

# LA CORTE SUPREMA MEXICANA TRAS LOS PROCESOS DE PRECROMPREENSIÓN COMPARADA Y DE INTEGRACIÓN DEL ELEMENTO SOCIAL: LA SENTENCIA SOBRE EL “MATRIMONIO HOMOSEXUAL” [1]

Renato Ibrido

Investigador en Derecho Público Comparado de la Universidad de Siena

Traducido del italiano por Ana Ruiz Legazpi

[resumen - abstract](#)

[palabras claves - key words](#)



## Líneas temáticas de desarrollo del Derecho Constitucional

### SUMARIO

- [1. Claves de lectura de la sentencia de la Corte suprema mexicana en materia de matrimonio homosexual](#)
- [2. La Constitución como “instrumento vivo”: la perspectiva no originalista de la Corte suprema](#)
- [3. Tareas de descontextualización y recontextualización de la literalidad por medio de una aproximación interdisciplinar](#)
- [4. La degradación de la familia: de “concepto” a “tipo”](#)
- [5. Episodios comparados en el proceso de precomprensión del intérprete de la Constitución](#)



- [1. Claves de lectura de la sentencia de la Corte suprema mexicana en materia de matrimonio homosexual.](#) ↓

Con la sentencia de 16 de agosto de 2010, la Corte suprema mexicana declaró la constitucionalidad del artículo 146 del Código civil del Distrito federal que, en la versión conferida por la reforma de 2009, había introducido en Ciudad de México la institución del “matrimonio homosexual”[2]. Con esta decisión, la Corte reconoció también la legitimidad constitucional de la extensión a la parejas homosexuales de la adopción[3].

En las trescientas diez páginas de sentencia convergen diversas cuestiones de interés constitucional, como las que afectan a la relación entre centro y periferia o las que atañen a las normas de técnica legislativa[4], pero estas páginas se circunscriben a examinar el pronunciamiento desde la perspectiva de la teoría de la argumentación y de la interpretación constitucional, prestando especial atención al uso de una aproximación comparada e interdisciplinar en la reconstrucción del elemento de Derecho positivo. A juicio de quien escribe, se trata del problema esencial para comprender el aspecto innovador que aporta esta sentencia al panorama de las decisiones en materia de “matrimonio homosexual”. La sentencia de 16 de agosto, en efecto, no sólo añade una importante pieza al rico puzzle jurisprudencial sobre “same-sex marriage” –sino que ofrece, además, apuntes de reflexión relativamente significativos sobre la técnica de la argumentación y de la decisión empleados por la Corte suprema mexicana.

No hay duda, de otro lado, de que la interdisciplinariedad a la que se acude tanto en la argumentación como en la decisión de las controversias constitucionales brinda un ángulo de observación privilegiado desde el que calibrar la medida en que las razones de orden histórico, cultural o valorativo desafían de modo constante al jurista. Como así se ha observado con autoridad notable, las aproximaciones disciplinarias de distinta índole (histórica, sociológica, filosófica, antropológica, cultural, etc.) no son un fin en sí mismo, sino un instrumento que ayuda a sondear el sustrato cultural del discurso jurídico para que, “tras la fachada de la positividad del Derecho”, emerjan aquellos estratos históricos y antropológicos indispensables “para una correcta comprensión de la positividad misma”. De suerte que es más esencial si cabe cuando la interdisciplinariedad viene acompañada del método comparado, pues el pluralismo disciplinario sitúa justamente la comparación en el terreno hermenéutico, contribuyendo a activar los procesos de precomprensión idóneos para proyectar la “relación dialéctica con el otro” sobre el trabajo del jurista[5].

## 2. La Constitución como “instrumento vivo”: la perspectiva no originalista de la Corte suprema. ↓ ↑

Sustituyendo la expresión “hombre y mujer” por “dos personas”, el novedoso art. 146 del Código civil del Distrito federal ha definido el matrimonio como “la unión libre de dos personas para la realización de una comunidad de vida”.

