrimonio a Personas del Mismo Sexo, en realidad fue una modificación al Código Civil. Tomado de: <http://media.leidenuniv.nl/legacy/translation/~/media/~/Dutch/~/20law/~/20law/~/20same-sex/20marriage.pdf> consultado el 30 de septiembre de 2012.

¹⁵⁴ Tomado de: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1078821.stm> consultado el 28 de septiembre de 2012.

¹⁵⁵ Masha Antokolskaia and Katharina Boele-Woelki, *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-Setting and Struggling behind at the Same Time*, vol. 6.4 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2002), <http://www.ejcl.org/64/art64-5.html>, p. 54, consultado el 30 de septiembre de 2012.

¹⁵⁶ Dutch Act on the Opening Up for Marriage for Same Sex Partners, *op. cit.*, nota 153 y, RODRIGUEZ MARTÍNEZ, Eli, “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, Sección de Artículos, 2011, p. 213.

Es decir, que el régimen jurídico del matrimonio siguió siendo unitario; los beneficios fiscales, sucesorios y de adopción contemplados para los matrimonios de parejas heterosexuales se aprobaron para las del mismo sexo.

3.1.2. Bélgica

Este país fue el segundo en el mundo en permitir la unión de dos personas del mismo sexo mediante el matrimonio, a través de la ley de 13 de febrero de 2003,¹⁵⁷ la cual reformó el artículo 143 del Código Civil para quedar como sigue: "Dos personas de sexo opuesto o del mismo sexo pueden contraer matrimonio".¹⁵⁸ Como consecuencia, todos aquellos derechos inherentes a los matrimonios entre hombre y mujer se reconocieron para las uniones celebradas entre personas del mismo sexo (cabe aclarar que en un inicio el derecho a la adopción les estuvo vedado, mismo que se permitió posteriormente mediante reforma de abril del 2006) a fin de darles validez jurídica.¹⁵⁹

Para ello, se basó en lo dispuesto en el artículo 11 de su constitución,¹⁶⁰ el cual garantiza la igualdad, el acceso a las libertades y derechos que su constitución otorga, el diverso 22, el cual menciona que todos tienen el derecho al respeto de su vida privada y su familia¹⁶¹ y el numeral 23, en el que se reconoce el derecho de toda persona a vivir una vida con dignidad, uno de esos derechos, es el acceso a la seguridad social, al cuidado de la salud y a la ayuda médica, social y legal.¹⁶²

¹⁵⁷ Disponible en:

<http://www.marriageequality.ie/download/pdf/07%20liga%20europ%20entre%20pa%20se%20reconocimiento%20de%20parejas%20del%20mismo%20sexo%20septiembre%2030%20del%202003>. Consultado el 29 de septiembre de 2012.

¹⁵⁸ SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, p. 321.

¹⁵⁹ Véase <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4929604.stm> consultada el 10 de octubre de 2012.

¹⁶⁰ Artículo 11 de The Belgian Constitution.- Enjoyment of the rights and freedoms recognized for Belgians must be provided without discrimination. Tomado de:

http://www.dekamer.be/kevcr/pdf_sections/publications/constitution/groenboekLA.pdf Constitución de Bélgica, actualizada al 10 de septiembre de 2012.

¹⁶¹ *Ibidem*, artículo 22.- Everyone has the right to the respect of his private and family life, except in the cases and conditions determined by law.

¹⁶² *Ibidem*, numeral 23.- Everyone has the right to lead a life in keeping with human dignity. To this end, the laws, federate laws and rules referred to in Article 354 guarantee economic, social and cultural rights, taking into account corresponding obligations, and determine the conditions for exercising them. These rights include among others: 1o. ... 2o, the right to social security, to health care and to social, medical and legal aid.

3.1.3. España

Es sin duda, uno de los países pioneros en diversos temas, como la reproducción asistida, el reconocimiento a las minorías y el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para efectos del presente capítulo, es necesario citar los preceptos de su Carta Magna y las legislaciones secundarias que reglamentan los derechos mencionados.

Así, el artículo 10 de su Constitución señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social, que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; en el artículo 32, se reconoce el derecho al hombre y a la mujer de contraer matrimonio,¹⁶² e indica que la ley –el Código Civil– será la encargada de regular las formas de matrimonio, edad y capacidad para contraerlo, en el precepto 43, fracción I, reconoce el derecho a la protección de la salud, mientras que el numeral 41 establece que “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social¹⁶⁴ para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y*

¹⁶¹ Tomado de: <http://www.derechos.org/nizkor/constitucion/articulo3201.html>. Consultado el 10 de septiembre de 2012.

¹⁶² Un concepto de Seguridad Social se encuentra en el artículo 55 de la Ley General de la Seguridad Social, Artículo 55. Concepto.

1. La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones.

En las mismas condiciones, en los casos de separación judicial o divorcio, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación.

Reglamentariamente se determinarán las condiciones de la prestación de asistencia social al cónyuge e hijos, en los casos de separación de hecho, de las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social.

2. La asistencia social podrá ser concedida por las entidades gestoras con el límite de los recursos consignados a este fin en los Presupuestos correspondientes, sin que los servicios o auxilios económicos otorgados puedan comprometer recursos del ejercicio económico siguiente a aquel en que tenga lugar la concesión. Disponible en: <http://www.seg-social.es/Internet/1/Normativa/095093/55/Source/5503/11330/documentoPDF.m?> consultado el 10 de septiembre de 2012.

prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres."

Luego, es la Ley General de Seguridad Social, la que en su precepto 7, apartado 1, señala que serán sujetos de la protección de seguridad social todos los españoles residentes en ese país, así como los extranjeros que residan o se encuentren en forma legal en él, independientemente de su sexo, estado civil y profesión, siempre y cuando estén dentro de los siguientes dos supuestos:¹⁶⁵

a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶⁶ en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral.

b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas.

Por otro lado, reconoce a los cónyuges, el derecho de auxilio por defunción,¹⁶⁷ a la pensión de viudedad¹⁶⁸ y de indemnización especial a tan alto grado.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *Ibidem*, artículo 7.

¹⁶⁶ Este artículo señala que "1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario", tomado de http://www.empleo.gob.es/es/sec/leyes/trabajo/estatuto/dto_14_14_01/estatuto.pdf consultado el 10 de septiembre de 2012.

¹⁶⁷ Artículo 173 de la Ley General de Seguridad Social - Auxilio por defunción. El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: Por el cónyuge superviviente, hijos y parientes del fallecido que convivan con el habitualmente. Tomado de la página web http://www.seg-social.es/Internet/1/Normativa/095093?ssSource=NodeId_11190&documentoPDF consultada el 10 de septiembre de 2012.

¹⁶⁸ *Ibidem*, artículo 174.-Pensión de viudedad.

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994, Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social 80 de 129 fallecer se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se cobrará ningún período previo de cotización.

La legislación española en cita también se encarga de establecer situaciones especiales, tales como la compatibilidad y límite de las prestaciones.¹⁷⁰

Ahora, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 del Código Civil – reformado por la Ley 13/2005– según el cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, se advierte que las disposiciones anteriormente reseñadas aplican al matrimonio entre personas del mismo sexo en España. Esto significa que, todas las disposiciones citadas anteriormente, se entienden referidas a los matrimonios

No obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente, aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrara en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años.

2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el separación o el divorcio.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

¹⁷⁰ *Ibidem*, numeral 177.-Indemnización especial a tanto alzado:

1. En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley.

En los supuestos de separación o divorcio será de aplicación, en su caso, lo previsto en el apartado 2 del artículo 174 de esta Ley.

2. Cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, percibirán la indemnización que se establece en el apartado 1 del presente artículo.

¹⁷¹ *Ibidem*, Artículo 179.-Compatibilidad y límite de las prestaciones:

1. La pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo.

2. La pensión de orfandad será compatible con cualesquier renta de trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la percepción de la pensión de orfandad será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, de limitado en el apartado segundo del artículo 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. La percepción de la pensión quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones.

3. Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar, entre una u otra.

4. La suma de las cuantías de las pensiones de viudedad y orfandad no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 120, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones de viudedad y orfandad que procedan en lo sucesivo, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 48 de esta Ley.

5. Reglamentariamente se determinarán los efectos de la concurrencia en los mismos beneficiarios de pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre.

entre personas del mismo sexo, tal y como se desprende de la exposición de motivos de la citada legislación, de los cuales destaca lo siguiente:

... la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos p.2 y 10.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja... por otra parte y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, **todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por personas de distinto sexo.**...

Esta ley de 1 de julio de 2005 introduce el matrimonio entre personas del mismo sexo en este país. En el apartado segundo de su artículo 44 establece: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".¹⁷²

El objetivo de ésta fue eliminar la discriminación subyacente ejercida sobre el grupo homosexual, al negárseles con anterioridad su acceso al matrimonio.

¹⁷² Tomado de la exposición de motivos de la Ley 13/2005 de 18 de julio de 2005. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2005.html consultado el 10 de septiembre de 2012.

¹⁷³ Sin embargo, cabe aclarar que no fue este el primer esbozo de protección a los matrimonios homosexuales. Ya en 1994 se hizo la primera inscripción oficial de parejas homosexuales tras la creación del Registro Municipal de Vitoria. Cf. MARTÍN SÁNCHEZ, María, "El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2006, t.5, número 1999, 2010, p. 250.

Es importante mencionar el reconocimiento que la legislación española ha brindado al extender los servicios de salud a los matrimonios homosexuales, cumpliendo con ello con el artículo 1.1. de la Constitución Española.¹⁷³

3.1.4. Canadá

En este país, aunque el 16 de junio de 1999 se sancionó en el Parlamento de Quebec la ley 32 que modifica las leyes y reglamentos que contemplan la situación del cónyuge de hecho equiparando las uniones homosexuales a las heterosexuales,¹⁷⁴ el impulso inicial no fue del legislador, sino de los tribunales. En este mismo año, específicamente, el 20 de mayo de 1999, el Tribunal Supremo de Canadá emitió un fallo por el cual decidió que la Ley de Familia de Ontario al definir la palabra *spouse* como una persona del sexo contrario era inconstitucional.

Posteriormente, en 2003, algunos tribunales provinciales comenzaron a estimar que la exigencia tradicional de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y, por consiguiente, inconstitucional.

Al respecto, el Gobierno solicitó un dictamen al Tribunal Supremo Federal el cual lo emitió el 9 de diciembre de 2004 afirmando que una reforma que permitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no iría en contra de la *Charter of Rights*. Como consecuencia de ello, el parlamento aprobó la Ley Federal de 20 de julio de 2005, también conocida como Ley C-38, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo, con los mismos derechos y deberes que tienen las de distinto sexo¹⁷⁵, redefiniendo el concepto de matrimonio como la unión legal entre dos personas, reformando otros ordenamientos para asegurar la igualdad en el acceso de las parejas del mismo sexo a los efectos civiles del matrimonio y del divorcio¹⁷⁶.

¹⁷³ Artículo 1.1. de la Constitución de España: 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31170> consultado el 29 de septiembre de 2012.

¹⁷⁴ MEDINA, *op. cit.*, nota 141 p. 127.

¹⁷⁵ DIEZ-PICAZO, Luis María. *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Abril 2007, p. 3.

¹⁷⁶ SILVA MEZA, *op. cit.* Nota 25, p. 325.

3.1.5. Sudáfrica

El matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en Sudáfrica el 30 de noviembre de 2006, cuando se promulgó la Ley de Uniones Civiles – conocida también como Ley 17.2006 *Civil Union Act*- la cual es resultado de la resolución de la Corte Constitucional emitida el 1 de diciembre de 2005 en los casos CCT 60/04 (*Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*) y CCT 10/05 (*Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen others v. Minister of Home Affairs and others*)¹⁷⁷ por la cual se resolvió que las parejas del mismo sexo pueden gozar de las mismas condiciones, derechos y responsabilidades que disfrutaban las parejas heterosexuales, ya que de no ser así, se violentaría su derecho a una igual protección ante la ley y su dignidad humana, al no reconocerse los matrimonios entre homosexuales; asimismo se ordenó al Parlamento que expidiera una ley en la que se reconociera las condiciones, beneficios y responsabilidades de este tipo de matrimonios, otorgándole un plazo de doce meses para que la promulgara.¹⁷⁸

Sudáfrica se convirtió así en **el primer país del continente africano en permitir el matrimonio homosexual.**

3.1.6. Noruega

Las uniones civiles entre personas del mismo sexo estaban permitidas desde agosto de 1993 –mediante la *Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples*- y se les conocía como Sociedades en Convivencia, mismas que reconocían algunos derechos a sus integrantes, sin embargo, la protección total a este tipo de uniones se llevó a cabo cuando entró el 1 de enero de 2009 en vigor la Ley sobre el Matrimonio Común, de 27 de junio de 2008,¹⁷⁹ por la que se aprobó el matrimonio entre personas del mismo sexo, al modificar la definición de matrimonio civil haciéndolo neutral al género, al reformar el artículo

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 324.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 331.

¹⁷⁹ Tomado de la página web del Parlamento noruego, disponible en: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/bla/dok/regpubl/ottp/2007-2008/otpp-ar-33-2007-2008-15.html?id=502804> Consultado el 20 de septiembre de 2012.

to. de la Ley de Matrimonio en Noruega, de 4 de julio de 1991, para quedar como "dos personas de sexo opuesto o del mismo sexo pueden contraer matrimonio".¹⁸⁰

Otro de los cambios que introdujo esta reforma, es que se les otorgaron todos los derechos y responsabilidades de un matrimonio civil, incluida la adopción¹⁸¹ y los procedimientos de reproducción asistida, para el caso de dos mujeres que se casaran, contemplando para ambas todos los derechos de maternidad desde el momento de la concepción.¹⁸²

Por otro lado, la *National Insurance Act of 28 February 1997 No. 19* estipula en su sección 1-5 los beneficios de seguridad social a los que tienen derechos los esposos entre sí, incluyendo inicialmente, a los que hubieren registrado su pareja de hecho y, posteriormente se hubiere convertido o hayan celebrado matrimonio.¹⁸³

Finalmente, respecto de las parejas que celebraron las sociedades en convivencia previa la entrada en vigor de la ley que permite el matrimonio, sus derechos se dejaron a salvo, con la opción de que pueden cambiar al régimen matrimonial, en el momento que así lo deseen.

