

VOTO QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL PLENO QUE RESOLVIÓ EL AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008 RELACIONADO CON LA FACULTAD DE ATRACCIÓN 3/2008.

Los asuntos como el citado al rubro resultan de gran importancia, pues permiten a este Tribunal en ejercicio de su función constitucional pronunciarse sobre el alcance de derechos fundamentales, los cuales son, o al menos deberían ser, la principal preocupación y ocupación de este órgano.

De manera breve, señalaré los antecedentes, una persona diagnosticada con pseudohermafroditismo femenino, sometida a procedimiento de reasignación sexual, promovió ante el Juzgado Décimo de lo Familiar del Distrito Federal un juicio de rectificación de acta de nacimiento, solicitando además, que no se publicara ni expidiera constancia que revelara su condición; le fue concedida la rectificación de acta, pero de conformidad con el artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal, se consideró improcedente la omisión de la publicación, ordenándose que tal circunstancia se asentara mediante anotación marginal. En contra de esta sentencia interpuso el recurso de apelación, sin embargo, la sentencia fue confirmada.

En el amparo planteó la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal¹, por estimar que la previsión de que en el supuesto de rectificación de nombre y de sexo, debe asentarse en el acta de nacimiento mediante nota

¹ ARTÍCULO 138.- La sentencia que cause ejecutoria se comunicará al Juez del Registro Civil y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación.

marginal, vulnera los derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana.

Asimismo, se impugnó como acto de aplicación, la sentencia de 16 de octubre de 2007 dictada por la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la que confirmó la sentencia del Juzgado Familiar que ordenó la rectificación del acta de nacimiento y el asiento mediante anotación marginal en los renglones correspondientes del nombre femenino de la quejosa y el sexo.

Al respecto, la mayoría de 6 ministros consideró que el citado artículo 138 no resulta inconstitucional, pues la disposición consistente en *“y éste hará una referencia de ella al margen del acta impugnada”*, no genera una omisión en sí misma, pues únicamente prevé el efecto de un juicio de rectificación de acta, por lo que, el defecto es imputable a todo el sistema jurídico, al no prever el supuesto y consecuencias específicos para el caso de sujetos transexuales².

En la discusión se señaló que la previsión de que la rectificación se realice mediante una anotación marginal en los términos establecidos, no torna discriminatorio al precepto en sí mismo, en tanto que no se refiere a transexuales, sino a todo el universo de personas que caiga en el supuesto de una rectificación de acta.

² Cabe señalar que el sistema legal ya no presenta tal problema, pues el 10 de octubre de 2008 se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal diversas reformas al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles y al Código Financiero, las cuales prevén un procedimiento de reasignación de concordancia sexo-genérica, permitiendo que se levante una nueva acta de nacimiento y que la constancia del cambio de nombre y sexo se realizara en una anotación marginal en el acta de nacimiento primigenia, misma que quedará reservada y no se publicará ni se expedirá constancia alguna de ella, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

Por ello, estimaron que la inconstitucionalidad únicamente es imputable a la sentencia reclamada, pues frente a la laguna legislativa señalada, la Sala Superior al momento de aplicar el citado precepto debió realizar una labor de integración del derecho a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de la quejosa.

No coincido con dichas consideraciones. Desde mi óptica, el artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal es inconstitucional. La inconstitucionalidad radica en que dentro del sistema legal en el que se encontraba inscrito (previo a la reforma publicada el 10 de octubre de 2008 en la Gaceta Oficial), el precepto al establecer una situación general, incluye a los transexuales, siendo esta generalidad lo que provoca una condición de discriminación.

Hay que tener en cuenta que la igualdad prevista en la Constitución no es un hecho, no es una descripción de lo que ocurre, sino un valor establecido normativamente, que resulta de la consecuencia del reconocimiento de que los seres humanos somos diversos y la intención de impedir que estas diversidades pesen como factores de desigualdad.

La concepción igualdad entendida como un hecho, como una abstracción en la que no se toman en cuenta las diferencias, no se tutelan o se reprimen, sino simplemente se ignoran dejando que éstas se auto regulen, ante la evidencia de su falta de sustento, ha sido superada.

La igualdad en los derechos fundamentales se configura como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, lo que deriva del igual valor asociado a todas

las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás³.

Sólo partiendo de esta noción en la que se reconocen las diferencias y se toma en cuenta que materialmente pesan en las relaciones sociales como factores de discriminación que resultan violatorios de los derechos fundamentales, es que se estará en posibilidad de implementar garantías para su efectividad.

La prescripción constitucional de no discriminación es una orden, dirigida a todos, autoridades y particulares, pero es a los poderes y órganos del Estado a quienes, ante su eventual ineficacia, corresponde remover los obstáculos de orden económico, social y cultural que de hecho la limitan.

Partiendo de lo anterior, para realizar un análisis de igualdad no puede considerarse a un precepto desligado de sus consecuencias, por lo que aunque la anotación marginal en sí misma puede no ser discriminatoria, sus consecuencias lo son, la cual lo torna violatorio del principio de igualdad.