De acuerdo con la tesis defendida por el Procurador General de la República[6], la modificación extendiendo a las parejas homosexuales la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio contravenía el art. 4. 1 de la Constitución federal, en el inciso que impone al legislador el deber de proteger “la organización y desarrollo de la familia”[7]. Invocando esta interpretación conforme al parámetro del “espíritu del Constituyente”, el recurrente subrayaba que quien había redactado el artículo 4 pretendía referirse a la familia en su modelo ideal, es decir, al núcleo esencial integrado por padre, madre e hijos[8].

La Corte suprema contrapuso al argumento originalista esgrimido por el recurrente una concepción de la Carta constitucional entendida como “instrumento vivo” que niega que sea una norma apropiada para petrificar y anquilosar figuras que, como la familia, son dinámicas por su propia naturaleza. «No obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil (incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla)» –afirma la Corte– «no se trata de un concepto inmutable o “petrificado” y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, pues, como señalamos, la Constitución no lo sujeta a un concepto predeterminado y, además, la realidad social exige que el legislador responda a ella».

La sugestión de la teoría del “árbol vivo” acuñada por la Corte suprema canadiense a propósito del “caso Edwards” de 1930 es evidente en este pasaje, pero también afloran las coordinadas esenciales de la doctrina Holmes: “cuando nos estamos ocupando de palabras que también son un acto constitutivo, como la Constitución de los Estados Unidos, –observa el “Great Dissenter” de la Corte suprema de aquél país – debemos darnos cuenta de que [los constituyentes] han traído a la vida un ser cuyo desarrollo no se habría podido prever totalmente aun por el más dotado de sus progenitores. Fue suficiente para ellos darse cuenta, o al menos tener la esperanza, de que habían creado un organismo; ha llevado un siglo y ha costado a sus sucesores mucho sudor y sangre probar que crearon una nación. El caso a resolver debe ser considerado teniendo en cuenta nuestra experiencia entera y no simplemente lo que fue dicho hace cien años”[9].

No es posible en esta sede distinguir líneas de tendencia en la evolución de la jurisprudencia de la Corte suprema mexicana en materia de interpretación de la ley y de la Constitución sin incurrir en graves imprecisiones. Sobre todo cuando, como ha señalado la doctrina, de 1924 a la actualidad, se han sustentado setenta y nueve tesis jurisprudenciales distintas en relación con el problema de los criterios de interpretación de los textos jurídicos[10]. Incluso con estas cautelas, y sobre la base de una primerísima aproximación, no parece que la teoría “subjetiva” de la interpretación (basada, como es sabido, en la intención del legislador[11]) haya adquirido ni en la jurisprudencia ni en la cultura jurídica la posición privilegiada que sí se ha reconocido, en cambio, a otras visiones, en especial a la que pone el acento en la centralidad de la interpretación literal. En este sentido, no es una casualidad que la Constitución mexicana codifique expresamente determinados criterios interpretativos (como, por ejemplo, la obligación del juez civil de atenerse a la ley[12]) mientras que, por el contrario, no hace referencia alguna a la voluntad del Constituyente o a la del legislador histórico, que sin embargo sí es un elemento hermenéutico-argumentativo mencionado en otras constituciones latinoamericanas[13].

### **3. Tareas de descontextualización y recontextualización de la literalidad por medio de una aproximación interdisciplinaria.** ↓↑

Hay más. Superando la clásica y esencial contraposición entre originalismo y anti-originalismo, la Corte suprema mexicana se ha servido de las posibilidades de una aproximación interdisciplinaria con el objetivo de arrinconar una visión estática del concepto de familia, ejecutando para ello una compleja operación de expulsión y readmisión de la textualidad, “rectius”, de descontextualización y de recontextualización del tenor literal.