3.1.7. Dinamarca

Este país es el primero a nivel mundial en reconocer las uniones de hecho conformadas por parejas del mismo sexo. lo anterior, al haber sancionado el 1 de junio de 1989 su ley número 372 "*Registered Partnership Act*",¹⁸⁴ la cual entró en vigor el 1 de octubre siguiente, en la que, entre lo más relevante, establece que dos personas del mismo sexo podrán registrar su pareja de hecho, registro que tendrá los mismos efectos legales como si hubieran celebrado matrimonio, así como también señala que las provisiones contenidas en el resto de la legislación

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 322-323. Cabe aclarar que a través de este cambio en la Ley sobre el Matrimonio Civil se permitió a los matrimonios homosexuales tener ceremonias religiosas, pues el Parlamento autorizó al clero y a las congregaciones civiles para celebrarlos.

¹⁸¹ Esta se permitió mediante reforma de 1 de junio de 2001.

¹⁸² Tomado de: <http://www.publico.es/127056/noruega-aprueba-el-matrimonio-homosexual> consultado el 20 de septiembre de 2012.

¹⁸³ Consultado el 20 de septiembre de 2012, en la página web del Parlamento noruego http://www.regjeringen.no/upload/AD/publikasjoner/veiledninger_forsyker_2011/lovovre_engelsk_2011.pdf

¹⁸⁴ Disponible en: <http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm> consultada el 20 de septiembre de 2012.

danesa, relativas al matrimonio y los esposos, se aplicarán en forma similar a las parejas de hecho registradas así como a sus integrantes.¹⁸⁵

Posteriormente, el 7 de junio de 2012,¹⁸⁶ el Parlamento en este país aprobó la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual entró en vigor el 15 de junio de ese mismo año,¹⁸⁷ con ello Dinamarca garantiza a estas parejas, la efectividad de los derechos humanos contenidos en los distintos tratados internacionales que ha suscrito y se suma a los países que han permitido el matrimonio a estas minorías, además de dar la opción a las parejas de hecho registradas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, de conservar su relación en tal forma o de cambiarla al matrimonio.¹⁸⁸

3.1.8. Suecia

Este país, en 1987, por primera vez en su historia, decidió legislar sobre la cohabitación extramatrimonial mediante la Ley 232 del hogar Común de Cohabitanes Extramatrimoniales, que regulaba las relaciones heterosexuales y, al mismo tiempo, dictó la Ley de Cohabitanes Homosexuales mediante la cual se establecía que todo lo relativo a las parejas heterosexuales que cohabitan, se aplicaría a las uniones homosexuales. El fin era evitar crear matrimonios de segunda clase y ofrecer una forma legalmente regulada para solucionar los conflictos que pudieran surgir de la cohabitación extramatrimonial.¹⁸⁹

Posteriormente, en 1994, se promulga la *Lag (1994 1117) om registrerat partnerskap* –Ley de Sociedades en Convivencia- la cual entró en vigor el 1 de enero de 1995 y establece que dos personas del mismo sexo pueden solicitar el registro de situación como pareja de hecho. A través de ella, estas parejas acceden a las mismas protecciones, responsabilidades y beneficios que le son inherentes al matrimonio, además que les abre la posibilidad de poder adoptar.

¹⁸⁵ Artículos 1o., 3o. y 6o. de la Registered Partnership Law.

¹⁸⁶ Tomado de <http://cphpost.dk/news/national-gay-marriage-decision/> consultado el 20 de septiembre de 2012.

¹⁸⁷ Tomado de: <https://www.reisinformatio.dk/Forms/RU-10.aspx?id=142282> consultado el 20 de septiembre de 2012.

¹⁸⁸ Consultado el 20 de septiembre de 2012 en la página web de ILGA Europe: <http://www.ilga-europe.org/home/guide/country-by-country/denmark/same-sex-marriage-in-denmark>

¹⁸⁹ MEDINA, *op. cit.*, nota 141, p. 108.

En su capítulo I, artículo 1 señala que dos personas del mismo sexo pueden solicitar su registro como pareja de hecho.¹⁹⁰ también señala que las disposiciones del capítulo 4, secciones 5, 7 y 8, del Código de Matrimonio y sus reglamentos aplicarán a estas parejas de hecho; en el artículo 10, del capítulo 3 dispone que las parejas de hecho registradas tendrán los mismos efectos legales como si fueran un matrimonio.¹⁹¹

Sin embargo, en el 2009, esta ley fue derogada, al aprobarse la similar que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.¹⁹² Esta ley sobre el Matrimonio Común (de sexo neutro) de 1 de abril de 2009 modificó la definición de matrimonio contemplada en el Código Marital 1987:230, eliminando la diversidad de sexos para quedar "aquellos que se casen mutuamente serán esposos". El cúmulo de derechos contemplados para los matrimonios entre homosexuales se señala así, en los mismos términos que para los heterosexuales.¹⁹³

Como se señaló en el caso de Noruega, este país también derogó la Ley de sociedades en convivencia, dejando a salvo los derechos adquiridos anteriores a dicha fecha, para dar oportunidad a quienes así lo decidieran, de contraer matrimonio.¹⁹⁴

3.1.9. Islandia

Este país en el año de 1996 aprobó una ley que permitió el registro de las uniones civiles de las parejas conformadas por parejas del mismo sexo –también conocida como *Registered Partnership Act* o *RPAct*-, con el fin de darles

¹⁹⁰ *Ibidem*, 109.

¹⁹¹ Capítulo 3, artículo 10, en "Efectos legales de las parejas de hecho registradas", tomado del libro online "Legal recognition of same-sex couples in Europe, edited by Katharina Beck-Wiesche and Angelina Fuchs, p. 222. Disponible en:

<http://books.google.com.mx/books?id=mc17C7jg1DAB&pg=PA1220&pg=PA1220&dq=Registered+Partnership+Act+1994+1117+sweden&source=bl&ots=4redhoVHre&sig=FA1b68V44hko7a2JRTy4PAAkId-en&as=X&ei=M9oUPX1D0yAHNRYDw&sp=2&ved=0CCcQ61EwIw&oi=snpago&pg=Registered%20Partnership%20Act%201994%3A1117%20sweden&f=false> consultado el 20 de septiembre de 2012.

¹⁹² Cfr. <http://www.svecken.gov.se/shotid/12680+138344+verksamhet+cookie+true> <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=2034&artikel=2739765> consultados el 20 de septiembre de 2012.

¹⁹³ SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, p. 323.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

reconocimiento en forma legal, es decir, se les reconoció los derechos inherentes a los del matrimonio entre heterosexuales, con la salvedad de la adopción.¹⁹⁵

Posteriormente, el 11 de junio de 2010, siguiendo el ejemplo de Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia y Portugal, el Parlamento de este Estado aprobó por unanimidad¹⁹⁶ una ley –ley única de matrimonio o ley de matrimonio neutral cuya vigencia inició el 27 de junio de 2010.¹⁹⁷ que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, equiparando así, los derechos y obligaciones de los matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer, incluyendo, desde luego, lo relacionado con los servicios de seguridad social y seguros de vida. En consecuencia, la legislación de 1996 quedó derogada.¹⁹⁸

Es de resaltar que el artículo 90. de la Ley del Seguro Social 117/1993 señala que las personas en Islandia se considerarán aseguradas en lo individual, esta regla, en relación al matrimonio, aplicará en forma distinta cuando uno de los consortes solicite que se asegure a su conyuge mediante los beneficios de seguridad social que éste tenga.¹⁹⁹

3.1.10. Argentina

Este país fue el primero²⁰⁰ en Latinoamérica en reconocer los matrimonios gay con los mismos derechos que el matrimonio tradicional, al publicar la Ley

¹⁹⁵ Para mayor información, véase: <http://eng.domstiftadadmetti.is/laws-and-regulations>, http://sociedadelpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_NSO215.html y <http://eng.inmatrskvradmetti.is/laws-and-regulations/english/marriage-and-civil-union-no-112> consultadas el 27 de septiembre de 2012.

¹⁹⁶ Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/11/internacional/1276277792.html> consultada el 27 de septiembre de 2012.

¹⁹⁷ SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, pp. 323-324.

¹⁹⁸ Véase: <http://www.publio.es/internacional/319776/islandia-quita-el-matrimonio-homosexual> consultado el 27 de septiembre de 2012.

¹⁹⁹ Cf. KIES Waaldijk (ed.), John Asland, *More or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*, Institut National d'Études Démographiques, Paris, 2005, pp. 127-128.

²⁰⁰ Para llegar a ello, se recorrió un largo camino, la asociación Gays por los Derechos Civiles, en los noventa trató de impulsar un proyecto de ley de matrimonio civil que no tuvo resultados. Posteriormente, el 11 de diciembre de 1998, se presentó uno nuevo, pero ahora sobre uniones registradas a nivel nacional, el cual no fue discutido, aun cuando fue impulsado, en consecuencia, perdió status parlamentario por lo que se presentó nuevamente en 2000, 2002 y 2004. El 12 de diciembre de 2002 se aprobó en la Ciudad de Buenos Aires el proyecto de unión civil presentado por la Comunidad Homosexual Argentina, el cual, aun cuando tenía alcances limitados, sirvió como empuje para que las parejas del mismo sexo pudieran reclamar sus derechos a nivel nacional, lo cual se vio reflejado al momento en que, posterior a la reforma antes citada, la Provincia de Río Negro y las Ciudades de Carlos Paz y Río Cuarto en la Provincia de Córdoba aprobaron por

26.618 que modificó algunos artículos del Código Civil,²⁰¹ entre otros, el numeral 172, el cual fue sustituido y en cuyo segundo párrafo señala "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo", como cláusula complementaria, en el artículo 42 de la citada ley se establece lo siguiente:

todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por dos personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.²⁰²

Un ejemplo de ello, es la disposición contenida en el artículo 53 de la Ley 24241,²⁰³ llamada Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones de carácter general –aplicable a los trabajadores dependientes públicos y privados y a los trabajadores autónomos, así como los regímenes especiales de docentes, investigadores, científicos y técnicos, magistrados y funcionarios del Poder Judicial–, en el que designa quienes gozarán de pensión en caso de muerte del

su parte, leyes de uniones civiles. Tiempo después, en 2008, la Comunidad Homosexual Argentina, presentó su proyecto de ley de unión civil nacional que incorporaba los derechos de pensión, patria potestad compartida, herencia, beneficios provisionales y de obra social, para las parejas del mismo o distinto sexo, con un régimen distinto al matrimonio, en el que no se prevén la monogamia, contrato conyugal, ni la anulación por la existencia de determinadas condiciones de salud, ese proyecto también perdió status al año siguiente de su presentación. Luego, en el 2007 se presentaron dos proyectos de ley que permitían el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción. Al año siguiente, integrantes de la Comunidad Multicultural, se casaron en España, como estrategia política para impulsar la aprobación de estas leyes, lo cual sucedió, en la Cámara de Diputados, el 5 de mayo de 2010, con una votación cerrada: 125 votos a favor, 109 en contra y 6 abstenciones; en el Senado fue aprobado el 15 de julio siguiente de la siguiente forma: 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. Finalmente, tal reforma al Código Civil implementa un régimen igualitario que modificó sensiblemente la situación legal de las parejas homosexuales en Argentina. Tomado de: Silva Meza, *op. cit.*, nota 25, pp. 326-327.

²⁰¹ Cfr. En la página web del Boletín Oficial de la República de Argentina <http://www.boletinoficial.gov.ar/bucon/index.castle?s=1&le=220>, 2010. Consultada el 20 de septiembre de 2012.

²⁰² *Idem.*

²⁰³ Ley 24241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, disponible en: <http://www.boletinoficial.gov.ar/bucon/index.castle> consultada el 29 de septiembre de 2012.

jubilado, beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad: la viuda, el viudo, la conviviente, el conviviente, los hijos solteros, entre otros.

Aplica también a los matrimonios entre personas del mismo sexo, lo señalado en las leyes 24714 y 23660.²⁰⁴

No hay que soslayar el hecho de que Argentina, mediante reformas a su Constitución realizadas en 1957, introdujo el seguro social obligatorio para que el trabajador y su familia tuvieran una protección real en caso de contingencias.²⁰⁵

3.1.11. Uruguay

El 10 de enero de 2008, se publicó en el Diario Oficial la ley 18246 que define a la unión concubinaria como la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera que sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí.²⁰⁶

Dentro de las formalidades propias de esta figura jurídica, está el requisito de una declaración jurada ante la autoridad competente que certifique su convivencia.²⁰⁷ Asimismo, es de las pocas instituciones civiles en América Latina que permite a las parejas homosexuales la adopción.

Esta ley dispone que los concubinos se deben asistencia personal y material, que están obligados a contribuir a los gastos del hogar, tienen derechos sucesorios y se incluyen los de seguridad social, aunque es de importancia señalar que para que la unión concubinaria confiera los derechos a los que se han mencionado, debe de obtener su reconocimiento judicial a fin de estipular exactamente la fecha en que inició la unión y los bienes que se hayan adquirido,

²⁰⁴ Disponibles en: http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Indice_castle_ley_24714_y y http://www.boletinoficial.gov.ar/Login/Ingresar_castle consultadas el 29 de septiembre de 2012.

²⁰⁵ CIPOLLETA, Graciela E., "La seguridad social en la República Argentina", en *El futuro de la seguridad social y el impacto del convenio núm. 102 sobre normas mínimas de seguridad social en Latinoamérica*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, número 8, Enero-Junio, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2009, pp. 3-7.

²⁰⁶ Artículo 2o. de la Ley 18246, disponible en: <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccessoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor>, consultada el 28 de septiembre de 2012.

²⁰⁷ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, *op. cit.*, nota 156, p. 223.

para determinar la sociedad de bienes que se sujetarán a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal o por la que hayan optado los convivientes.

También es importante resaltar que ésta, es una de las legislaciones que **expresamente** establece disposiciones sobre la seguridad social, las cuales se encuentran en los artículos 14 a 21 de la Ley 18246 y, que contempla entre ellas, el derecho a la pensión alimenticia, de viudedad, de sobrevivencia, coberturas de seguros en tratamientos odontológicos tanto al cónyuge como a los hijos del matrimonio.²⁰⁸

En el mismo sentido falló una Jueza al reconocer el matrimonio celebrado en España, entre un uruguayo y un español, el cual obtuvo el reconocimiento de su validez mediante esta sentencia, pues la juzgadora consideró que la ley que permite las uniones civiles, en una interpretación amplia de los derechos humanos, también permite reconocer matrimonios celebrados en el extranjero en el que uno de los cónyuges es de nacionalidad uruguaya.²⁰⁹

Finalmente, el 10 de abril de 2013 la Cámara de Diputados aprobó la Ley N° 19.119 por la cual se permite el matrimonio igualitario y se modificaron varios artículos de distintas leyes, estas reformas entraron en vigor el 5 de agosto de ese mismo año.²¹⁰

3.1.12. Inglaterra

En este país, desde el 17 de julio del 2013, las parejas gay ya tienen la opción de contraer matrimonio y no solamente constituir una "pareja civil" (*Civil partnership*), en la que tienen casi todos los derechos que un matrimonio heterosexual, respetando con la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, el

²⁰⁸ En términos generales, las reformas modificaron las leyes que solamente se referían a los cónyuges (hombre y mujer) para hablar en género neutro o incluir a los compañeros civiles como beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia –en caso de fallecimiento del cónyuge–, a partir del año siguiente al en que entró en vigor la ley 18426, es decir, a partir del 2009.