La discriminación en el caso de minorías por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género no es una cuestión hipotética que puede o no ocurrir, y para acreditar esto, además de la realidad que nos rodea voy a acudir a los datos de la Primer Encuesta Nacional sobre Discriminación en México publicada en mayo de 2005 por el Consejo Nacional para prevenir la Discriminación (CONAPRED) que es un órgano

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, 5ª. Ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 76.

público. De acuerdo con ella, el 48.4% de los mexicanos no permitiría que una persona homosexual viviera en su casa; el 94.7% de los homosexuales consideran que existe discriminación en su contra por su condición; el 42.8% de los homosexuales señalan haber sido sujetos de discriminación en ese último año; el 40.1% se ha sentido discriminado en el trabajo

Por su parte en el Boletín de prensa 018/2008 de este mismo órgano, se apunta que los espacios donde se percibe una mayor discriminación contra las y los homosexuales son, en una escala de 0 a 10: el trabajo (7.64), la escuela (7.45), los hospitales públicos (6.61) y las familias (6.55). En cuanto a los crímenes de odio por homofobia, señala que la Comisión Ciudadana contra Crímenes por Homofobia, reporta que entre 1995 y 2004, se produjeron 337 asesinatos, 15 mujeres y 322 hombres, muchos de ellos travestistas y transexuales.

Las cifras citadas en los dos párrafos precedentes, son datos duros que acreditan que la discriminación hacia los transexuales no se trata de una situación potencial, sino de una realidad cotidiana.

El Derecho no es una ciencia pura, que pueda ser estudiado en un cuarto aislado bajo el lente de un microscopio. El Derecho es un instrumento para regular las conductas de la sociedad a la que rige, que permitan su convivencia en armonía, por lo que no es posible en un fenómeno complejo como el que nos ocupa, hacer un pronunciamiento jurídico y mucho menos constitucional, desligado de los factores sociológicos y culturales, así como los efectos que éstos tienen materialmente.

Si resultara tan sencillo, que al estar prohibida a nivel constitucional la discriminación, con ello se tratara de un asunto solucionado, podríamos considerar inconstitucional el establecimiento de acciones afirmativas, por ejemplo las cuotas de género, o la prohibición de la solicitud de comprobantes de no gravedad para acceder a un trabajo, porque la Constitución establece el “varón y la mujer son iguales ante la ley” (artículo 4º).

No podemos perder de vista la realidad imperante, vivimos en una sociedad discriminadora, donde tristemente, de acuerdo con datos de órganos públicos especializados existe misoginia, homofobia, machismo, racismo y clasismo⁴.

El que esta Suprema Corte acepte que existen diferencias y que deben tomarse medidas para que éstas no sean motivo de discriminación, no es un juicio de valor sobre las particularidades de los individuos, es el cumplimiento del mandato de igualdad que establece la Carta Fundamental.

Por ello, al establecerse en el artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal trato igual para las personas transexuales que para el resto de las personas, sin tomar en cuenta sus diferencias específicas como grupo vulnerable, resulta inconstitucional, por lo que procedía conceder el amparo para que no se aplicara dicho precepto.

Así, el amparo debía concederse porque los efectos de la determinación de rectificar el acta de nacimiento de la actora y asentar, mediante una anotación marginal el nuevo nombre y la

⁴ Afirmación sustentada en datos de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México, 2005 de la CONAPRED y del Informe Especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008.

identificación sexo genérica negando la expedición de una nueva acta son violatorios de la garantía de no discriminación consagrado en el artículo 1º constitucional.

En este sentido, estimo que resulta incongruente, la concesión del amparo en los términos que se hizo, por violación al párrafo cuarto del artículo 14 constitucional⁵, que establece “*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.*”, por considerar que ante la indiferenciación legal, el juez tenía la obligación de realizar una labor integradora del derecho conforme con la Constitución.

Digo que es incongruente, porque la citada afirmación implica aceptar que los jueces locales pueden realizar control difuso de constitucionalidad, si bien no mediante la declaración de inconstitucionalidad, sí mediante la inaplicación de normas, lo que de igual forma implica un control a la luz de la Norma Fundamental.

En lo personal estoy completamente de acuerdo con dicho criterio, pero en honor a la verdad, es una posición minoritaria en el Tribunal Pleno. Y sostener el criterio citado, nos lleva a abandonar la jurisprudencia P./J. 74/99 de rubro “*CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIÓN.*”⁶

⁵ En la sentencia no se señala de manera expresa la vulneración a este precepto, pero toda vez que la inconstitucionalidad se funda en la falta de la Sala de realizar una labor integradora para colmar la alguna legislativa, es claro que la violación es a tal precepto, aunado a que en la discusión plenaria, se dijo claramente.

⁶ “**CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.** El texto expreso del artículo 133 de la

Al fallarse el asunto en estos términos, se está reconociendo que el Juez ordinario tiene la facultad de desatender un texto legal expreso por ser inconstitucional o porque su aplicación puede dar lugar a la vulneración de algún derecho fundamental, y con base en ello, emitir una sentencia alejado de la ley pero conforme con la Constitución.

En estas condiciones y al advertir que en realidad no se trata de un cambio de criterio sobre el control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, estimo que debió concederse el amparo, no sólo respecto de la sentencia que constituía el acto de aplicación, sino también del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal, que al no establecer una situación de excepción para los transexuales generaba una condición de discriminación.

MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL

Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; Pleno; X, Agosto de 1999; Tesis: P./J. 74/99; Página: 5.