Como es sabido, el caso “Brown v. Board of Education” de la Corte suprema estadounidense representa el “manifiesto” de la inclusión de las circunstancias sociales en el juicio constitucional. En aquella ocasión, las conclusiones alcanzadas por la autoridad científica sobre los daños irreversibles que la segregación racial en las escuelas causaba a los menores jugaron un papel decisivo de cara a excluir la educación pública de la doctrina del “separate but equal”.

A partir del caso “Brown”, el recurso al argumento “extra-jurídico” (por más que el término no sea del todo afortunado, porque parece evocar las antiguas rígidas separaciones

entre lo “jurídico” y lo “extrajurídico” cuando, por el contrario, las circunstancias sociales, económicas y culturales son una parte fundamental del discurso jurídico mismo) siempre ha puesto al juez constitucional en la tesitura de medirse con el desafío de la interdisciplinariedad. Pues bien, al igual que en otras importantes decisiones de la Corte suprema mexicana, los definidos como “legislative facts”[14] por la doctrina y jurisprudencia anglosajona revisten un peso determinante también en el caso “matrimonio homosexual”[15].

En un pasaje bien significativo de la sentencia, los jueces supremos, tras observar que «la familia, antes que ser un concepto jurídico» constituye, sobre todo, un «concepto sociológico», agregaron que la referencia a la presunta voluntad del legislador histórico (sea el constituyente, sea el autor de los tratados internacionales ratificados por México) no es ni mucho menos determinante. Remitiéndose así a los dictámenes técnicos realizados por la Universidad Nacional Autónoma de México[16], la Corte puso de manifiesto que, desde un punto de vista sociológico, en la época en la que se redactó el art. 4 de la Constitución, los homosexuales solían ocultar su condición, dada la desaprobación social de esta orientación sexual, que solía considerarse una auténtica enfermedad. Este «hecho innegable» permite descontextualizar y recontextualizar la opción normativa plasmada en la Constitución, que no previó (aunque tampoco excluyó expresamente) formas de tutela de modelos de familia que, de hecho, eran escondidos en la época en la que se escribió el art. 4 de la Constitución.

La necesidad de acudir a una aproximación interdisciplinar en la reconstrucción de la norma positiva se pone de manifiesto en el voto particular del juez Arturo Zaldívar, quien, a pesar de concurrir con el fallo de constitucionalidad de la adopción de las parejas homosexuales, llama la atención de sus colegas sobre la exigencia de mayor rigor en el uso de los elementos “extrajurídicos”. Según Zaldívar, no basta con afirmar, en lo que atañe a la adopción, que el principio de no discriminación impide de por sí considerar nociva para el menor el crecimiento en el seno de una familia homoparental, sino que se impone combinar la reconstrucción jurídica de tal principio con la demostración, a través de la seria confrontación de diversos estudios científicos de que, en efecto, ningún daño se deriva para el adoptado de su inserción en una familia homosexual.

En sentido opuesto se encuentra la aproximación interdisciplinar latente de la opinión disidente del juez Aguirre. Tras un largo (y discutible) “excursus” histórico-sociológico sobre la evolución desde la antigüedad de los conceptos de matrimonio y de familia, Aguirre llega a la conclusión de que la institución del matrimonio está intrínsecamente ligada a la idea de la «continuación del culto doméstico» a través de la procreación. Si bien tal afirmación no se motiva sobre la base de serios estudios científicos, como demanda Zaldívar, sino que descansa sobre un análisis etimológico y semántico de la

palabra “matrimonio”. En efecto, este término se compone de dos elementos: “matri” (de “mater”) y “monio” (de “monere”, esto es, recordar). Según lo cual el matrimonio sería aquello que recuerda a la maternidad o, lo que es lo mismo, a la procreación. A juicio de Aguirre esta cuestión permite sostener que la heterosexualidad es un adjetivo esencial, y no meramente accidental, del sustantivo matrimonio. Si se quieren instaurar uniones entre personas del mismo sexo se debería entonces buscar una palabra distinta a la de matrimonio (“ginecogamia”, “homogamia” o “lesbogamia”) y establecer un status jurídico diferente del que corresponde a la institución matrimonial. La posición del juez Aguirre, además de reflejar una concepción del fenómeno jurídico cuando menos singular, deviene más incomprensible aún si se tiene en cuenta que es pacíficamente aceptado el carácter dinámico de la semántica de la lengua. Petrificar el concepto de matrimonio en los contornos del contenido en el Digesto constituye, si no una mera provocación, al menos un peligroso contrasentido.