²⁰⁹ Para mayor referencia léase <http://www.telesuruy.net/articulos/2012/06/12/uruguay-reconoce-legalidad-del-matrimonio-homosexual-celebrado-en-el-extranjero-4032.html> consultada el 29 de septiembre de 2012.

²¹⁰ Véase: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=19119&Anho=> consultado el 19 de junio de 2013.

derecho que tienen todas las personas de elegir con quien casarse y compartir su vida.²¹¹

En el artículo 1o. de la legislación citada, se señala que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal. Sus efectos son los mismos que los celebrados entre personas de diferentes sexos,²¹² incluyendo los beneficios para los viudos y viudas o parejas que sobrevivan a la muerte de su concubina o concubinario.

Con la promulgación de esta ley, también se originaron cambios en las diversas de Contribuciones de Seguridad Social y Beneficios, de Pensiones y la de la fertilización asistida.²¹³ Lo anterior, al establecerse que, aquellas normas que hagan referencia a los cónyuges (hombre y mujer) se entenderá también a los consortes del mismo sexo.

El antecedente de este suceso, es la *Civil Partnership Act 2004*,²¹⁴ la cual, en su artículo 1o. señala que la Union Civil de Pareja de Hecho, es la relación entre dos personas del mismo sexo (a quienes también se les denomina Compañeros civiles). La promulgación de esta ley modificó a su vez varias legislaciones existentes para que fueran congruentes con la creación de esta figura jurídica y así asimilar los efectos de ésta, a los del matrimonio, entre ellas, la *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*,²¹⁵ *Social Security Administration Act 1992*²¹⁶ y *Family Law Act 1996*²¹⁷ entre otras, donde se añadió el término *civil partner* a los de esposo o esposa, al referirse a los beneficios de seguridad social, pensiones, pensiones por viudedad, bonos de navidad, en general, sin dejar de lado la reducción de impuestos a los compañeros civiles.

²¹¹ Véase la página web del Gobierno del Reino Unido http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf, consultado el 22 de septiembre de 2013 y, <http://www.bbc.co.uk/news/uk-18407568> página web de BBC news, consultado el 11 de julio de 2012.

²¹² *Ibidem*, part 1, subsección 11, (1) "in the law of England and Wales, marriage has the same effect in relation to same sex couples as it has in relation to opposite sex couples."

²¹³ *Ibidem*, part 3, subsección 21.

²¹⁴ Disponible en la página web del Gobierno del Reino Unido: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf, consultado el 20 de septiembre de 2012.

²¹⁵ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/4/section/20/enacted>, consultado el 20 de septiembre de 2012.

²¹⁶ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/5/contents/enacted>, consultado el 20 de septiembre de 2012.

²¹⁷ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/contents>, consultado el 20 de septiembre de 2012.

Finalmente, cabe destacar que el numeral 9o. de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, da la opción a aquellas parejas que hayan celebrado una *civil partnership* de convertirse en matrimonio, al seguir el procedimiento que señale la Secretaría de Estado para ello.

3.1.13. Estados Unidos de Norteamérica

En este país, la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las uniones homosexuales. Existe, sin embargo, una ley federal conocida como la Ley para la Defensa del Matrimonio –*Defense of Marriage Act* de 1996- la cual, en su sección 3, define al matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer.

A principios de la década de los noventa, con la sentencia de *Baehr v. Lewin*, el Tribunal Supremo de Hawaii reconoció el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio. A raíz de este pronunciamiento se incorporaron en las subsiguientes sentencias, beneficios sociales y el derecho a contraer matrimonio por parte de parejas homosexuales.²¹⁸

Ejemplo de ello lo es, la emitida el 20 de diciembre de 1999 por el Tribunal Supremo de Vermont, dentro del caso *Baker v. State*, por la cual consideró que el principio de igualdad prohibía la exclusión de los homosexuales de los beneficios y protecciones asociados al matrimonio, sustentando que las disposiciones legales sobre el matrimonio se mantendrían en vigor durante un periodo razonable de tiempo, de modo que se permitiría al Poder Legislativo adoptar un régimen adecuado, lo que dio lugar a un acto legislativo que consagra la unión civil y que asegura a las parejas del mismo sexo la misma protección que el matrimonio atribuye a las parejas de distinto sexo.²¹⁹

En una postura opuesta el Tribunal Supremo de Massachusetts, en el 2003 sostuvo que las garantías de equidad e igualdad protegidas por la Constitución Estatal tornan inconstitucional el matrimonio considerado solamente entre un hombre y una mujer, porque no existe una base racional para mantenerlo por sí

²¹⁸ SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, p. 328.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 329.

solo.²²⁰ Esta corte, entre sus argumentos más disímiles expuso que el matrimonio es una institución social vital, que el compromiso exclusivo entre dos individuos nutre el amor y el apoyo mutuo, trayendo una estabilidad a la sociedad, que por supuesto, debe de extenderse a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

El 6 de septiembre de 2005, la legislatura de California pasó un proyecto de ley para legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo, ésta fue la primera en hacerlo sin que una sentencia se lo ordenara, con ello se reconoció que los homosexuales tienen los mismos derechos legales y el mismo respeto y dignidad, que son capaces de entablar una relación comprometida y duradera fundada en el amor que puede servir como base de una familia y para tratar de educar responsablemente a los niños. Sin embargo, éstos se vieron amedrentados cuando el veintinueve de septiembre de ese mismo año, el gobernador Arnold Schwarzenegger vetó la citada ley.

No obstante, el 26 de junio de 2013 la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, con una votación de cinco votos a favor y cuatro en contra determinó que la Ley para la Defensa del Matrimonio que establece que éste, solamente se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional.

A la fecha en que se elabora esta investigación, trece estados de este país, son los que han legalizado los matrimonios entre personas del mismo sexo: Massachusetts el 17 de mayo de 2004, Connecticut el 12 de noviembre de 2008, Iowa el 24 de abril de 2009, Maine el 6 de mayo de 2009, Vermont el 1 de septiembre de 2009, New Hampshire el 1 de enero de 2010, New Mexico el 4 de marzo de 2010, el Distrito de Columbia el 9 de marzo de 2010, Nueva York el 24 de julio de 2011, Maryland en febrero de 2012, Washington, el 6 de diciembre de 2012, Delaware, el 7 de mayo de 2013, California 26 de junio y Minnesota el 1 de agosto, ambos de 2013.²²¹

220 Ibidem.

221 Véase: www.bbc-news, Consultado el 21 de agosto de 2013.

3.2. Países que reconocen el derecho a la salud de las uniones entre personas del mismo sexo

Existen varios países como Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Nueva Zelanda, República Checa, y Suiza; Brasil, Colombia, Ecuador y México (en algunas entidades federativas) que reconocen a las parejas del mismo sexo como sociedades en convivencia, pactos de solidaridad, los que se equiparan a las uniones civiles. A continuación se hará mención de algunos de ellos.

3.2.1. Francia

El país pionero en regular las uniones estables, incluidas las de personas del mismo sexo y atribuirles un régimen jurídico parcialmente similar al del matrimonio, pero con algunas diferencias con respecto a éste, es Francia.

La historia legislativa de la norma que permitió esto comenzó en 1989 y duró diez años para que cristalizara,²²² al obtener en la Asamblea Nacional de Francia una votación de 315 contra 249 votos en contra, en su última lectura, el 13 de octubre de 1999, publicada en su diario oficial el 14 siguiente,²²³ normativa que entró en vigor el 15 de noviembre de 1999, al reformar el código civil –se añadió a su libro primero un título denominado “Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato”- para introducir la institución *pacté civil de solidarité* –conocido popularmente como PACS, el cual permitía las parejas de hecho registradas.

La diferencia de esta figura respecto del matrimonio, es que aquella es considerada como el concubinato –una situación de hecho- aunque con mayores ventajas respecto de éste.

El pacto de solidaridad es un contrato entre dos adultos de diferente o del mismo sexo, con el propósito de organizar su vida en común, en el cual los contratantes no deben de estar sujetos a otro pacto o matrimonio.²²⁴ Para ello,

²²² Disponible en: http://www.france.qrd.org/texts/partnership_fr_explanation.html consultado el 19 de septiembre de 2012.

²²³ Artículo 515-1 del Código Civil de Francia, disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006428163&asBec=lor&LEGISCTA0>

deben de registrar una declaración común frente a una corte local que sea competente conforme a su domicilio o ante un consulado francés, en caso de encontrarse en el extranjero, los contratantes se obligan a prestarse ayuda común y material, las cláusulas vienen especificadas en la declaración que firman. Resalta mencionar que, en este pacto, el compañero que no tenga protección social o beneficios de seguridad social, podrá acceder a éstos si su compañero sí goza de ellos.

3.2.2. Hungría

En 1996 el gobierno presentó una propuesta de ley de *partenariat* homosexual, en ese año el Parlamento aprobó las modificaciones propuestas al Código Civil, a través de las cuales se equipararon las uniones de hecho homosexuales a las heterosexuales.²²⁵

En el 2003 hubo una reconceptualización del Código Civil²²⁶ en el que se garantizaron mayores derechos a los cohabitantes del mismo sexo, pero, en una forma que no se debilitara la institución de matrimonio.²²⁷

Posteriormente, el 27 de diciembre de 2008, el Parlamento aprobó una nueva Ley sobre Sociedades en Convivencia que entraría en vigor en enero de 2009,²²⁸ sin embargo, no sucedió de tal forma, ya que el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional en lo referente a que permitía estas uniones sin distinción de sexo en sus integrantes, porque consideró que se duplicaría la protección especial que las leyes dan a la institución del matrimonio, incluyendo lo relativo en la Constitución; en consecuencia, el Parlamento revisó la versión que había aprobado y adoptó una nueva en abril de 2009 que ofrecía la *registered*

00006136536&cidTexto=LEGITEXT00000607021&IdoTexto=20121005 consultado el 20 de septiembre de 2012.

²²⁵ MEDINA, *op. cit.*, nota 141, p. 109.

²²⁶ Esta ley se conoce como Act CXVI of 2003 on Equal Treatment and Promotion of Equal Opportunities, en cuyo artículo 8 incisos m) y n) se establece la prohibición de discriminación en razón de la orientación o identidad sexual, disponible en: <http://www.egyenbabanasmold.hu/data/SZMB04R.pdf> consultada el 19 de septiembre de 2012.

²²⁷ Szilber-Erdős, Orsolya, Same-Sex Partners in Hungary-Cohabitation and Registered Partnership, *Utrecht Law Review*, volume 4, Issue 2 (june) 2008, p. 215, disponible en: <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/URV%3ANR%3AJNL%3AUF%3A10-1-10100475> consultada el 19 de septiembre de 2012.

²²⁸ *Ibidem*, p. 217.

partnership solamente a las parejas del mismo sexo²²⁹ a través de su simple manifestación ante un oficial del Registro Civil que la registraría en el libro correspondiente.²³⁰

Cabe mencionar que este país dejó sin efectos su anterior constitución y luego de dos proyectos presentados, el Parlamento aprobó una nueva, intitulada *The Fundamental Law of Hungary*, la cual entró en vigor en enero de 2012, en cuyo artículo L define al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer,²³¹ lo cual deja fuera de cualquier ámbito el matrimonio entre personas del mismo sexo, así como sus derechos a la adopción y al uso de las técnicas de reproducción asistida, fuera de esto, todos los derechos otorgados a los matrimonios heterosexuales les fueron conferidos a los homosexuales mediante la aprobación de la *Registered Partnership Law*.

3.2.3. Colombia

En este país, el impulso ha sido jurisdiccional. Algunas de las sentencias más relevantes sobre los derechos de los homosexuales son SU-623/01, C-075/07, C-336/08, C-029/09 y C-0577/11.

En la primera de ellas, se negó la inscripción en el sistema de seguridad social en salud a la pareja de una persona homosexual. En la demanda se alegaron las violaciones a los derechos de igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, en virtud de que la autoridad encargada de realizar el registro alegó que la unión marital de hecho sólo se puede predicar para las uniones formadas entre personas heterosexuales, de conformidad con la Constitución y la Ley 54 de 1990. La sentencia se dictó el 22 de junio de 2000.

Es importante hacer mención que para el momento en que se emitió la misma, la seguridad social se consideraba como un derecho prestacional, mismo

²²⁹ Disponible en: <http://www.secdor.orientacion.law.cu/news/2010-03-23/26/hungarian%20Constitutional%20Court.html> consultada el 19 de septiembre de 2012.

²³⁰ Artículo 1.1. de la Act CXXXIV de 2007 on Registered Partnership, disponible en: http://www.ciec1.org/Legislation/pdf/Hongrie-1_PartnershipsAct184-2007/signeur1.1.2009-ENG.pdf consultada el 19 de septiembre de 2012.

²³¹ Artículo L de la Constitución de Hungría, en su versión en internet, disponible en: <http://www.kormany.hu/download/4/c3/30000/THE%20FUNDAMENTAL%20LAW%20OF%20HUNGARY.pdf> consultada el 19 de septiembre de 2012.

que debe de regularse con base en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad.

Asimismo, algunos de los argumentos torales que la Sala Plena de la Corte Constitucional plasmó en esta resolución, fueron: la decisión del legislador de no ampliar la cobertura a ese grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, es decir, la pareja conformada por personas homosexuales no entra dentro de ese rubro; el concepto de familia no es equiparable al protegido por la Constitución, aun cuando la homosexualidad sea una opción válida de la orientación sexual y una manifestación de libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado. La Corte señaló que la ley que permitía el matrimonio entre un hombre y una mujer no se hizo con el fin de discriminar o prohibir las uniones entre personas del mismo sexo o la libre opción sexual de las personas, sino que, simplemente el legislador lo que quiso fue proteger estas uniones heterosexuales.²³²

En la segunda, determinó que no se vulneraban los derechos a la salud, seguridad social, igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al no permitir que una persona cuya pareja del mismo sexo –quien contaba con régimen contributivo en seguridad social- accediera a estos beneficios, pues se trataba de una medida constitucionalmente válida, además de que a pesar de que la orientación sexual es una manifestación válida del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es constitucionalmente equiparable al concepto de familia que tiene la Constitución, por lo que, la unión entre personas del mismo sexo y los vínculos emocionales que puedan tener no son suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud.²³³

En la sentencia C-075-07 la Corte se pronunció en el sentido de que, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta

²³² SILVA MEZA, *op. cit.*, nota 25, p. 332. En esta sentencia se negaron las pretensiones de los demandantes con el argumento de que la autoridad solamente siguió lo establecido en el artículo 42 de la Constitución, en el cual, en su interpretación, la familia solamente es la conformada por un hombre y una mujer, sin que se pueda contemplar como tal a la conformada por personas del mismo sexo, toda vez que no encuadran en el concepto antes descrito, además de que pueden afiliarse en forma individual y con todo, no se les afecta su vida digna.