#### **4. La degradación de la familia de “concepto” a “categoría”.**

«El tipo —ha escrito Jünger— es el modelo con el cual nos medimos. Un tipo es siempre más fuerte que una idea, por no decir de un concepto»[17]. En efecto, según una línea de investigación desarrollada en la teoría general y en la teoría de la interpretación, “conceptos” y “tipos” se corresponden con dos líneas de tendencia diferentes. Mientras el concepto puede ser aplicado a una circunstancia concreta solo y solamente cuando se constatan todos los aspectos de la definición, «el tipo no puede ser jamás definido, sino sólo indicado y explicado, porque la tipicidad se basa en un elenco de características que presenta un núcleo fijo pero sin cerrar de un modo rígido». Por emplear las palabras de Viola y Zaccaria, «el concepto divide, el tipo une»[18].

De las cláusulas generales a los denominados “standards” sin olvidar los llamados tipos de frecuencia (como el hombre medio, el buen comerciante, el diligente padre de familia), las distintas formas de tipificación entraron de lleno hace tiempo en la legislación, especialmente en el Derecho de familia, arbitrando un puente entre norma y caso real dentro del proceso aplicativo. Si bien no están exentas de problemas referidos a la certeza del Derecho, el tipo, desde la óptica de una incesante mediación entre pasado y presente, está en mejores condiciones de afrontar más eficazmente las discontinuidades y fracturas sociales, culturales y económicas que se manifiestan en las nuevas figuras producidas y reproducidas

por la sociedad. A pesar de que la sentencia que examinamos no adopte expresamente esta distinción terminológica, la reconstrucción de la institución de la familia propuesta por la Corte suprema mexicana parece responder perfectamente a la lógica del tipo más que a la propia del concepto.

En un pasaje de la decisión podemos leer: «la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época». Es posible concluir entonces –afirma la Corte– que si bien históricamente se consideró el matrimonio «como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición (...) no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio».

En definitiva, la familia, lejos de representar un “concepto completo”, se degrada en la interpretación de la Corte a la idea de “tipo”, como elemento abierto y dinámico, singularmente idóneo para destacar el rol indirectamente normativo de los comportamientos sociales.

Desde este último punto de vista, la Corte precisa que «el legislador ordinario al regular la organización y el desarrollo de la familia se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo». No es descabellado afirmar, pues, entre las líneas de la obligación de canalizar en la ley la evolución de la realidad social, puede atisbarse el intento de acabar con el clásico paradigma positivo que atribuye al legislador el monopolio del proceso de determinación de la norma[19]. De otro lado, el rechazo al antiguo paradigma no supone que sea sustituido por ningún positivismo judicial.

La Constitución –parece decir la sentencia – no es únicamente aquello que la Corte dice que es, porque el juez constitucional, así como hace el legislador, tiene que hacerse cargo de los constantes cambios sociales en sede de interpretación constitucional. El papel del juez trazado en esta parte clave de la sentencia parece acercarse más a la imagen de Hermes, dios de la mediación y de la transmisión de mensajes, que a la de Zeus, soberano del Olimpo. Si el auditorio de los destinatarios de las disposiciones jurídicas colabora en la

determinación del sentido que ha de atribuirse a la norma (como sostiene la tesis implícita en la reconstrucción de la norma), no pueden existir centros exclusivos de producción jurídica, sino que existiría un amplio campo en el cual los elementos sociales y los más puramente textuales interaccionarían y se combinarían entre sí bajo el impulso de una realidad “in progress” por su propia naturaleza.