²³³ Consúltese el texto entero del congreso en la dirección: <http://www.corteconstitucional.gov.co/validatoria> 2001.SI-073-01.htm consultada el 21 de septiembre de 2012.

lesiva de la dignidad de la persona humana, contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y es una forma de discriminación prohibida en la Constitución, en resumen, decidió que el régimen patrimonial protegido hasta ese entonces para el matrimonio heterosexual fuera extendido a las parejas de dos personas del mismo sexo.²³⁴

En la relativa C-336/08, los demandantes pidieron se ampliara la protección en materia de pensión de sobrevivientes a las parejas homosexuales, ya que se trata de una forma de seguridad social y, si la constitución ordena no discriminar, entonces tal protección debería de estar al alcance de este tipo de parejas. En ese sentido, la Corte consideró que, al no reconocerse tales beneficios a las parejas precisadas, se violentaba la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, aunado a que se ejercía una forma de discriminación, por lo cual estimó que la citada protección debía ser ampliada a parejas homosexuales al no existir impedimento alguno para no otorgárseles.²³⁵

²³⁴ Véase el texto completo de la sentencia en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-075-07.htm> consultada el 21 de septiembre de 2012. En este caso, se demandaron parcialmente los artículos 1o y 2o de la Ley 54 de 1994 por la cual se declinan las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, limitándolo solamente a las conformadas por personas del mismo sexo con una duración mínima de dos años, excluyendo a aquellas conformadas por parejas del mismo sexo. Ello implica que se vulneren los derechos a la dignidad. En sus puntos resolutivos, la Corte determinó que la pareja homosexual que cumple con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, comunidad de vida permanente y singular, durante un periodo de dos años, accede al régimen de protección dispuesto, ello, en atención a que, si bien es cierto, cuando el Consultante creó la ley denunciada, solamente se conocían las parejas constituidas por personas de distinto sexo, también lo es, que en Colombia, la realidad ha cambiado y las parejas constituidas por parejas del mismo sexo es un fenómeno que es público, además de que la Corte también reconoció que el hecho de impedir a una persona en forma irracional, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano, entre ellas está, la opción de ser homosexual.

²³⁵ Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-336-08.htm> consultada el 21 de septiembre de 2012. Los demandantes reclamaban que la ley no extendía a las parejas homosexuales la protección que en materia de seguridad social si se reconocía a las parejas heterosexuales, entre ellas, los beneficios de la pensión al cónyuge sobreviviente. La Sala reconoció que, al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes no encontró razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impidan ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en esta materia. Luego, una vez reconocido el derecho de estas parejas a acceder a tal prerrogativa, es necesario determinar su unión conforme las formalidades que para tal efecto señala la ley, es decir, acudir ante un notario para expresar su voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente, cuando se presente el supuesto, puedan acceder a las prestaciones a que se ha hecho referencia. A esta sentencia, Jaime Araujo Rentería, magistrado de la Corte Constitucional, realizó un salvamento parcial y aclaración de voto. En este, señaló, entre otras cosas, que la resolución se quedaba corta al no reconocer en su totalidad los derechos de los

Posteriormente, mediante la sentencia C-029/09, se equipararon los derechos de las parejas homosexuales a aquellas de hecho conformadas por hombre y mujer, además de que también se imponen obligaciones, como las de prestar alimentos al compañero o compañera, la agravación punitiva de los delitos contra la pareja –incluyendo la violencia intrafamiliar–; su emisión se hace conforme a la interpretación del concepto de igualdad y dignidad de la persona humana.²³⁶

Finalmente, es en la sentencia C-0577/11 donde la Corte afirma categóricamente que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual, pues al existir ésta, abre la posibilidad de hacer público el vínculo que une a los consortes, otorgándole legitimidad a su relación ante la sociedad y ensalzar la dignidad de las personas homosexuales, quienes no se verán precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.²³⁷

homosexuales y es confusa en el sentido de que no reconoce la totalidad de los efectos civiles existentes. Reitero que, la Corte debe afirmar la existencia de varias clases de familias todas igualmente válidas y con plenitud de derechos, acabando con ellos, con todos los prejuicios y preconcepitos que limitan los derechos de las parejas homosexuales y su núcleo familiar.

²³⁶ Véase: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm> consultada el 21 de septiembre de 2012. En esta demanda, los peticionarios clasificaron las normas acusadas de inconstitucionales en dos grupos, en función de los derechos civiles o políticos que consagran y las de naturaleza penal. Así, se demandó que la protección al patrimonio familiar inembargable, abstención de vivienda familiar y la obligación civil de prestación de alimentos, así como el derecho en obtener una residencia permanente solamente se contemplaba para las parejas constituidas por personas de sexo diferente. Respecto a las normas de naturaleza penal, se denunciaron aquellas en las cuales, por ejemplo, la esometación del deber de declarar o formular queja contra el compañero permanentemente en los procesos de carácter penal, penal militar y disciplinario, el delito de inasistencia alimentaria, involucración e divulgación de bienes familiares, violencia intrafamiliar, amenazas a testigos, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de crímenes atroces, la prestación social del subsidio familiar en servicios, los beneficiarios del subsidio para el acceso a bienes inmuebles frente ellos, el familiar de vivienda y acceso a la propiedad de la tierra en áreas rurales, el régimen especial de seguridad social para la Fuerza Pública, **todas excluyeron a los compañeros del mismo sexo, por lo que, al momento de emitir la sentencia, la Corte declaró que todas las normas antes**

enumeradas se debían interpretar en el sentido de que incluían a las parejas del mismo sexo. Nuevamente, Jaime Araujo Rentería presentó salvamento de voto, en el cual, insistió en mencionar que la protección constitucional de todos los derechos concedidos a la familia en materia de matrimonios, adopción, protección social, sucesiones, como en las demás materias y ámbitos jurídicos debe concederse también a las conformadas por personas del mismo sexo.

²³⁷ Sentencia C-577/11, pp. 11 y 12, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm> consultada el 21 de septiembre de 2012. En esta sentencia se analizaron dos demandas, una de ellas pretendió se reconociera que existen tres formas distintas de constituir familia, por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad de conformarla, asimismo alegaba que la definición de matrimonio contenida en el artículo 113 del Código Civil

Lo anterior, toda vez que en el artículo 113 del Código Civil colombiano expresamente se señala que matrimonio "es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".²³⁸ Al respecto es importante señalar que en esta sentencia, la Corte analizó a profundidad la relación entre pareja homosexual y familia, basándose para ello, en la jurisprudencia que ella misma ha emitido, en la del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos y doctrina especializada en el tema, atendiendo al desarrollo que la sociedad ha tenido y las distintas formas de familia que se han suscitado, para concluir en una nueva interpretación del artículo 42 constitucional —que tradicionalmente consideraba como familia a la compuesta por

es constitucional pues impone como uno de los fines de este, la procreación. La segunda de las demandas analizadas, además de puntualizar los aspectos antes señalados, también solicitaba se hiciera un acondicionamiento general de la Corte que cuando la ley hiciera referencia a conyuges, ello se entienda no solamente a aquellas personas de distinto sexo unidas en matrimonio sino también a las del mismo sexo, otorgándole un plazo al Congreso de seis meses para hacerlo, en cuyo caso omisión las parejas homosexuales estarían en condiciones de contraer matrimonios con todos los efectos legales que ello conlleva. En el entendido que, parten de la concepción que de familia ha emitido la Corte, es decir, aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unión de vida o de destino que liga inmutablemente a sus integrantes más próximos, que es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, de la libre expresión de los afectos y emociones ya que su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia. Añaden que, los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia, los cuales existen entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia. Luego, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado, asimismo, que los efectos jurídicos propios de la familia se generan cuando entre los miembros de la pareja del mismo sexo se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y que, por ejemplo, comporte el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su cuidado compartido, lo contrario a ello, como ocurre en la época en que presentaron su demanda, violentaba su derecho a la dignidad humana y a la autonomía. Anexaron a su libelo un capítulo de derecho comparado en el cual citaron los debates constitucionales que se han desarrollado en otros países, como en las Cortes Supremas de Massachusetts, California, Iowa y Connecticut en los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte de México. También sugirieron una interpretación del artículo 42 de la Constitución, según la cual, la forma de constituir la familia era por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, luego, al no haberse usado la expresión "entre" es factible entender que el texto constitucional en sí no excluye la posibilidad del matrimonio de un hombre con otro hombre ni de una mujer con otra mujer. Este concepto fue fundamentado por Andrés Perfecto Ibañez en su libro "Cultura constitucional de la jurisdicción", de la siguiente manera: tanto el hombre como la mujer, iguales en derechos, pueden libremente contraer matrimonio con cualquier hombre o mujer que, con la misma igualdad jurídica y la misma libertad, decida implicarse en esa relación, pues el hombre y la mujer "son todos los hombre- y todas las mujeres" y la igualdad jurídica a la que tienen derecho debe regir "no sólo en lo relativo al que y al cuando, sino también en lo que se refiere al cómo se unen", representado "por todos los sujetos con igual derecho a unirse en matrimonio".

ibidem p. 20.

padre, madre e hijos- y ampliar el concepto para incluir a las parejas de personas del mismo sexo, pues en ellas se percibe el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto, el propósito de mantener la convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíprocos o de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido.²³⁹

La Corte sostuvo para llegar a esta conclusión, que las parejas conformadas por heterosexuales tienen, de acuerdo con la Constitución de Colombia, dos opciones para regular su unión: el matrimonio y la unión marital de hecho, siendo decisión libre y voluntaria del hombre y la mujer, optar por una u otra, situación que no sucede en las parejas homosexuales, pues, conforme al mismo ordenamiento, solamente pueden optar por la opción de hecho, vedándoseles así, la libertad de escoger blindar su relación mediante el matrimonio, así como el pleno ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42, razón por la cual la Corte estimó que era necesario que en la legislación colombiana exista una institución contractual, distinta de la unión de hecho, que les permita optar entre una constitución de su familia con un grado mayor de formalización y de consecuente protección y la posibilidad de constituirla como una unión de hecho que ya les está reconocida²⁴⁰, por lo que, exhortó al Congreso a que legisle sobre el matrimonio igualitario, es decir, independientemente del sexo de los cónyuges, en cuya omisión, a partir del 20 de junio de 2013, cualquier pareja homosexual podrá acudir ante Notario o Juez a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.²⁴¹

Al respecto, es importante mencionar que el Congreso fue omiso, por lo que, a partir del 21 de junio de 2013, varias parejas acudieron ante los jueces a solicitar la formalización de su unión mediante un contrato. La primer pareja en hacerlo, estaba constituida por dos mujeres, quienes tenían dos años viviendo en unión libre y, fue hasta noviembre de esa misma anualidad cuando su unión fue

²³⁹ *Ibidem*, pp. 113-170.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 180.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 191-193.

reconfirmada por el Tribunal de Cundinamarca, en tanto que el primer matrimonio homosexual se celebró el 24 de julio de 2013, conformado por dos hombres.²⁴²

En conclusión, la tendencia internacional de reconocimiento a las parejas entre personas del mismo sexo muestra una alta tendencia ya sea mediante uniones civiles, parejas de hecho, sociedades de convivencia o matrimonio, en la mayoría de los casos, se encuentran otorgados todos los derechos que a los matrimonios heterosexuales, con algunas excepciones, como la adopción o el acceso a las técnicas de reproducción asistida, en ciertos países, pero en todos, se garantiza el acceso a los servicios de salud en razón de que su cónyuge, en el caso que nos ocupa, goza de dicho beneficio. Es pues, aplaudible el hecho en esas regiones del mundo, en el siguiente capítulo se estudiará el estado de la cuestión en el país.

²⁴² Tomado de: <http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/matrimonio-gay-en-colombia/368208-3>, consultado el 24 de enero de 2014.

CAPÍTULO CUARTO. MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN MÉXICO

En este capítulo se estudiará la regulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo en México y cómo, la falta de adecuación de la legislación en la materia de acceso a la salud, vulnera principios de certeza jurídica, derechos fundamentales de igualdad, dignidad humana, acceso a la salud, libre desarrollo de la personalidad, entre otros, genera discriminación y obstaculiza la efectividad de sus derechos, en razón de su preferencia sexual.

Previo a que los matrimonios entre personas del mismo sexo fuera una realidad, el 9 de noviembre de 2006,²⁴³ la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, promulgó la Ley de Sociedades en Convivencia, mediante la cual, dos personas de diferente o mismo sexo acuerdan, mediante un acto jurídico, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, asimilándola en sus efectos al concubinato, sin embargo, a diferencia de éste, los convivientes no gozan de los beneficios de seguridad social que en su caso, un concubinario o concubina pueden gozar.

¡Los declaro unidos en legítimo matrimonio con todos los derechos y prerrogativas que la ley les impone! Fueron las palabras pronunciadas por Hegel Cortés, director del Registro Civil del Distrito Federal, el 11 de marzo de 2011 cuando las primeras cuatro parejas del mismo sexo contrajeron matrimonio en el Antiguo Palacio del Ayuntamiento de la ciudad de México.²⁴⁴

Con ello se concretó la evolución de esta institución de tradición arraigada en la República Mexicana, pues anteriormente, solo estaba permitido a las parejas de distinto sexo. El veredicto de constitucionalidad pronunciado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue que eran válidos porque de lo contrario se favorecería la discriminación de un sector de la sociedad mexicana, además de que, si el Estado reconoce los derechos humanos de todas las personas, por qué no reconocería el derecho a contraer matrimonio con la persona de su elección.

²⁴³ Véase, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 16 de noviembre de 2006.

²⁴⁴ BASTIDA AGUILAR, Leonardo. "Unidos en legítimo matrimonio: Recuento de la lucha por el matrimonio entre parejas del mismo sexo". Revista Digital Universitaria, 10 de septiembre de 2010, volumen 11, número 9. Coordinación de Publicaciones Digitales, DGSCA-UNAM, p. 3-xx. Disponible en internet: <http://www.revista.unam.mx/vol.11/num9/art89/index.html> consultado el 20 de agosto de 2012.

tomando en cuenta que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, derecho que también está reconocido no solo por la Constitución, sino también por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de los que México forma parte, mismos que fueron elevados a rango constitucional mediante la reforma del 6 de junio del 2011.