## 5. Episodios comparados en el proceso de precomprensión del intérprete de la Constitución.

Junto con la incorporación del elemento social en el juicio de constitucionalidad, la otra clave de lectura de la sentencia sobre el “matrimonio homosexual” reside en el problema del uso del método comparado, tanto en la decisión como en la argumentación de la Corte.

En el “proyecto original de sentencia”[\*] elaborado por el juez relator Sergio Valls Hernández, el quinto “considerando de Derecho” contenía un profundo estudio comparado de las tendencias legislativas y jurisprudenciales concernientes a las uniones civiles y al “matrimonio homosexual”. De acuerdo con la observación del propio juez relator en su voto particular, el objetivo de la comparación era reconstruir el contexto en que insertar la discusión, verificando en qué medida las distintas declinaciones del principio de igualdad y no discriminación elaboradas en materia de “same sex-marriage” podían trasladarse de la experiencia comparada al sistema constitucional mexicano. Esta última es una posición que merece gran atención: huyendo de la tentación de atribuir a la comparación una improbable primacía en la interpretación (entre otras cosas porque no hay comparación posible cuando alguien tiene “la última palabra”)[20], Valls confía al método comparado el papel que le es propio, esto es, el de ser espejo de otros horizontes culturales e instrumento de autoconocimiento de la identidad del propio ordenamiento.

Por una mayoría de seis votos contra cinco, el pleno de la Corte decidió eliminar el análisis comparado del texto final de la sentencia, por entenderla útil a fines ilustrativos pero inidónea para la decisión sometida a enjuiciamiento de la Corte[21]. La robusta aproximación comparada propuesta por Valls se redimensionó así reconduciéndose a algunas referencias esporádicas, como la apodíctica afirmación, utilizada en realidad en clave de mera oposición a una interpretación originalista de los convenios internacionales, en base a la cual los tratados en materia de derechos, en línea con lo moldeado por la “jurisprudencia comparada”,



han de interpretarse de acuerdo con el principio “pro persona” y “pro libertatis”. En esencia, una interpretación extensiva de los derechos y restrictiva de sus limitaciones. Si bien, ante la ausencia de mención a los precedentes extranjeros, la referencia de la Corte a la “jurisprudencia comparada” es en cierto modo misteriosa y deja entrever un cierto bloqueo jurisprudencial monolítico.

Al estar sustentada en la referencia a precedentes extranjeros, la mención de la jurisprudencia comparada que ha censurado los regímenes de adopción que no incluían a las parejas homosexuales es bastante más incisiva. En especial, se invoca en la sentencia el caso “E.B. vs. France” de 2008, con el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avaló la exclusión de la posibilidad de adoptar por razones ligadas a la orientación sexual si el ordenamiento nacional admite la adopción de “single”.

Aunque la argumentación comparada gozaba de un desarrollo bastante más riguroso en el proyecto que en el texto definitivo de la sentencia, la decisión de la Corte mexicana ofrece al menos apuntes útiles en relación con el problema de la aproximación comparada en la reconstrucción del elemento positivo. La eliminación de la investigación acometida por el relator (aunque fuera una eliminación decidida por un sólo voto de diferencia) no impidió al juez Valls reproducir íntegramente el suprimido “considerando de Derecho” en el interior de su voto particular, haciendo pública así la existencia de un episodio comparado en la fase de precomprensión característica de la interpretación que se necesita para reconstruir el elemento positivo.

Los fenómenos de precomprensión comparada conducen a preguntarse si la dicotomía “argumento/juicio comparado”, propuesta por autorizada doctrina[22] ante la dificultad de dar cuenta de toda una zona fronteriza entre ambas categorías, no ha de entenderse en un sentido débil, es decir, como distinciones entre posiciones de polaridad opuesta en el uso de la comparación dentro del juicio constitucional. En segundo lugar, la pregunta es si reconducir el uso jurisprudencial de la comparación a una matriz cultural equivale de verdad, como sostiene este sector de la doctrina, a un uso redimensionado. De un lado, los recursos del argumento comparado que inciden como en el caso que se examina en el plano del “Selbverständnis” (autocomprensión, autoclarificación) contribuyen a definir el horizonte cultural y axiológico en el interior del que se moverá el intérprete en su búsqueda de soluciones a los propios problemas hermenéuticos. De otro lado, el molde cultural del argumento comparado, su capacidad de actuar como lente crítica del ordenamiento de origen, no sólo produce una quiebra de la imagen “introvertida” de juez creada por el positivismo estatista, sino que termina incluso por proyectar su radio de acción sobre un espacio mucho