Tradicionalmente la palabra matrimonio ha sido entendida como "el acto jurídico que origina la relación familiar consistente en la unión de un hombre y una mujer para la plena comunidad de vida"²⁴⁵. Ello cambió cuando las relaciones familiares rompieron el paradigma de una familia al estilo "Disneylandia" - conformada por papá, mamá e hijos- y se conformaron por dos padres o dos madres, por abuelos y nietos y otros modelos de familia como los mencionados en el capítulo primero de este trabajo.

En palabras de Valls Hernández,²⁴⁶ es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y el 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 del mismo.

En este apartado se analiza el marco jurídico que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, iniciando por el Código Civil del Distrito Federal, el de Coahuila, enseguida con el Federal y el Federal de Procedimientos Civiles y finalmente, el estado del arte en Nayarit. Hay que recordar que ello parte de lo previsto en la fracción IV del artículo 121 constitucional el cual señala que "los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros,"

La Corte se pronunció al respecto y declaró que el artículo reformado del Código Civil del Distrito Federal no vulnera en sentido alguno el precepto citado con antelación.²⁴⁷

²⁴⁵ Diccionario jurídico Espasa, Madrid 1999, p. 599.
²⁴⁶ SILVA MEZA, Juan, *op. cit.*, nota 25, pp. 324, 328-321.
²⁴⁷ *Ibidem*, p. 273.

4.1. Su regulación

No existe aún una vasta regulación en la República Mexicana respecto de este tema, el impulso, aunque legislativo, se ha perfeccionado vía judicial, mediante las interpretaciones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Juzgados de Distrito de Amparo han tenido que realizar a través de la interpretación pro homine y siempre en consonancia con la reforma en materia de derechos humanos. Sin embargo, es loable el que algunas legislaturas locales hayan iniciado el esbozo mucho antes de este proceso, entre ellas, Coahuila. En este apartado, se estudiará cómo se regulan los matrimonios entre personas del mismo sexo en el país, desde el punto de vista federal y local.

4.1.1. Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Como se mencionó anteriormente, el objetivo de la reforma fue, por un lado reconocer una situación de hecho muy común en la ciudad de México, las uniones homosexuales y reconocer un derecho por el que la comunidad lésbico-gay había luchado por mucho tiempo y, por el otro, brindar protección completa a estas parejas que no fue alcanzada mediante la Ley de Sociedades en Convivencia.

Entre los artículos reformados del Código Civil del Distrito Federal, está el 146, el cual define al matrimonio como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.²⁴⁸

Esta decisión tomada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es congruente con la protección a los derechos humanos protegidos por la Carta Magna y los tratados internacionales suscritos por México –respecto a la prohibición de la discriminación en lo relativo al pleno disfrute de todos los derechos humanos, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales-, aunado a que amplía la protección jurídica reforzada de la unión de estas parejas, asimilándolo a lo que ocurre con las heterosexuales, pues son relaciones que tienen las mismas características de afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, el ideal de compartir una vida

²⁴⁸ Gaceta oficial del Distrito Federal, 29 de diciembre de 2009. Disponible en: www.asamblealegislativadf.gob.mx consultada el 29 de septiembre de 2012.

en común y tener ese reconocimiento social y jurídico, a fin de contraer obligaciones y derechos que derivan de ello.

Su emisión se justifica también, por el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de género, para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres y porque los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basan en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres; el reconocimiento de la comunidad internacional al derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia, establecido –según la autoridad emisora de la norma- en los Principios de Yogyakarta, de 2006, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos, en relación con la orientación sexual y la identidad de género; ampliar libertades, y como consecuencia de ello, una cultura de respeto y tolerancia, congruentes a la dignidad humana; garantizar los derechos humanos en el Distrito Federal, tomando en cuenta los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el hecho de que, aun cuando se aprobó la ley de sociedades de convivencia, existía una desigualdad y restricción de derechos –de igualdad, equidad, libre desarrollo de la personalidad- al no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.²⁴⁹

Ahora, respecto a la razón que atañe a la modificación del concepto de matrimonio es dable mencionar que con ello se pretende incluir e integrar a todas aquellas uniones que, por mucho tiempo, fueron excluidas de la protección del derecho, aunado a que las figuras jurídicas creadas con anterioridad no satisfacían la exigibilidad de los derechos de las parejas homosexuales a comparación de los otorgados a las parejas entre personas de distinto sexo. Lo anterior es así, toda vez que por ejemplo, la Ley de Sociedades en Convivencia, se rige, en primer término para los efectos de otros ordenamientos, en lo que sea aplicable, en términos del concubinato,²⁵⁰ lo que de suyo es una gran desventaja

²⁴⁹ Ver engrose de la Acción de Inconstitucionalidad 02/2012, nota 67, párrafo 46.

²⁵⁰ Artículo 5o. de la Ley de Sociedades en Convivencia, ediciones ISI-F, 20P, Ed. 2011, actualizada al 23 de septiembre del 2012.

en cuanto al reconocimiento de derechos, pues, es de todos conocido que los efectos del concubinato, no alcanzan la protección especial que otorga el matrimonio.

Así, de los artículos 13 al 18 de la citada legislación,²⁵¹ se omite pronunciarse sobre la oportunidad de que los convivientes puedan afiliarse al Seguro Social o al ISSSTE invocando la relación que sostienen con el beneficiario de éste. En consecuencia, al ampliar el matrimonio a las personas con preferencia homosexual, se les reconocen los derechos que esta relación tiene, entre ellos, el acceso a los servicios de seguridad social que son el resultado del acceso a la salud.

Es de relevancia mencionar que a la fecha más de 600 parejas han ejercido este derecho al matrimonio, provenientes de Nuevo León, Jalisco, Colima, Nayarit, Chiapas, Querétaro, Morelos y Tamaulipas, colmando con ello uno de sus sueños personales, que es la realización de elegir con quién compartir una vida. Sin embargo, no todo ha sido felicidad, pues el peregrinaje al intentar tener acceso a los servicios de salud del que gozan sus cónyuges, ha sido camino difícil. El Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado han negado todas las solicitudes de afiliación que se han presentado. Los argumentos de estas instituciones van en el sentido que su normatividad no les permite el reconocimiento de estas uniones. La primera de ellas, con base en su artículo 5o. A, fracción XII, el cual señala que son beneficiarios del derechohabiente del Seguro Social, "el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalado en la Ley", y la segunda de ellos, en base a lo estipulado en el numeral 6o. de la Ley de Servicios de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado, el cual clasifica como familiares derechohabientes al cónyuge o a falta de éste, al varón o la mujer con quien la trabajadora o la pensionada con relación al primero, o el trabajador o el pensionado, con relación a la segunda, que haya vivido como si

²⁵¹ *Ibidem*, artículos 13 al 18.

fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores o con quien tuviese uno o más hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.

No se puede soslayar el hecho que también haya sido modificado el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a fin de tener coherencia con la reforma a su ley sustantiva, en razón de ello, el artículo 216 quedó en los siguientes términos: Los derechos contemplados en el presente capítulo, también podrán ejercerlo las concubinas y los concubinos, cuando tengan un domicilio común con las características del domicilio conyugal a que se refiere el Código Civil.

Finalmente, es de precisarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de las reformas aquí anotadas, así como de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, ello, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

4.1.2. Código Civil para el Estado de Coahuila: Pacto Civil de Solidaridad

Además del Distrito Federal, otra entidad que se ha preocupado por reconocer los derechos inherentes a las uniones entre personas del mismo sexo, es Coahuila, pues el pasado veintiséis de junio del 2012, mediante decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado, se reformó la denominación del capítulo II de su constitución vigente y se adicionaron párrafos a algunos de sus artículos.²⁵²

Es importante resaltar que a este texto legal se le incorporó la redacción actual del numeral 1o. de la constitución vigente en la república mexicana, donde se señala que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la constitución local, la federal y los tratados internacionales de los que México sea parte; además, también se señala la obligación de las autoridades municipales y estatales de promover, respetar, proteger y establecer los mecanismos que garanticen los derechos humanos bajo los principios de universalidad,

²⁵² Artículo 7o. de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, actualizada al 23 de septiembre de 2012, tomada de: <http://www.congresocoahuila.gob.mx/archive/leyesestatalesvigentes-directorioleyes.cfm>

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El Estado deberá de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que determine la ley.²⁵³

Además, en su artículo 173, señala el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud.

Por otro lado, llama la atención que este código civil se preocupe por dar una definición de familia, entendiéndose por ésta, a las personas que estando unidas por matrimonio, pacto civil de solidaridad o por parentesco consanguíneo, civil o afín, habitan una misma casa y tienen, por ley o voluntariamente, unidad en la administración del hogar. Para los mismos efectos se entiende por familia a las personas que viven juntos como si estuvieran casados sin estarlo y sin que exista en ellos ningún impedimento no dispensable para que contraigan matrimonio.²⁵⁴

La incorporación del Pacto de Solidaridad se llevó a cabo mediante decreto publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 12 de enero del 2007, por medio del cual se adicionó un Título Primero Bis al Código Civil precisado con antelación y se reformaron varios preceptos del mismo.

Ahora, se les denomina compañeros civiles a las dos personas mayores de edad, de igual o distinto sexo que celebren un contrato denominado Pacto Civil de Solidaridad, para organizar su vida en común, mediante el cual se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber y gratitud recíprocos y quienes tienen obligación de actuar en interés común, así como el derecho a alimentos entre sí.²⁵⁵

Destaca la redacción del numeral 385-4 del código civil en cita, el cual prevé el acceso a los servicios de salud de uno de los compañeros civiles, en virtud de las prestaciones sociales a que tenga derecho por haber adquirido el estado de compañero civil del o de la otra.²⁵⁶ Esto es de suma relevancia, pues, a

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Numeral 714 del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, actualizado al 23 de septiembre del 2012. Tomado de: <http://www.congresocoahuila.gob.mx/archivo/leyesestatales/coahuila/directorio/leyes.civil>

²⁵⁵ *Ibidem*, arábigo 385-1.

²⁵⁶ El texto completo del citado artículo es el siguiente: **Artículo 385-4.** Desde la celebración del pacto civil de solidaridad, los contratantes avisan el estado civil inherente en forma personal y exclusiva, sin que importe vínculos de parentesco de ninguna clase, línea o grado con las familias de ambos, salvo en el caso de descendencia común.

contrario de lo sucedido en el Distrito Federal, el cual reconoce la capacidad que tienen dos personas del mismo sexo de contraer matrimonio, así como de las obligaciones y derechos que le son inherentes a ellos, -aunque sea tal vez por esta situación- prevé explícitamente como lo es el caso de Coahuila, el carácter de matrimonio a las uniones civiles descritas, ello es muestra de la efectividad que el legislador quiso imprimir al derecho ahí garantizado.

4.1.3. Código Civil Federal

No define la institución del matrimonio, sino que, de algunos artículos como el 168, 172, 173, 177, 294, entre otros, se entiende que es el conformado por un hombre y una mujer, pues los citados preceptos mencionan:

Artículo	Contenido ³⁰⁷
168	El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.
172	El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.
173	El marido y la mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.
177	El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.
294	El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Los compañeros civiles podrán fijar un domicilio común en el cual tendrán igual autoridad.

El estado adquirido como compañeros civiles, legitima a los interesados para reclamar las prestaciones que, bajo las modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales o beneficios o provisos por prestaciones sociales u otros análogos, contemplan las leyes.

Es válido el señalamiento a favor del otro que cualquiera de ellos realice, en actos y negocios a que se refiere este artículo. (Lo subrayado es propio de la suscrita).

³⁰⁷ Artículos 168, 172, 173, 177 y 294 del Código Civil Federal, ediciones ISF-E, 2011, actualizado al 23 de septiembre del 2012.

El resto de los preceptos se retrotraen al contenido de estos artículos, pues señalan a "los cónyuges", entendiendo por éstos al hombre y la mujer unidos en matrimonio.

Luego, si este Código Civil Federal contiene las citadas disposiciones, es evidente que existe una diferencia respecto a lo aprobado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que si bien, conforme al artículo 121 fracción IV constitucional deberá de reconocerse la validez de los matrimonios así celebrados, también lo es, que existe la interpretación conforme, esto es, en caso de que se llegara a dar alguna situación en el orden federal respecto de un matrimonio entre personas del mismo sexo, el mismo deberá de entenderse con todos sus efectos, tal y como fue emitido en el Distrito Federal, sin perjuicio de lo que expresamente señale el Código Civil Federal. También en este último punto, se podría alegar la aplicación del principio pro persona, tutelado en la reciente reforma en materia de derechos humanos, según la cual, todas las autoridades tienen la obligación de respetar, observar los derechos humanos de las personas y respetarlos en los tres niveles de gobierno, incluyendo el federal.

Entonces, aun cuando no se haya modificado en forma alguna este ordenamiento federal, deberá de entenderse en el sentido más amplio de protección de derechos humanos que pueda emplearse.

Claro que, para evitar interpretaciones erróneas, lo más conveniente sería efectuar modificaciones a este ordenamiento, así como a la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

4.1.4. Código Civil para el Estado de Nayarit

El artículo 7o. de la Constitución Política de esta entidad señala la obligación que tiene el Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. También señala los derechos que

gozan los ciudadanos, entre ellos, el de igualdad ante las leyes,²⁵⁸ libertad,²⁵⁹ dignidad humana, ejercicio libre de la personalidad,²⁶⁰ así como los derechos humanos y garantías consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los contenidos en los Tratados Internacionales de los que el país es parte.²⁶¹

Por su parte, el código civil estatal expresamente señala que por matrimonio se entiende el contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie, con respeto entre ambos, igualdad y ayuda mutua.²⁶² esto es, deja fuera la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Entonces, ¿qué pasará con los matrimonios nayaritas celebrados entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal cuando intenten afiliarse a su cónyuge al ISSSTE o al IMSS? ¿Qué certeza jurídica tendrán?

Una opción sería promover un amparo señalando como acto reclamado dicha negativa por parte de las autoridades, alegando que se violan en su perjuicio los derechos humanos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud, dignidad humana, tal y como lo han hecho otros matrimonios que han celebrado matrimonio y estas instituciones de salud, pero sobre este tema, es mejor pasar al siguiente epígrafe.

4.2. Su tutela jurisdiccional

Hasta lo aquí expuesto, se ha precisado cuáles son los derechos humanos de todas las personas –incluyendo desde luego a las que tienen orientación homosexual– destacando el derecho a la salud, su normatividad nacional e internacional y cómo algunos países lo han reconocido a los matrimonios entre personas del mismo sexo y otros, más reservados, solamente en el carácter de

²⁵⁸ Fracción I del artículo 7o. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, actualizada a septiembre de 2012, disponible en: http://www.congresonayarit.mx/Portals/1/Archivos/compilacion/constitucion/constitucion_politica_estado_nayarit.pdf

²⁵⁹ *Ibidem*, Fracción II.

²⁶⁰ *Ibidem*, Fracción III.

²⁶¹ *Ibidem*, fracción XIV.

²⁶² Artículo 135 del Código Civil para el Estado de Nayarit, actualizado a septiembre de 2012, disponible en: http://www.congresonayarit.mx/Portals/1/Archivos/compilacion/codigos/codigo_civil_estado_de_nayarit.pdf

uniones de hecho –como el concubinato o pactos de solidaridad- pero siempre reconociendo que, si uno de los cónyuges o miembros de la pareja, tiene acceso a los servicios de salud, cuando contrae matrimonio con alguien de su mismo sexo, su cónyuge tiene todo el derecho de hacer uso de esos beneficios de seguridad social, lo cual no ha acontecido en ese mismo sentido en México, tal y como se señaló en el capítulo anterior.

Luego, es necesario para los fines de esta investigación demostrar que, el hecho de negar el acceso a la salud a los matrimonios entre personas del mismo sexo, vulnera los principios de certeza jurídica, así como los derechos humanos de igualdad, libertad, dignidad humana, a la protección de la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación en razón de las preferencias sexuales.

En tal virtud, se abordará la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010 promovida por el Procurador General de la República en la que solicitó la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal debido a las reformas que aprobó la Asamblea Legislativa, entre ellas, la modificación al concepto de matrimonio independientemente del sexo de los contrayentes y la seguridad jurídica que de éstos se desprenden –independientemente de si residen en el Distrito Federal o en el interior de la República- y el reconocimiento de su celebración y validez ante el Estado del que son vecinas, al ser como cualquier acto jurídico del estado civil celebrado en otra entidad federativa, y del que se desprende que los derechos y obligaciones que tienen son los mismos que los matrimonios conformados por personas heterosexuales.

Es importante mencionar que, a pesar del análisis efectuado por la máxima institución de derecho en el país, en la realidad, los matrimonios gay –como se les conoce coloquialmente- han vivido un viacrucis ya en el Distrito Federal o en las treinta y un entidades federativas, al tratar de hacer efectivos algunos de los derechos inherentes a dicha institución, en concreto, el derecho al acceso a la salud a través de los servicios de seguridad social brindados por el Instituto Mexicano del Seguro Social y de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, los cuales, por medio de sus departamentos de afiliación

han emitido negativas a las peticiones de registro como derechohabientes de los cónyuges de los trabajadores que están registrados con ellos. Se han interpuesto muchos amparos, sin embargo, para los objetivos de este capítulo, solamente se analizarán dos, uno en el que se señala como autoridad responsable al Instituto Mexicano del Seguro Social y otro, al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en ambos casos la protección de la justicia federal se ha concedido.

4.2.1. Acción de inconstitucionalidad 2/2010

El veintisiete de enero de dos mil diez el Procurador General de la República promovió acción de inconstitucionalidad en contra de las reformas que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó a su Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, en concreto en sus numerales 146 y 391 y las consecuencias que emanan en la ley sustantiva y solicitó su invalidez, recayendo al expediente el número 02/2010, del cual fue ponente el Ministro Sergio A. Valis Hernández y Secretaria Laura García Velasco.

El Procurador señaló como conceptos de invalidez, en lo que aquí interesa:

- a) la violación de los artículos 146 y 391 contenidos en el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, ambos del Distrito Federal, al artículo 16 de la Constitución Federal, debido a que la Asamblea Legislativa no motivó la reforma a la nueva definición de matrimonio –la cual se encuentra en el artículo 146 de la ley sustantiva Civil del Distrito Federal- además de que no se acreditó qué derechos fundamentales se restringían a los homosexuales, ni qué norma antes de la reforma generaba discriminación, violencia, perjuicios, exclusión o anulación de igualdad; el matrimonio es para el hombre y la mujer que desean fundar una familia, a través de la procreación –modelo ideal de familia- lo cual es incompatible para las parejas de homosexuales que tienen un obstáculo insuperable e incompatible con el fin particular y exclusivo del matrimonio, su derecho para tener acceso a

esta institución jurídica está contemplado en la figura jurídica de sociedades en convivencia, cuyos efectos se equiparan a los del concubinato.

- b) Violación al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, al artículo 4o. primer párrafo de la Constitución Federal: en el cual se desprende que el Estado protege el desarrollo de la familia formada entre un hombre y una mujer, así como sus hijos, éste es el modelo ideal de familia.
- c) Violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, por parte de los artículos que se impugnan de la legislación civil del Distrito Federal: ocasiona diversos conflictos que vulneran principios básicos del orden jurídico mexicano, afectando gravemente con ello la autonomía y la esfera de competencias del resto de las entidades federativas, así como las facultades que la propia Constitución reserva a la Federación, lo cual surge por lo dispuesto en el numeral 121, fracción IV, de la Constitución Federal, mismo que señala: "los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros".

Respecto de los primeros dos conceptos de violación, la Corte estableció que el requisito de fundamentación se satisface debido a que la Asamblea Legislativa actuó dentro de los límites de las atribuciones que la Carta Magna le confiere y que la motivación se colmó porque la ley se refiere a relaciones sociales que deben de ser reguladas jurídicamente.

Para ello, se formularon dos interrogantes: i) ¿la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos?, y ii) ¿los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual, el cual estará entonces no sólo permitido, sino, en algunos casos, exigido constitucionalmente?

La respuesta a la primera de ellas se funda en que la Asamblea Legislativa en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 122, apartado C, base

primera, fracción V, inciso h), de la Constitución Federal –competencia para legislar en materia civil y al derecho familiar- reformó la definición del matrimonio²⁶³ para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente forma: *es la unión de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código*²⁶⁴ Esto significa que, no solamente podrá celebrarse entre un hombre y una mujer, sino también entre personas del mismo sexo. Además, en la constitución ninguno de sus preceptos define qué se debe de entender como matrimonio, lo que si se establece es la necesidad e importancia de proteger a 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. Al respecto, adquiere relevancia que el propio Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 338, dispone que: *“La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo primario de la familia (...)”*²⁶⁵

Añade, que la familia es un concepto sociológico que nace o se origina con las relaciones humanas, así los cambios y transformaciones que se dan a lo largo del tiempo, de manera necesaria impactan sustancialmente en la estructura organizativa de ésta, en cada época. Aunque históricamente el matrimonio haya sido reconocido como el celebrado entre un hombre y una mujer, también es cierto que el legislador ha reconocido otro tipo de uniones –como el concubinato y las Sociedades en Convivencia- las cuales no alcanzan la protección legal especial que se otorga al matrimonio, pues éste requiere de ciertas solemnidades y requisitos, así como la consecuencia de derechos y obligaciones determinadas.

²⁶³ Antes de la reforma éste se entendía como: la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

²⁶⁴ Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, actualizado a septiembre de 2012.

²⁶⁵ Ver engrose de la Acción de Inconstitucionalidad 02/2012, nota 67, párrafo 235.

De igual forma, la Corte consideró que el matrimonio no es un concepto inmutable o petrificado, ello, aunado al hecho innegable de que la secularización de aquél y de la sociedad, más la transformación de las relaciones humanas que han llevado a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, en consecuencia a modificaciones legales que redefinen el matrimonio y lo desvinculan de la función procreativa y tradicional que había tenido anteriormente.

También se menciona en la sentencia que hay estadística que afirma la existencia de distintas formas familiares, entre ellas las homoparentales, constituidas por uniones homosexuales.

En base a ello, la Corte llega a la conclusión de que la diversidad sexual de los contrayentes dentro del matrimonio no es ni constitucional ni legalmente un elemento definitorio del mismo, sino más bien una concepción social que existió; que no se advierte de qué manera podría limitar o restringir el matrimonio entre personas del mismo sexo la función reproductiva "potencial" del matrimonio civil y de ahí la formación de la familia, que es falso el que dicha situación estuviera sustentada en tratados internacionales, pues, como se mencionó anteriormente, el matrimonio se ha desvinculado de la procreación y se sostiene en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuo entre quienes desean llevar una vida en común, ejerciendo con ello, su derecho al libre desarrollo de la personalidad.²⁶⁶ Esto significa, al mismo tiempo, una interpretación constitucional en consonancia con la realidad social, una tutela hacia las múltiples diferencias de

²⁶⁶ Este derecho fue estudiado previamente por la Corte en el Amparo Directo 06/2008, del cual derivaron las tesis "Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende." Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXX, diciembre de 2009, tesis P. LXVI/2009 y, "Derechos a la intimidad, propia imagen, identidad personal y sexual. Constituyen derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana". Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXX, diciembre de 2009, tesis P. LXVII/2009, el cual se entiende como el derecho de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras cuestiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, la de procrear hijos y decidir cuántos, o decidir no tenerlos, la de escoger su apariencia personal así como su libre opción sexual, siendo ésta parte de su identidad personal, un elemento relevante en su proyecto de vida. En el mismo amparo también se pronunció sobre el derecho a la identidad personal y sexual, entendiendo por la primera, el derecho de todo individuo a ser él mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo y por identidad sexual, un elemento que determina sus relaciones afectivas y/o sexuales con personas de diferente o mismo sexo y que es su orientación sexual, en lo que lo proyecta frente a sí y socialmente desde su perspectiva sexual.

la sociedad con su pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias.

Lo anterior, congruente con lo reiterado en la jurisprudencia comparada, que señala que en la interpretación como en la aplicación de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales, debe aplicarse en todo caso el principio pro persona, es decir, decidir por una interpretación extensiva en lo que favorezca su ejercicio.

Otro de los conceptos de invalidez que responde la Corte es el relativo a que la reforma legal impugnada si satisface una razonabilidad objetiva y no es contraria al artículo 4o. constitucional.

Sobre el cuarto concepto de violación establecido en la demanda de Acción de Inconstitucionalidad, la Corte sostuvo en su sentencia que no se advierte de qué forma la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al reformar el artículo 146 de su código civil vulnera las garantías de legalidad y seguridad contenidas en los numerales 14 y 16 de la Carta Magna, ni lo dispuesto en el diverso 121 fracción IV del mismo ordenamiento; esto es, el artículo impugnado no es inconstitucional por el hecho de establecer el matrimonio entre personas del mismo sexo, mismo que deberá de ser reconocido en las demás entidades federativas bajo la perspectiva del citado artículo 121 constitucional fracción IV.

Esto significa que, cualquier acto del estado civil creado en cualquier entidad –Estados o Distrito Federal- debe ser válido y considerado válido en las demás, lo que no podría ser de otra forma, pues se llegaría al extremo de que una persona casada en Zacatecas no lo está en otra entidad.

Este precepto contiene en sí mismo la cláusula de federalismo que soluciona los conflictos normativos que pudieran surgir. Si bien es cierto, que los efectos de un acto civil pueden no estar previstos en otras legislaciones estatales –es decir, que no alcanzaran los efectos plenos de su legislación de origen- también lo es que ello aun cuando pudiera originar un conflicto normativo, nunca puede limitar el reconocimiento de la validez de un acto del estado civil, como lo es en este caso, el matrimonio.

Finalmente, la Suprema Corte en sus puntos resolutiveos, considero que era procedente pero infundada la acción de inconstitucionalidad, reconoció la validez de los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, al considerar que uno de los aspectos en los que el individuo considera su vida, es su orientación sexual, es un hecho que, en pleno respeto a su dignidad humana, es exigible al Estado el reconocimiento no solamente de su orientación, sino de sus uniones con otras personas en la modalidad que decida adoptar, la cual debe de estar regulada por el Estado.

Cabe destacar que derivado de los considerandos de la presente acción de inconstitucionalidad analizada, derivó la tesis aislada P.XXIII/2011, visible a página 671 del Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIV, agosto de 2011, Novena Época, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número de registro IUS 161309, de rubro y texto siguientes:

"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"

Aun cuando esta tesis aislado no alcanzó los votos suficientes para formar jurisprudencia, tal y como lo señala el arábigo 43 de la Ley reglamentaria del artículo 105 constitucional, fracciones I y II de la Carta Magna -los considerandos que formen los puntos resolutiveos de una sentencia aprobados por al menos ocho votos de los ministros, creará jurisprudencia- si alcanzó el grado de tesis aislada, que también da certeza jurídica a este tipo de fenómenos.²⁶⁷

²⁶⁷ Véase también las tesis con número de registro IUS 161264, 161266, 161268, 161269, 161270, 161271, 161272, 161273.

Ahora, no solamente la Corte se ha pronunciado al respecto, sino que, de acuerdo con la fracción I del artículo 9o. del Acuerdo General 69/2004 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de noviembre de 2004,²⁶⁸ los criterios novedosos o relevantes podrán ser enviados a la Secretaría Ejecutiva y, por ende, susceptibles de ser publicados, para lo cual deberán situarse en alguno de los supuestos que dicho artículo señala. En este rubro, se encuentra el criterio sostenido en el amparo 2256/2012-IV del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, el cual, por haber realizado una interpretación novedosa de la Ley el Seguro Social, fue clasificado como tal, contribuyendo de esta forma, al material jurídico que se va formando día a día en este tema.

4.2.2. Juicios de amparo interpuestos para acceder al derecho a la salud

Como se ha mencionado a lo largo del cuerpo de este trabajo, han sido varios los matrimonios que han tenido que hacer uso de los juicios de amparo a fin de poder gozar de los beneficios que la seguridad social de su cónyuge le otorga.

❖ Lol Khin Castañeda Badillo y Judith Minerva Vázquez Arreola²⁶⁹

Este fue el primer matrimonio que garantizó su derecho al acceso a la salud, pues, la primera de ellas, beneficiaria del Seguro Social presentó la solicitud de afiliación ante el responsable de la Unidad Médica Número 11 del Instituto Mexicano del Seguro Social, el 12 de abril de 2010, para que su esposa Judith fuera registrada como su beneficiaria, a lo cual, el Titular de la Jefatura de Servicios de Afiliación y Cobranza de la Delegación Norte del Distrito Federal del citado Instituto, contestó mediante oficio de 2 de agosto de ese mismo año, que no

²⁶⁸ Artículo 9. Los criterios novedosos o relevantes que podrán ser enviados a la Secretaría Ejecutiva, y por ende, susceptibles de ser publicados, deberán situarse en cualesquiera de los supuestos siguientes: I. Aquellos en que se realice una interpretación novedosa; es decir, que su contenido no sea obvio o reiterativo. Consultado de la versión en internet del Acuerdo General 69/2004 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que implementa la recopilación y sistematización de los criterios novedosos o relevantes, que generan los Tribunales Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito, con el objeto de que se divulguen a la comunidad jurídica nacional, disponible en: www.dof.gob.mx, consultado el 20 de septiembre de 2012.