más amplio respecto al representado por el caso “sub iudice”, o lo que es lo mismo, sobre el espacio del medio-largo plazo.

En definitiva, el argumento comparado derriba los pilares del sistema de Westfalia y hace “discurrir en la interpretación constitucional los canales de interdependencia que condicionan cada vez más el Estado constitucional contemporáneo, a causa de la tendencia creciente desde hace algunos decenios a la generalización de una patrimonio constitucional que trasciende las fronteras de los Estados, al diseñar un nuevo ‘cosmopolitismo constitucional’, no fundado en bases iusnaturalistas, sino sobre la formación de circuitos de comunicación entre las experiencias del Estado constitucional cooperativo”[23]. De ser así, se comprende entonces la exigencia de no confinar el llamado argumento comparado a una posición “servil” de otras formas de uso de la comparación en el interior del proceso de reconstrucción del elemento positivo, sino que se trata de recuperar para la argumentación comparada la indispensable función del quinto canon de interpretación según la sugerente intuición de Peter Häberle[24].

**Resumen:** Este trabajo, a propósito de la sentencia de 10 de agosto de 2010 de la Corte suprema mexicana, repasa los posibles acercamientos interpretativos a la hora de juzgar la conformidad constitucional del matrimonio homosexual. En concreto, reflexiona sobre los límites de la interpretación originalista, la apertura del criterio literal a la nueva realidad social a través del tipo normativo y la verdadera relevancia del método comparado.

**Palabras claves:** Corte suprema mexicana, matrimonio homosexual, interpretación constitucional.

**Abstract:** This essay takes account of the Mexican Supreme Court decision of august the 10th, 2010, that decided the constitutionality of same-sex marriage. The judicial decision is an opportunity to test the different theories of constitutional adjudication, for example originalism, the literal interpretation or the comparative method.

**Key words:** Mexican Supreme Court, same-sex marriage, constitutional adjudication.

[1] El artículo reproduce, con algunas modificaciones y actualizaciones, la contribución del misto título publicada en Ianus, 4, 2011, p. 195 y ss., disponible en <http://www.unisi.it/ianus/>. El autor desea agradecer los valiosos estímulos y las sugerencias del doctor Angelo Schillaci (Università La Sapienza di Roma).

[2] La reforma a examen entró en vigor en marzo de 2010, y fue precedida de específicas regulaciones de las uniones civiles tanto en el Distrito Federal de Ciudad de México como en el Estado de Coahuila. Contra la inovación del art. 146 del Código civil habían presentado recurso, además del Procurador General de la República, tres Estados miembros de la Federación (Morelos, Guanajuato e Tlaxcala) Véase . E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2010 y J. BUSTILLOS, Derechos humanos y protección constitucional. Breve estudio sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en México y en perspectiva comparada, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 2011, p. 1017 ss.

[3] El art. 391 del Código civil del Distrito federal regula la adopción. Si bien esta disposición no se modificó, la combinación del art. 391 con el nuevo art. 146 abrió las puertas a la adopción por parte de parejas homosexuales unidas en matrimonio. A juicio del Procurador General, tal resultado da vida a un nuevo acto legislativo, susceptible de impugnación, porque contrastaría con el principio de prohibición de discriminación (art. 1. 3 Const.) y de protección de los menores (art. 4. 6 y 7 Const.). En especial, desde el punto de vista de la prohibición de discriminación, la adopción por parte de parejas homosexuales privaría a algunos niños de la posibilidad de vivir en condiciones de igualdad respecto a los menores que crecen en núcleos familiares tradicionales. Según el recurrente, el principio de la preferencia del interés del adoptado respecto del adoptante impediría extender a las parejas homosexuales el acceso a la institución de la adopción.

[4] En particular, la Corte ha afirmado que corresponde a cada Estado miembro decidir si introduce (o no) el matrimonio homosexual. Si bien, con independencia de las elecciones de cada uno en la materia, los Entes federados no pueden en ningún caso desconocer la validez en el propio territorio del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado de la Federación. En cuanto a la técnica legislativa empleada por el Congreso del Distrito Federal, la Corte suprema ha rechazado ciertas tachas de defecto de motivación de la ley.

[5] Lo señala P. Ridola , Diritto comparato e diritto costituzionale europeo, Torino, 2010, p. 248.

[6] En relación con la Corte suprema de Justicia, la Constitución mexicana prevé tres formas de control de constitucionalidad: la controversia constitucional (equivalente en muchos aspectos a conflicto de competencias), la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo. La acción de inconstitucionalidad fue el recurso empleado por el Procurador para impugnarla, como legitimado para hacerlo; como legitimados están también determinadas minorías parlamentarias, partidos políticos registrados y determinados organismos de defensa de los derechos humanos

[7] La redacción vigente del art. 4.1. de la Constitución mexicana es el resultado de la revisión constitucional de 31 de diciembre de 1974. Dice así : «el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia » (N. de la T: en castellano en el original, como el resto de cursivas en esta lengua que aparecen en el texto).

[8] Consideraciones de la misma índole presentes en la reconstrucción del Procurador servirían también para algunas normas incluidas en tratados internacionales ratificados por México (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ó art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), pues parecerían presuponer una concepción de la familia entendida como núcleo social fundado en el matrimonio entre un hombre y una mujer. En el ordenamiento mexicano tales tratados revisten rango constitucional.

[9] Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920), en H.W. Holmes , Opinioni dissenzienti, Milano, 1975, p. 207. Para un perfil del Justice Holmes enmarcado en su metodología interpretativa, vid. F. FERNÁNDEZ

SEGADO, "El Justice Oliver Wendell Holmes: 'The Great dissenter' de la Supreme Court" en Teoría y realidad constitucional, N<sup>o</sup>, 25, 2010, p. 129 ss.

[10] Lo menciona S. Nieto Castillo, Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/09santiago-nieto-jurisprudencia-e-interpretacion-juridica.pdf>

[11] Sobre el clásico dilema de la contraposición de una teoría subjetiva de la interpretación a una teoría objetiva, orientada esta última al significado de la norma, a la *mens legis* más que a la *mens legislatoris* vid. K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, Stuttgart, 1968; A. BARATTA Introduzione al pensiero giuridico, Milano, 1970, p. 131 ss y Alexy, Interpretazione giuridica, en Enciclopedia delle scienze sociali, V, Roma 1996, p. 64 ss.

[12] Con arreglo al art. 14. 4 de la Constitución «en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho». En relación con la lógica de la analogía, la Constitución precisa, en cambio, que «en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata». Se efectúan otras vinculaciones constitucionales a la interpretación con ocasión, por ejemplo, de la prohibición de cualquier interpretación restrictiva de los derechos humanos. Véase un elenco más exhaustivo de estas limitaciones en S. Nieto Castillo, Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional, op. cit.

[13] Es el caso de la nueva Constitución boliviana que, en su art. 6, establece la obligación del Tribunal constitucional de aplicar "con preferencia, la voluntad del constituyente" en la interpretación del Texto constitucional, aunque sobre la base de los "documentos, actos y resoluciones de la Asamblea constituyente". Sobre las indicaciones al intérprete consagradas en la Constitución boliviana permitase el reenvío a R. Ibrido, Bolivia. Con l'approvazione della legge elettorale e della legge sul Tribunale costituzionale, la Bolivia completa l'attuazione della Costituzione del 2009, en DPCE online, 4, 2010.