²⁶⁹ Este matrimonio forma parte de los cuatro primeros que se celebraron en la ciudad de México, el once de marzo de dos mil diez. Tomado de: BASTIDA AGUILAR, Leonardo, *op. cit.*, nota 243, p. 3-xx.

había lugar a acordar de conformidad su petición, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 64, fracción II, 65, 66, 84, fracciones II, III y IV, 127, 130, 133, 138, 140 y 165 de la Ley del Seguro Social.

Ante esta negativa por parte de la autoridad, Lol Khin Castañeda Badillo interpuso una demanda de amparo, invocando la respuesta de la autoridad como el acto reclamado, amparo que tocó conocer al Juez Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, quien el 8 de noviembre de 2010, celebró la audiencia constitucional y terminó de engrosar la sentencia el 9 siguiente, amparo que fue concedido y del cual se explican algunos de sus considerandos, por la relevancia que aplica en el presente trabajo de investigación.²⁷⁰

Por una parte, la autoridad responsable, el titular de la Jefatura de Servicios de Afiliación y Cobranza de la Delegación Norte del Distrito Federal del Instituto Mexicano del Seguro Social señaló que debía sobreseerse el juicio de amparo porque la quejosa debía agotar los recursos o medios de defensa previstos en la ley que rige el acto para combatirlo, medios de defensa administrativos ante el propio Instituto, recurso de inconformidad y después, los ordinarios ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, a fin de que fuera modificado, revocado o nulificado el acto reclamado. Esta causal fue considerada por el Juez de Distrito infundada, en virtud de que el oficio emitido por la responsable precisada con antelación, constituye el primer acto de aplicación en perjuicio de la quejosa, respecto de los numerales 64, fracción II, 65, 66, 84, fracciones II, III y IV, 127, 130, 133, 138, 140 y 165 de la Ley del Seguro Social, entonces, era optativo para ella, acudir ante las instancias ordinarias señaladas o ir directamente al amparo como en la especie ocurrió.

Luego, el Juez de Distrito hizo un estudio de los preceptos constitucionales que la quejosa señaló se le violentaron, entre ellos, el artículo 40, y 123, fracción

²⁷⁰ El engrose fue consultado el 25 de mayo de 2012, en la versión pública que elaboró el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal y publicó en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, en la página web de la Dirección de Estadística Judicial del Poder Judicial de la Federación, http://www.dgepj.cjf.gob.mx/SVP/word2.aspx?arch=65206520000091682040010001.doc_08sec_Araveli_Fuentes_Medina consultado el 12 de septiembre de 2012.

XXI²⁷¹ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo relativo a que, en el primero de ellos, señala "la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia" y el segundo, respecto a que la Ley del Seguro Social es de utilidad pública y comprende diversos seguros encaminados a la protección y bienestar de los trabajadores y "sus familiares".

Enseguida, el juzgador realiza un análisis de lo que debe entenderse respecto a la protección que la Constitución otorga a la familia, apoyándose en el concepto que emitió la Suprema Corte de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010, al mencionar que:

"la protección que la Ley Suprema establece para la familia no se limita a un tipo específico de ésta, como sería la nuclear, formada por padre, madre e hijos, sino lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social o concepto sociológico, por tanto, debe cubrir todas sus formas y manifestaciones alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan entre personas del mismo sexo, de tal manera que las leyes que emita el legislador, entre ellas la del Seguro Social debe de hacerlo así, de lo contrario, estarán contraviniendo el pacto federal"²⁷².

Después de que se analiza en el cuerpo de la sentencia la opinión de la corte y los preceptos que alega inconstitucionales la quejosa, el que resuelve llega a la conclusión de que la figura de beneficiario del asegurado (a) o pensionado (a) recae, entre otros, en su cónyuge de diverso sexo, cuando hace alusión a los términos viuda (o) y esposa (o), para el disfrute de diversos seguros; pero no prevé esa figura de beneficiario para los cónyuges del mismo sexo; por lo tanto, es inconstitucional, en mérito de las razones anotadas con antelación, ya que independientemente del sexo del cónyuge del asegurado, al no otorgarle la seguridad jurídica en este aspecto, se está incumpliendo con lo estipulado por la Carta Magna, de proteger a la familia, como realidad social. Por ello, se otorgó el

²⁷¹ "Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores y sus familiares".

²⁷² Sentencia del amparo indirecto 2256/2010-VI del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, hoja 17, consultable en: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/SVP/word2.aspx?arch=652/06520000091682040010001.doc_0&sec=Araceli_Fuentes_Medina.

amparo a la quejosa, quien fuera la primera en ganarlo y hacer efectivo el derecho de su esposa a afiliarla como su beneficiaria en el Seguro Social.

❖ **Javier Gutiérrez Marmolejo y Carlos Alberto Ramos Benigno. ISSSTE.**

Ellos conforman el segundo matrimonio que hizo efectivo su derecho al acceso a la salud y el primero en hacerlo respecto al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores –de ahora en adelante ISSSTE–.

En este caso, Javier, como académico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México,²⁷³ goza de seguridad social por parte del ISSSTE y luego de haber contraído matrimonio el 21 de marzo del 2010, intentó hacer valer su derecho al querer registrar a su esposo como su beneficiario ante la Clínica de Medicina Familiar “B” Juárez, de la Delegación Regional Zona Norte del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, mediante solicitud presentada por escrito el 16 de junio de 2010, la cual no fue contestada sino hasta el 24 de agosto del mismo año, informándole que Carlos Alberto Ramos Benigno no podía ser reconocido como su derechohabiente.

Ante la negativa por parte de la autoridad, Javier Gutiérrez Marmolejo interpuso demanda de amparo, misma que amplió respecto del acto reclamado al señalar el artículo 41 de la Ley vigente del ISSSTE en su calidad de norma heteroaplicativa (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2007)²⁷⁴ y un oficio de 23 de junio de 2010, juicio de derechos fundamentales que, inicialmente tocó conocer al Juzgado Decimosegundo de Distrito en Materia

²⁷³ Tomado de la página web del periódico *Informador.com.mx*: <http://www.informador.com.mx/primera/2011/28486/6-el-issste-afilia-a-primero-matrimonio-homosexual.htm>, consultado el 19 de septiembre de 2012.

²⁷⁴ En la mencionada ampliación de demandas también señaló como autoridades ordenadas a la Cámara de Diputados y de Senadores y al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, y en calidad de ejecutoras, al Titular del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y al Jefe del Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas de la Delegación Regional Norte del ISSSTE. Tomado de la página 3 del engorse del amparo indirecto SMO/2011-III del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, versión pública localizable en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, en la página web de la Dirección de Estadística Judicial del Poder Judicial de la Federación:

http://www.dgepi.cjf.gob.mx/SJP/word2.aspx?arch=652-06520000102483390005001.doc;Bksec=Itzia_Ranget_Mendoza, consultada el 20 de septiembre de 2012.

Administrativa en el Distrito Federal quien, luego de celebrar la audiencia constitucional el 12 de enero de 2011, se declaró legalmente incompetente por razón de materia para conocer de la demanda de amparo y la remitió al Juzgado de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal en turno, que fue el Cuarto, quien aceptó la competencia y terminó de engrosar la sentencia el treinta y uno de marzo de 2011, amparo que fue concedido, por las razones que a continuación se exponen.²⁷⁵

Por una parte, las autoridades responsables, Cámara de Diputados y Senadores y el Presidente de la República, al rendir sus correspondientes informes justificados solicitaron que se sobreesyera el juicio en virtud que los actos reclamados no afectan el interés jurídico de la parte quejosa, aunado a que la primera autoridad responsable citada arguye que la sola discusión, votación y aprobación de los preceptos legales combatidos no causan afectación alguna a las esferas de derechos del impetrante de amparo reclamado; manifestación contraria a lo expresado por el Juez competente, quien concluyó que tal hecho constituyó el primer acto de aplicación de las normas reclamadas, el oficio de 23 de junio de 2010 y como consecuencia, se afectó la esfera de derechos del impetrante de amparo.²⁷⁶

Por su parte, el Jefe del Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas de la Delegación Regional Norte del ISSSTE, al rendir su informe con justificación argumentó que se actualizaba la causal de improcedencia contemplada en la fracción XIII de la ley de la materia, pues el quejoso debió de haber interpuesto el medio de defensa ordinario ante dicho instituto, es decir, el juicio de nulidad; al respecto, el Juez de Distrito se pronunció en el sentido que no era necesario para los quejosos acudir a dicho medio de defensa ordinario para que se modificara, revocara o nulificara el oficio objeto del acto reclamado en el

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 19 y de la 21 a la 23. En sentido similar se pronunció la diversa responsable, Cámara de Senadores al manifestar que debía sobreesyera en virtud que no existía acto concreto de aplicación de las leyes combatidas en base a la fracción VI del artículo 73 de la Ley de Amparo; causal que también se consideró infundada por el Juzgador de amparo, al haber quedado acreditada la existencia del primer acto concreto de aplicación al quejoso del artículo 41, fracción I de la ley del ISSSTE, mediante la expedición del oficio emitido por el Jefe del Departamento de Afiliación y Prestaciones Económicas de la Delegación Regional Norte del ISSSTE, a través del cual se hizo del conocimiento del impetrante de amparo que con base en esos numerales no era posible acceder a su solicitud de registrarle como derechohabiente a su esposa.

juicio de amparo en comento- sino que en la especie, se comprobó que dicho documento constituía el primer acto de aplicación que vulneraba los derechos humanos del quejoso, por lo que era optativo para éste, acudir primero al juicio de nulidad o directamente al juicio de amparo.²⁷⁷

Luego, el Juez de Distrito hizo un estudio de los preceptos constitucionales que el quejoso señaló se le violentaron, entre ellos, el artículo 4o. y 123, fracción XXI²⁷⁸ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo relativo a que, el primero de ellos señala, "la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia" y, el segundo, que "los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley."

En tal tesitura, el Juez de Amparo, realizó -como lo hizo en el diverso reseñado con anterioridad- un análisis de lo que debe de entenderse como la protección que la constitución otorga a la familia, apoyándose en los razonamientos vertidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de la sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010.²⁷⁹ y concluyó que, la ley del ISSSTE establece que la figura del derechohabiente del trabajador (a) o pensionado (a) recae, entre otros, en su cónyuge de diverso sexo, cuando se refiere a mujer o concubina para el disfrute de las prestaciones previstas en dicha ley, pero no prevé esa figura del derechohabiente para los cónyuges del mismo sexo; por lo tanto, es inconstitucional, en mérito de las razones anotadas con antelación, ya que independientemente del sexo del cónyuge del asegurado, al no otorgarle la seguridad jurídica en este aspecto, se estaría incumpliendo con lo estipulado por la Carta Magna, de proteger a la familia como realidad social.²⁸⁰ Por ello, se otorgó el amparo a Javier Gutiérrez Marmolejo, quien fuera el primero en ganarlo y hacer efectivo el derecho de su esposo a afiliarlo como su beneficiario en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 25-26.

²⁷⁸ Artículo 123 constitucional, fracción XI, inciso d), el cual a la letra dice: "La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas: a) ... b) ... c) ... d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley".

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

²⁸⁰ Engrose del amparo indirecto 599/2011-III del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia de Trabajo en el Distrito Federal, versión pública, op. cit., nota 273, pp. 42-48.

CONCLUSIONES

El Estado Mexicano mediante la reforma de 6 de junio de 2011, constitucionalizó los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que es parte, algunos de los cuales ya estaban contemplados en la Constitución Federal de 1917.

En dicha reforma se pone énfasis en que todas las autoridades tienen el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, también se especificó que nadie podrá ser objeto de discriminación en razón de sus preferencias sexuales.

Por otra parte, se precisó en este trabajo, la labor de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al aprobar, el 21 de diciembre de 2009, el matrimonio entre personas del mismo sexo y modificar la definición que de esta institución contemplaba su Código Civil. Como resultado, muchas parejas han celebrado este contrato con el fin de darle a su unión una seguridad jurídica y el reconocimiento también ante la sociedad en la que viven. Sin embargo, no han podido ejercer en su totalidad uno de los derechos más importantes, el del acceso a la salud.

Como se detalló, la legislación que rige a los Institutos Mexicano del Seguro Social y de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores se refiere al hombre y a la mujer como los integrantes del matrimonio o concubinato, quienes tienen derecho a las prerrogativas y beneficios contenidas en dichas legislaciones, dejando sin posibilidad a los matrimonios conformados por parejas del mismo sexo para poder tener acceso a la salud en virtud del vínculo que une a los cónyuges con el beneficiario de estos derechos.

Esto significa, no solamente una discriminación en razón de la preferencia sexual, sino también, un detrimento a la dignidad de las personas y a su libertad de elegir con quién casarse, amén de que se les impide tener acceso a un derecho universal como lo es el de la salud, prerrogativas tuteladas en distintos instrumentos internacionales y en la Carta Magna que **no son efectivos**,

causando con ello, falta de certeza jurídica para los matrimonios entre personas del mismo sexo

En consecuencia, se demuestra la hipótesis de que el negar el acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo vulnera principios de certeza jurídica, derechos fundamentales de igualdad, libertad, protección de la salud, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, a la no discriminación por razón de preferencias sexuales, y a su dignidad humana. La incorporación en el marco normativo mexicano de preceptos que permitan el acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo establecerá la certeza jurídica de goce de dicho derecho, pero lo más importante se estará frente a un Estado que proporciona efectividad a los derechos humanos que tutela en su ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos que habitan el territorio nacional, ello conlleva no solamente a un Estado de paz y armonía, sino al respecto a la dignidad humana, llave para que esta sea una mejor sociedad.

PROPUESTA

Una vez demostrada la hipótesis planteada inicialmente, es necesario precisar que, una de las formas por las cuales se podría hacer efectivo el derecho al acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo, podría ser a través de una interpretación conforme de todos los preceptos de las Leyes del Seguro Social y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores, que hagan mención a “la mujer y el hombre, esposo y esposa, concubino y concubiniaria”-beneficiarios de los servicios de salud proporcionados por estas instituciones- en el sentido que también incluyan a los integrantes de los matrimonios entre personas del mismo sexo. De esta forma ya no se vulnerarían sus derechos ni tampoco serían discriminados en razón de su preferencia sexual, pues se les reconocerían los derechos ahí tutelados.

Otra de las propuestas, es que concluya el proceso legislativo respecto de los dictámenes de proyectos de ley de reforma a las legislaciones precisadas en el párrafo que antecede o, en su caso, introducir a dicha normatividad, el concepto de género neutro en cuanto al matrimonio, es decir, precisar quiénes son los familiares derechohabientes y beneficiarios de sus servicios, de la siguiente manera:

Ley	Texto actual	Texto propuesto
Del Seguro Social	<p>Artículo 5o. A Para los efectos de esta Ley se entiende por</p> <p>fracción XI, el cual señala que son beneficiarios del derechohabiente del Seguro Social, “el cónyuge del asegurado o pensionado y, a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalado en la Ley”.</p>	<p>Artículo 5o. A Para los efectos de esta Ley se entiende por</p> <p>fracción XII, el cual señala que son beneficiarios del derechohabiente del Seguro Social, “el cónyuge -de igual o distinto sexo- del asegurado o pensionado y, a falta de éste, la concubina o el concubinario en su caso, así como los ascendientes y descendientes del asegurado o pensionado señalado en la Ley”.</p>
De Servicios de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado	<p>Artículo 6o. Familiares derechohabientes: al cónyuge o a falta de éste, al varón o la mujer con quien la trabajadora o la pensionada con relación al primero, o el trabajador o el pensionado, con relación a la segunda, que haya vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores o con quien tuviese uno o más hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.</p>	<p>Artículo 6o. Familiares derechohabientes al cónyuge -de igual o distinto sexo- o a falta de éste, a la persona con quien la trabajadora o la pensionada, o el trabajador o el pensionado, haya vivido como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores o con quien tuviese uno o más hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio.</p>

Una más sería estipular en las legislaciones en cita, que "serán beneficiarios o derechohabientes de los servicios de salud: los cónyuges del trabajador o trabajadora, pensionado o pensionada, con independencia de la diversidad de sexos en el matrimonio que éstos hayan celebrado."

Con ello se haría efectivo el acceso a la salud de los matrimonios entre personas del mismo sexo, además de que se garantizaría su dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, entre otros derechos fundamentales.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA

BRENA SESMA, Ingrid. *El derecho y la salud.* México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 57, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

CANCADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y trascendencia (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1991-2006).* Porrua-Universidad Iberoamericana, 2007, México, D.F.

CARBONELL, Miguel, et al (comps). *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos.* 2ª ed., México, CNDH-Porrua, 2003, 21s

_____, *Los derechos fundamentales.* Mexico, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, Serie Doctrina Jurídica núm. 185.

CONSEJO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN LA DISCRIMINACIÓN. *Guía para la Acción Pública contra la Homofobia.* México, Ediciones Conapred, 2012, Colección Guías para la Acción Pública.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos (coord.). *Derecho a la no discriminación.* México Consejo Nacional contra la Discriminación-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Serie Doctrina Jurídica, núm. 361.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica.* Madrid, Editorial Dikynson, 1997.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General personas y familia,* 16ª edición, México, Porrúa, 1997.

GARCÍA MORELOS, Gumesindo. *El control judicial de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México.* Ed. UBIJUS. México, 2010.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Et al. *Derecho Constitucional de Familia,* Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 2006, t. II.

KEES Waaldijk (ed.), John Asland. *More or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-*

sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries. Institut National d'Études Démographiques, Paris, 2005

LAPORTA, F., *El concepto de los derechos humanos*, UNIA, España, 2001.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La homosexualidad y el matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio)*. Ediciones Académicas, España, 2005.

MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.

MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano del Derecho Constitucional*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 98.

MONSIVÁIS, Carlos, *La gran redada*, México. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional de Bellas Artes, Debate Feminista y Letra S. Sexualidad y Sida, 2001.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Derechos de los Homosexuales*. Colección Nuestros Derechos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cámara de Diputados LVIII Legislatura, 2000.

MUÑOZ RUBIO, Julio, *laberinto de la ignorancia*, CEIICH y Colegio de Ciencias y Humanidades de la UNAM, México, 2010, Colección Debate y Reflexión.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª edición, Madrid, Tecnos, 2004.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de igualdad*, 2ª edición, México, Distrito Federal, 2005.

_____, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías sociales*, 2ª edición, México, Distrito Federal, 2005.

SILVA GARCÍA, Fernando, (coord.), *Garantismo Judicial. Derecho a la Salud*, México, Porrúa, 2011.

SILVA MEZA, Juan N. y Sergio Valls Hernández, *Transexualidad y Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo*, México, D.F., Porrúa, 2011.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México, Harla, 1996.

HEMEROGRAFÍA:

BAÑOS LEMOINE, Carlos Arturo, *Pecado, delito y enfermedad. El estigma de ser homosexual. Notas de sociología crítica a propósito de las uniones homosexuales en América Latina*, en Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública, volumen 1, número 1 junio de 2008, publicación semestral del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, México, 2008.

BASTIDA AGUILAR, Leonardo, *Unidos en legítimo matrimonio. Recuento de la lucha por el matrimonio entre parejas del mismo.* Revista Digital Universitaria [en línea]. 1 de septiembre 2010, vol. 11, no. 9. Disponible en internet: <http://www.revista.unam.mx/vol.11/num9/art69/index.html> ISSN: 1607-6079.

BASTIDA, Francisco J., *El fundamento de los Derechos Fundamentales*, 2005.

CALVO, Kerman, *Reconocimiento, ciudadanía y políticas públicas hacia las uniones homosexuales en Europa. Recognition, citizenship and public policies for homosexual unions in Europe*, en Revista Española de Investigaciones Sociológicas del Centro de Investigaciones Sociológicas, España, 2009.

CIPOLLETA, Graciela E, *La seguridad social en la República Argentina*, En El futuro de la seguridad social y el impacto del convenio núm. 102 sobre normas mínimas de seguridad social en Latinoamérica, Revista Latinoamericana de Derecho Social, número 8, Enero-Junio, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2009.

DE LOS RÍOS, María Alejandra et al., *El derecho a la libre opción sexual*, Revista Universitat Estudiantes de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, número 4:23-49, enero-diciembre 2007.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 13, Enero-Junio 2010. Editorial Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2010.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 13, 2005, Madrid, 2006.

MARTÍN SÁNCHEZ, María, "El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España, Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 13, Enero-Junio 2010, Editorial Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

MOONEY-SOMMERS, Julie y Susan GOLOMBOK, *Leading Comment, Children of lesbian mothers: from the 1970s to the new Millennium*, en *Sexual and Relationship Therapy*, Vol. 15, no. 2, 2000.

NICOLETTI, Javier Augusto, "Derecho Humano a la Salud: Fundamento y Construcción", *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, 120:49-57/ 2008 (II). (ISSN: 0482-5276)

PEÑA, Antonio, *La generación de conocimiento a través de la investigación: nuestra problemática interna* *Reencuentro [en línea] 2009*, [citado 2011-06-24] Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=34011860017>. ISSN 0188-168X.

REY, Fernando, *Homosexuales*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 13, Enero-Junio 2010, Editorial Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, México 2010.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, "Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos civil y de procedimientos civiles", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 128, Sección de Estudios Legislativos, 2010.

_____ "El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, Sección de Artículos, 2011.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, *Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el derecho internacional privado español*, México, D.F., Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, número 122, 2008.

SORIANO RUBIO, Sonia, *Origen y causa de la homosexualidad en Derechos Humanos*. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 56, Sección de Previa, 2002.

SULLIVAN, Andrew, *¿A favor de qué están los homosexuales?* En Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, número 56, Sección de Previa, 2002.

LEGISLACIÓN:

INTERNACIONAL

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Carta Democrática Interamericana de 2001.
- Carta Internacional de los Derechos Humanos.
- Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos de los Niños.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

- Observaciones Generales 13, 14, 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1968.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Principios de Yogyakarta
- Proclamación de Teherán, otorgada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

NACIONAL

- Código Civil Federal.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal
- Estenografía Parlamentaria de la V Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- Ley de Sociedades en Convivencia.
- Informe que envía la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal a la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.
- Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de las leyes del Seguro Social, y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, suscrita por los diputados Enoé Margarita Uranga Muñoz y Rubén Ignacio Moreira Valdez, de los grupos parlamentarios del PRD y del PRI, respectivamente.
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

- Ley del Seguro Social.
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.
- Ley General de Salud.

INTERNET

- ❖ ABC El Gran Periódico Español: <http://www.abc.es/20100611/internacional/matrimonio-homosexual-201006111757.html>
- ❖ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Gobierno de España: <http://www.boe.es/>
- ❖ Alma-Ata: <http://www.alma-ata.es/declaraciondealmaata/declaraciondealmaata.html>
- ❖ American foundation for equal rights: http://www.ifer.org/wp-content/uploads/2009/12/2009.05.27_AFER_Case_Announce.pdf
- ❖ American Psychological Association: <http://www.apa.org>
- ❖ Angus Reid Public Opinion. http://www.angus-reid.com/polls/37148/canada_more_open_to_same_sex_marriage_than_us_uk/
- ❖ Asamblea legislativa del Distrito Federal <http://www.asambleadf.gob.mx/>
- ❖ Asociación Vasco-Navarra. <http://www.avntf-evtntf.com/>
- ❖ BBC News: <http://www.bbc.com/news/>
- ❖ Boletín Oficial de la República de Argentina: <http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/index.castle?s=1&fea=22/07/2010>
- ❖ Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx>
- ❖ Comisión Nacional de los Derechos Humanos: <http://www.cndh.org.mx>
- ❖ Congreso del Estado de Nayarit: <http://www.congresonayarit.mx/>
- ❖ Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza: <http://www.congresocoahuila.gob.mx/59/index.html>
- ❖ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación: <http://www.conapred.org.mx/>
- ❖ Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

- ❖ Corte Europea de Derechos Humanos: http://www.hrcr.org/safrica:dignity/Dudgeon-20_UK.htm
- ❖ Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cidh.org/>
- ❖ Diario Oficial de la Federación
- ❖ Diccionario de la Real Lengua Española: www.rae.es
- ❖ Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación: http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/exp_ini.asp?Exp=1
- ❖ Electronic Journal of Comparative Law: <http://www.ejcl.org/>
- ❖ El Mundo. Prensa española en Madrid: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/11/internacional/1276272792.html>
- ❖ Act CXXV of 2003 on Equal Treatment and Promotion of Equal Opportunities: <http://www.egyenlobanasmod.hu/data/SZMM094B.pdf>
- ❖ European Commission on Sexual Orientation Law: <http://www.sexualorientationlaw.eu/>
- ❖ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/dic/20101215-IV.html#DictamenesaD>
- ❖ Gobierno de España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093?ssSourceNodId=1139#documentoPDF
- ❖ Government Offices of Sweden: <http://www.government.se/>
- ❖ International lesbian, gay, bisexual, trans and intersex association: <http://ilga.org/>
- ❖ Ilga Europe, Equality for lesbian, gay, bisexual, trans and intersex people in Europe: <http://www.ilga-europe.org/>
- ❖ Instituto de Investigaciones Jurídicas <http://www.juridicas.unam.mx>
- ❖ La Chambre des représentants de Belgique: <http://www.dekamer.be/kvvcr/index.cfm?language=fr>

- ❖ La Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)
<http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Hongrie-L.PartenariatsAct184-2007vigueur1.1.2009-ENG.pdf>
- ❖ La France Gaie et Lesbienne.
<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/explanation.html>
- ❖ Le service public de la diffusion du droit: <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- ❖ Legifrance.gouv.fr, Le Services Public de la Diffusion du Droit:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006428463&idSectionTA=LEGISCTA000006136536&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20121005>
- ❖ Marriage Equality, Civil Marriage for Gay and Lesbian People:
<http://www.marriageequality.ie/>
- ❖ Ministry of the Interior, Iceland Government:
<http://eng.domsmalaraduneyti.is/laws-and-regulations/>
- ❖ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1290>
- ❖ Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/>
- ❖ Organización de los Estados Americanos:
http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional.asp
- ❖ Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/en/index.html>
- ❖ Parlamento del Uruguay:
<http://www0.parlamento.gub.uy/palacio3/index.asp?e=0&w=1093>
- ❖ Parlamento Europeo
http://www.europarl.europa.eu/factsheets/2_1_1_es.htm y
<http://www.europarl.europa.eu/portal/en>
- ❖ Parlamento Noruego:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/regpubl/otprp/2007-2008/otprp-nr-33-2007-2008-/16.html?id=502804>
- ❖ Principios de Yogyakarta: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp

- ❖ Poder Legislativo de la República Oriental del Uruguay
<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor>
- ❖ Público. Prensa Digital de España: <http://www.publico.es/127056/horuega-aprueba-el-matrimonio-homosexual>
- ❖ Real Diccionario de la Lengua Española. <http://ww.rae.es/>
- ❖ Regeringskansliet. Government Offices of Sweden: <http://www.sweden.gov.se/sb/d/12680/a/138344?setEnableCookies=true>,
<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=2054&artikel=2739765>
- ❖ Revista UNAM: <http://www.revista.unam.mx>
- ❖ Secretaría de Salud <http://www.salud.gob.mx/>
- ❖ Secretaría de Relaciones Exteriores: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/marconormativodoc/marco.pdf>
- ❖ Secretaría de Relaciones Exteriores: <http://www.sre.gob.mx/>
- ❖ Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Gobierno de España: http://www.seg-social.es/Internet_1/index.htm
- ❖ Sistemas Familiares y otros sistemas humanos. <http://www.sistemasfamiliares.com.ar/index2.html>
- ❖ Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx
- ❖ The Copenhagen Post, Periódico holandés publicado en inglés: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=142282>
- ❖ The New York Times: <http://www.nytimes.com/2000/12/20/world/same-sex-dutch-couples-gain-marriage-and-adoption-rights.html>
- ❖ The Official Home of Revised and enacted UK Legislation. <http://www.legislation.gov.uk/>
- ❖ The official website of Denmark: <http://denmark.dk/en/society/government-and-politics/>
- ❖ The New York Times: <http://www.nytimes.com/>
- ❖ Unión Europea. <http://www.sexualorientationlaw.eu/news/2010/Lisbon-Treaty/Factsheet-LisbonTreaty.pdf>
- ❖ Universidad de La Rioja, España: <http://www.unirioja.es/>

- ❖ Utrecht Law Review. School of Law of Utrecht University.
<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr>
- ❖ Website of the Hungarian Government: <http://www.kormany.hu/en>

Videoconferencias:

Foro La Protección de la Salud como Obligación del Estado. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/tvjuridicas/?f=2/jun/2011&dk=1#p> consultado el 02 de junio de 2011.