[14] Sobre la distinción entre *legislative facts* y *adjudicative facts*, véase T. Groppi, "La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale", Giur. Cost., 1998, spec. 2803.

[15] Un ejemplo paradigmático de decisión en la que la Corte suprema mexicana recurre a una aproximación interdisciplinar, en especial en relación con la integración de un elemento social, es la que dio lugar a la sentencia sobre la despenalización del aborto después de la decimosegunda semana de gestación (STC n<sup>o</sup>. 167/2008). Véase el espacio que la propia Corte suprema dedica al asunto en su web institucional: [http://www.informa.scjn.gob.mx/boletn\\_sexta\\_y\\_ltima\\_audiencia\\_publica.html](http://www.informa.scjn.gob.mx/boletn_sexta_y_ltima_audiencia_publica.html).

[16] En ejercicio de la facultad prevista en el art. 68.1 de la ley de desarrollo del art. 105 de la Constitución, por medio de auto de 5 aprile 2010, el Ministro instructor (esto es, el juez encargado de coordinar determinadas actuaciones de las partes del proceso constitucional) requirió al Ateneo mexicano la elaboración de un estudio científico sobre la adopción y el matrimonio homosexual, con especial referencia a los aspectos psicológicos, sociológicos y bioéticos.

[17] E. Jünker, Typus, Name, Gestalt, en Sämtliche Werke, Bd. 13, Stuttgart, 1981.

[18] F. Viola y G. Zaccaria, Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Roma-Bari, 2009, p. 268 ss.

[19] A pesar de las apariencias, este paradigma sigue representando un punto de referencia para numerosas Cortes constitucionales. Basta pensar, por ejemplo, en las opiniones de algunos magistrados del Tribunal constitucional español en materia de límites a la interpretación conforme. Permitase la remisión en este punto a R. Ibrido, "Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano", DPCE, 2011, en especial, p. 55-57.

[\*] Un equivalente a la ponencia de nuestras decisiones constitucionales a las que se refiere el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (BOE núm. 185, de 3 de agosto).

[20] P. Ridola , *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, op.cit., p. 304.

[21] En relación con el uso de la comparación de parte de la Corte suprema mexicana se ha observado que «there is a silent but increasing struggle in Mexico between a traditional isolating approach on constitutional adjudication and a comparative one (...) Due to the until-recent-years rooted nationalist tendency of Mexican legal thought, the comparative effort was taken as an activity that should be rejected; but nowadays the table has turned thanks to new generations' perspectives and the impelling reality of our “global village”: young legal scholars are influenced by foreign modes of legal reasoning and the Mexican Supreme Court has finally acknowledged the importance and usefulness of the precedents of foreign constitutional and human rights courts » (en ingles en el original: N. de la T.). Por otro lado, las cortes mexicanas son todavía reacias a citar explícitamente los precedentes extranjeros en los que se inspiran. De hecho, « when they refer or quote one of them, it is only as a mere support for a previously established opinion, or to abound in favor of it. We cannot say that a Mexican constitutional judgment has been explicitly based upon a certain foreign precedent ». Así, E. Ferrer Mac-Gregor y R. Sánchez Gil, “ The use of foreign constitutional precedents in Mexico”, VIII World Congress of the International Association of Constitutional disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/203.pdf>

[22] G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010. Existe traducción al español *Más allá del diálogo entre tribunales*, Cizur Menor, 2010, con prólogo de J. GARCÍA ROCA.

[23] Tal como expone P. Ridola , *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, op. cit., p. 295.

[24] P. Häberle , *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, p. 3-26 retoma y desarrolla un aspecto de K. Zweigert , *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, en *RabelsZ*, 1950, p. 5 ss. Se puede profundizar, con una perspectiva teórica e histórica, en la argumentación comparada tanto en la Corte de Estrasburgo como en el Tribunal de Luxemburgo en G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011.